

## **Afwijzing vordering verhoging erfpachtcanon in verband met wijziging gebruik. Wilsovereenstemming, onvoorwaardelijke toestemming. Redelijkheid en bes...**

Hof Amsterdam 06-11-2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY3243, m.nt. A.H.J. Hofman

**Instantie**

Hof Amsterdam

**Datum**

6 november 2012

**Magistraten**

Mrs. C.C. Meijer, A.L.M. Keirse, M.A.J.G. Janssen

**Zaaknummer**

200.098.282-01

**Noot**

A.H.J. Hofman

**LJN**

BY3243

**Vakgebied(en)**

Goederenrecht / Algemeen

Goederenrecht / Eigendom, bezit en houderschap

Goederenrecht / Genotsrechten

Vastgoedrecht / Eigendom

**Brondocumenten**

ECLI:NL:GHAMS:2012:BY3243, Uitspraak, Hof Amsterdam, 06-11-2012

**Wetingang**

Art. 5:1, 5:85, 5:86 BW

### **Essentie**

**Afwijzing vordering verhoging erfpachtcanon in verband met wijziging gebruik. Wilsovereenstemming, onvoorwaardelijke toestemming. Redelijkheid en bestendig erfpachtbeleid.**

### **Samenvatting**

*Bekrachtiging van Rb. Amsterdam 17 augustus 2011 (LJN BT8289). De voormalige Renaultgarage aan de Wibautstraat in Amsterdam staat op in erfpacht uitgegeven grond van de gemeente. De erfpachtakte bevat voorschriften over het gebruik van de grond en de gebouwen. Het bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer heeft vanaf 2003 een aantal vergunningen aan erfpachters verleend voor de uitvoering van een ingrijpende herontwikkeling van het Renaultgebouw, zowel voor het verbouwen als het gebruiken. De bouwwerkzaamheden zijn aangevangen in 2003. Bij brief van 22 december 2003 heeft de gemeente erfpachters laten weten dat voor de beoogde wijziging in het gebruik van de gebouwen — in dit geval voor horecadoeleinden — privaatrechtelijke toestemming van de gemeente vereist is. Die toestemming is vervolgens in maart 2004 door gedaagden aan de gemeente gevraagd. Pas 2,5 jaren na dato, bij brief van 15 september 2006 heeft de gemeente gemeld dat zij bereid was de eerder gevraagde toestemming te geven, maar alleen onder de voorwaarde van acceptatie van een (aanzienlijke) canonverhoging. De renovatie van het Renaultgebouw was toen al geruime tijd gereed. In confesso is dat voor een canonverhoging krachtens de erfpachtvoorwaarden wilsovereenstemming is vereist. De gemeente heeft naar het oordeel van het hof privaatrechtelijke toestemming verleend voor de gebruikswijziging, en heeft daaraan niet de voorwaarde van canonverhoging verbonden. Het feit dat de gemeente zoals zij stelt het recht op canonverhoging niet heeft laten varen maakt — onder de werking van de erfpachtvoorwaarden — niet dat van erfpachters alsnog kan worden verlangd dat zij met de gevorderde verhoging instemmen. Redelijkheid en billijkheid of het erfpachtbeleid sinds 1966 maken dat niet anders, de gemeente heeft de vereiste toestemming immers onvoorwaardelijk verleend.*

### **Partij(en)**

Arrest in de zaak van:

de publiekrechtelijke rechtspersoon Gemeente Amsterdam, te Amsterdam, appellante, advocaat: mr. B.R. ter Haar te Amsterdam,

tegen

1. de vennootschap onder firma Wibautstraat 224 V.O.F.,
  2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Wibautstraat 224 B.V., en
  3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Azuriet B.V.,
- allen gevestigd te Amsterdam, geïntimeerden, advocaat: mr. L.E. de Geer te Amsterdam.

## **Uitspraak**

### **1. Het geding in hoger beroep**

De partijen worden hierna (ook) de Gemeente en Wibautstraat c.s. genoemd.

Bij dagvaarding van 10 november 2011 is de Gemeente in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 17 augustus 2011, in deze zaak onder zaak-/rolnummer 462393 / HA ZA 10-1975 gewezen tussen haar als eiseres in conventie, verweerster in reconventie en Wibautstraat c.s. als gedaagden in conventie, eiseressen in reconventie. Bij memorie van grieven heeft de Gemeente elf grieven tegen het vonnis aangevoerd, producties in het geding gebracht, bewijs aangeboden en geconcludeerd, zakelijk weergegeven, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en alsnog, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, haar vorderingen zal toewijzen en de vorderingen van Wibautstraat c.s. zal afwijzen, met veroordeling van Wibautstraat tot terugbetaling van al hetgeen door de gemeente ter uitvoering van het vonnis waarvan beroep is betaald, een en ander vermeerderd met rente.

Bij memorie van antwoord hebben Wibautstraat c.s. de grieven bestreden, een productie in het geding gebracht en geconcludeerd, zakelijk weergegeven, dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen en de Gemeente zal veroordelen, uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het hoger beroep, met nakosten.

De partijen hebben de zaak op 11 september 2012 doen bepleiten, de gemeente door mr. ter Haar voornoemd en Wibautstraat c.s. door mr. de Geer voornoemd, beiden aan de hand van pleitnotities die aan het hof zijn overgelegd. Ten slotte is arrest gevraagd.

### **2. Feiten**

#### **2.1**

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.24, een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat geen geschil, zodat ook het hof van de aldus vastgestelde feiten zal uitgaan.

#### **2.2**

Het gaat in deze zaak om het volgende.

##### **2.2.1.**

Bij akte van 30 december 1957 heeft de Gemeente een terrein aan het Mr. Treubplein en de Wibautstraat, kadastraal bekend gemeente Watergraafsmeer, sectie A, nummer 4081, hierna ook 'het perceel' of 'het Renaultgebouw', in voortdurende erfpacht uitgegeven aan de naamloze vennootschap Renault (Nederland) N.V., hierna 'Renault'.

##### **2.2.2.**

De akte van vestiging bepaalt onder meer dat het Renaultgebouw in erfpacht is uitgegeven 'voor het stichten van een bebouwing bevattende een garage met werkplaatsen, een benzinstation en een verkoopkantoor, met daarbij behorende showroom, kantoren en bergplaatsen (...)'.

##### **2.2.3.**

In de akte is verder opgenomen dat voor het erfpachtrecht een jaarlijkse canonbetaling van f 36.800 verschuldigd is voor de eerste periode van 75 jaar.

##### **2.2.4.**

De uitgifte in erfpacht is geschied onder de 'Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1937' (hierna 'AB 1937'). Deze AB 1937 zijn gewijzigd bij besluit van de Gemeenteraad van Amsterdam van 25 mei 1955, hierna 'AB 1955'.

##### **2.2.5.**

Zowel artikel 6 van de AB 1937 als artikel 6 van de AB 1955 luidt - voor zover hier relevant -:

2. Wijzigingen (...) treden bouwbloksgewijze in werking en wel voor de eerste maal op het tijdstip, waarop een termijn van 75 jaar is verlopen, sinds het eerste terrein in dat bouwblok in voortdurende erfpacht werd uitgegeven, en vervolgens telkens na een termijn van 50 jaar.

(...)

5. De jaarlijkse pachtsommen, waarvoor de in één bouwblok gelegen terreinen zijn uitgegeven, worden herzien telkenmale in het jaar, voorafgaande aan het laatste jaar van de termijnen in het 2e lid van dit artikel genoemd.

#### **2.2.6.**

Zowel artikel 10 van de AB 1937 als artikel 10 van de AB 1955 luidt - voor zover hier relevant -:

Het is den erfpachter niet geoorloofd:

a) in het gebruik van het goed en van de daarop te stichten opstallen verandering te brengen zonder voorafgaande schriftelijke vergunning van Burgemeester en Wethouders, welke vergunning ook voor bepaalde tijd of tot wederopzegging kan worden verleend;

b) in het op den grond gebouwde verandering te brengen, indien daardoor zou worden afgeweken van in de akte van uitgifte bindend verklaarde teekeningen, zonder voorafgaande schriftelijke vergunning van Burgemeesters en Wethouders;

(...).

#### **2.2.7.**

Zowel artikel 26 van de AB 1937 als artikel 26 van de AB 1955 luidt – voor zover hier relevant - :

Slechts bij onderlinge overeenstemming tusschen Gemeente en erfpachter (...) zal

(...)

b. een herziening der erfpachtsom kunnen geschieden zonder tusschenkomst van deskundigen en in werking treden zonder inachtneming van den termijn, bedoeld in het 9e lid van art.6;

#### **2.2.8.**

Renault heeft op het perceel een opstal gebouwd dat bestond uit 6.063 m2 bruto vloeroppervlak (hierna 'bvo') kantoor-/bedrijfsruimte, 1.683 m2 bvo showroom en 7.363 m2 bvo werkplaatsen. Het totale gebouwde bvo bedroeg, exclusief parkeerruimte, 15.109 m2.

#### **2.2.9.**

In 2002 zijn gedaagden erfpachter van het Renaultgebouw geworden:

- bij akte van 15 maart 2002 heeft Renault, inmiddels Renault Nissan (Nederland) N.V. geheten, het recht van erfpacht geleverd aan Sedijko V B.V., waarvan de naam daarna is gewijzigd in B.V. Wibautstraat 224 ('Wibautstraat 224');
- bij akte van 30 augustus 2002 heeft Wibautstraat 224 het recht van erfpacht ingebracht in en geleverd aan de gezamenlijke vennoten van de vennootschap onder firma Wibautstraat 224 V.O.F., terwijl Azuriet B.V. een bedrag van € 3.912.833,77 heeft ingebracht in en geleverd aan de gezamenlijke vennoten van Wibautstraat 224 V.O.F.

#### **2.2.10.**

Gedaagden hebben in 2002 en de jaren daarna een plan ontwikkeld en gerealiseerd voor aanpassingen van het gebruik van het Renaultgebouw. Bij de ontwikkeling van dit plan hebben zij samenwerking gezocht met de Gemeente. Nadat Wibautstraat 224 hiervoor in oktober 2002 een vergunning had aangevraagd, heeft het Dagelijks Bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer bij besluit van 15 januari 2003 vergunning verleend 'tot het verbouwen van het voormalige hoofdkantoor met werkplaats van Renault Nederland tot bedrijfsverzamelgebouw met parkeervoorziening'. De bouwwerkzaamheden zijn direct hierna gestart.

#### **2.2.11.**

Bij brief van 22 maart 2004 heeft Wibautstraat 224 het bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer onder andere privaatrechtelijke toestemming gevraagd voor wijziging van de erfpachtrechtelijke bestemming. Deze wijziging betrof het opnemen van de bestemming horecadoeleinden voor een aangegeven gedeelte van het Renaultgebouw met een oppervlakte van 460 m2. In deze brief was per abuis de ruimte voor de keuken, groot 90 m2, buiten de gebruikswijziging gelaten. De totale gebruikswijziging betrof derhalve 550 m2. De brief sluit af met de zinsnede:

“Graag vernemen wij van u onder welke voorwaarde privaatrechtelijke toestemming wordt verleend.”

#### **2.2.12.**

Bij brief van 27 april 2004 heeft de Gemeente bericht dat de aanvraag pas kon worden beoordeeld nadat de metrages voor en na de verbouwing, uitgesplitst naar bestemming, door gedaagden zouden worden overgelegd. Bij brief van 3 mei 2004 hebben gedaagden een overzicht van het bvo aan de Gemeente toegezonden. Na een telefonisch gesprek tussen betrokkenen hebben gedaagden op 12 mei 2004 een nieuw overzicht toegezonden.

#### **2.2.13.**

Op 21 februari 2005 heeft de heer A., vertegenwoordiger van Wibautstraat 224, een brief van wethouder Stadig ontvangen met felicitaties voor de stijlvolle renovatie van het Renaultgebouw.

#### **2.2.14.**

Bij besluit van 7 juni 2005 heeft het bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer aan I.B.S. Exploitatie B.V. vrijstelling op grond van artikel 19 lid 2 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening verleend en een bouwvergunning verleend tot het veranderen van een gedeelte van de begane grond van het Renaultgebouw en het daarin aanbrengen van een tussenverdieping met bestemming daarvan tot fitnesscentrum.

#### **2.2.15.**

Bij besluit van 25 juli 2005 heeft het bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer aan het Financiële Dagblad vergunning verleend tot het plaatsen van een lichtkrant op de gevel van het Renaultgebouw.

#### **2.2.16.**

Bij besluit van 2 augustus 2005 heeft het bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer aan Redevco Europe Services B.V. vrijstelling verleend op grond van artikel 19 lid 2 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening en een bouwvergunning verleend tot het inrichten van de derde en vierde verdieping van het Renaultgebouw, met bestemming daarvan tot kantoor.

#### **2.2.17.**

Bij besluit van 6 oktober 2005 heeft het bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer aan A. Vastgoed Management B.V. (hierna ook 'A.') vergunning verleend tot het wijzigen van de inrichting van de begane grond (inrichting restaurant) en tot het aanbrengen van een tussenverdieping in het Renaultgebouw.

#### **2.2.18.**

Bij brief van 15 september 2006 heeft de Gemeente aan Wibautstraat 224 en Azuriet bericht dat zij bereid was de onder 2.2.11 bedoelde toestemming te verlenen, maar dat daaraan de voorwaarde werd verbonden dat de canon werd herzien naar een bedrag van € 322.191,70 per jaar voor het gehele erfpachtrecht. In de brief staat onder meer vermeld: Naar aanleiding van uw verzoek d.d. 22 maart 2004 tot gedeeltelijke wijziging van de bestemming op de begane grond tot restaurant, inzake het recht van erfpacht Wibautstraat 224 (...) deel ik u het volgende mee.

Op 12 mei 2004 hebt u een overzicht van het brutovloeroppervlak van de oude en nieuwe bestemming van bovenvermeld erfpachtrecht naar de gemeente toegezonden. (...) Uit uw gegevens blijkt, dat behalve de hierboven genoemde nog meer wijzigingen worden doorgevoerd die niet in overeenstemming zijn met de contractuele bestemming en bebouwing. Voor alle wijzigingen heeft u privaatrechtelijke toestemming nodig van de gemeente. In dit verband ontvangt u deze aanbieding voor bestemmings- en bebouwingwijziging conform de door u gewenste nieuwe bestemming en bebouwing. (...)

Huidige canon per jaar: € 17.370,70

(...)

De wijziging van de bestemming en bebouwing heeft een economische meerwaarde ten opzichte van de huidige bestemming en bebouwing die in de akte van uitgifte is vastgelegd. De canon dient daarom te worden herzien.

Ik verwijs nu naar de toelichting bij deze brief inzake de hierboven genoemde gemeentelijke toestemming en de economische meerwaarde van het erfpachtrecht.

Aanbieding:

(...)

Canonverhoging per jaar: € 304.821

Daarmee bedraagt de nieuwe canon € 322,191,70 per jaar.

Ingangsdatum: 01-01-2007.

Geldigheid aanbieding:

Dit aanbod is geldig tot 15 november 2006.

Indien u akkoord gaat met de voorwaarden die in deze brief en de toelichting staan vermeld, wilt u dan het bijgevoegde

'bericht van acceptatie' ondertekenen en voor 15 november 2006 terugsturen. Na deze datum vervalt de aanbieding en kunt u er geen rechten aan ontlenuen. Indien u de aanbieding niet accepteert, dan dient u het feitelijk gebruik in overeenstemming te brengen met het erfpachtcontract.

Totstandkoming overeenkomst en voorbehoud

Zodra ik het ondertekende bericht van acceptatie van u heb ontvangen, komt de overeenkomst tot wijziging van de bestemming en bebouwing tot stand, onder voorbehoud van bestuurlijke goedkeuring door het dagelijks bestuur van het stadsdeel. (...)

### **2.2.19.**

Bij brief van 24 oktober 2006 is namens gedaagden aan de Gemeente bericht dat er ten aanzien van de in de vestigingsakte opgenomen bestemmingen geen wijziging van het gebruik heeft plaatsgevonden en dat er om die reden geen toestemming vereist was waaraan de voorwaarde van canonherziening kon worden verbonden.

### **2.2.20.**

Bij brief van 16 juni 2008 heeft de Gemeente daarop laten weten dat zij haar standpunt handhaaft ten aanzien van de bestemmingswijziging. Wel heeft de Gemeente daarbij voorgesteld om de canon in € 221.782,70 per jaar te wijzigen en om instemming met dat bedrag gevraagd. Namens gedaagden is daarop als standpunt te kennen gegeven dat de gemeente geen (bevoegdheid tot) canonherziening toekomt.

## **3. Beoordeling**

### **3.1**

De Gemeente vordert in dit geding - samengevat en na wijziging van eis – dat het hof, uitvoerbaar bij voorraad, Wibautstraat c.s. zal gebieden te verschijnen ten overstaan van een notaris teneinde mee te werken aan de totstandkoming van een akte, houdende de constatering dat met betrekking tot de erfpacht van het Renaultgebouw per 1 januari 2007 de bestemming is gewijzigd in kantoor, showroom, horeca en leisure, en dat de canon per 1 januari 2007 is herzien in een bedrag van (primair) € 221.782,70 dan wel (subsidiar) € 30.821,70 per jaar, met hoofdelijke veroordeling van Wibautstraat c.s. tot betaling van een dwangsom, alsmede hoofdelijke veroordeling van Wibautstraat c.s. tot betaling van een bedrag van (primair) € 886.624,45 dan wel (subsidiar) € 58.342,88, met rente en kosten. Meer subsidiar vordert de Gemeente dat Wibautstraat c.s. worden veroordeeld om binnen één jaar, althans een zodanige termijn als de rechtbank in goede justitie als juist en rechtvaardig voorkomt, het Renaultgebouw in de oude staat terug te brengen, op straffe van betaling van een (dagelijkse) dwangsom.

### **3.2**

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. De tegenvorderingen van Wibautstraat c.s., die er in hoofdzaak toe strekten dat de gemeente haar medewerking zou verlenen aan de totstandkoming van een akte waarin wordt vastgelegd dat de bestemming van de erfpacht ter zake van het Renaultgebouw is gewijzigd in garage, kantoor, bergruimte, horeca en leisure, heeft de rechtbank toegewezen. Tegen deze oordelen richt zich het hoger beroep van de Gemeente.

### **3.3**

Met grief I voert de Gemeente met recht aan dat de subjectieve partijbedoeling niet leidend is bij de uitleg van de erfpachtsvoorwaarden maar dat het aankomt op een meer geobjectiveerde uitleg. Gelet op hetgeen hierna wordt overwogen en geoordeeld kan dit echter niet tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep leiden.

### **3.4**

De grieven III tot en met IX raken in de kern de kwestie of, en zo ja op welke grondslag, de Gemeente aanspraak heeft op de gevorderde canonverhoging en lenen zich voor gezamenlijke bespreking.

### **3.5**

Volgens de Gemeente heeft zij in verband met de bestemmingswijziging van de bestaande erfpacht die aan haar privaatrechtelijke toestemming is onderworpen, aanspraak op de gevorderde canonverhoging onder de werking van de op de onderhavige erfpacht toepasselijke AB 1937/1955. De gemeente beroept zich in dit verband op de artikelen 10 sub a en b in samenhang met artikel 26 van de AB 1937/1955.

### **3.6**

Het hof overweegt als volgt. De AB 1937/1955 bevatten, naar in confesso is, geen bepalingen die de gemeente in geval van

een bestemmingswijziging als de onderhavige het recht geven de canon eenzijdig te verhogen. Uit artikel 26 AB 1937/1955 volgt integendeel, en de gemeente heeft dat tijdens het pleidooi in hoger beroep ook desgevraagd bevestigd, dat voor een (tussentijdse) canonverhoging in een geval als het onderhavige wilsovereenstemming is vereist. Vast staat, dat de gemeente verschillende bedragen heeft voorgesteld, maar dat over de door de gemeente (primair dan wel subsidiair) gevorderde canonverhogingen tussen partijen geen wilsovereenstemming is bereikt.

### **3.7**

De gemeente neemt, naar het hof mede gelet op de toelichting tijdens het pleidooi in hoger beroep begrijpt, het standpunt in dat haar vorderingen desalniettemin toewijsbaar zijn. Samengevat komt dat standpunt erop neer dat de bepalingen van de AB 1937/1955, in samenhang met het bestendige beleid dat zij sedert de jaren zestig voert, meebrengen dat Wibautstraat c.s. (professionals in de ontwikkeling van onroerend goed) wisten, dan wel redelijkerwijs hadden moeten weten, dat de Gemeente aan haar privaatrechtelijke toestemming de voorwaarde van canonherziening zou verbinden; zij heeft haar toestemming op enig moment gegeven maar van haar aanspraak op canonverhoging nimmer afstand gedaan.

#### **3.7.1.**

Het hof volgt de Gemeente niet in haar betoog. In dat verband constateert het hof allereerst dat de Gemeente geen grief heeft gericht tegen de overweging van de rechtbank in r.o. 6.11, dat de Gemeente privaatrechtelijke toestemming tot wijziging aan de erfpachter heeft gegeven en een weigering van die toestemming niet aan de orde is. Die overweging dient het hof daarom als uitgangspunt.

#### **3.7.2.**

Bij pleidooi in hoger beroep heeft de Gemeente aan haar betoog uit eerste aanleg toegevoegd, dat haar toestemming in zoverre niet onvoorwaardelijk is gegeven dat zij daarmee haar aanspraak op canonverhoging niet heeft prijsgegeven; het was echter niet zonder meer geoorloofd (naar de raadsman van de gemeente aanvoerde; krachtens jurisprudentie) om haar toestemming afhankelijk te stellen van canonverhoging. Kennelijk doelde (de raadsman van) de Gemeente hier op het vonnis van rechtbank Amsterdam van 5 december 2007 (rolnummer 361406 / HA ZA 07-238, overgelegd als productie 5 bij conclusie van antwoord), waarin de rechtbank concludeerde – onder de werking van de AB 1966, die wel de mogelijkheid tot tussentijdse canonwijziging kennen – dat de gemeente misbruik van bevoegdheid maakte door haar toestemming voor erfpachtwijziging afhankelijk te maken van acceptatie van canonverhoging. De Gemeente heeft in de onderhavige procedure echter ook gesteld dat zij aan haar toestemming wel een financiële voorwaarde mocht verbinden, onder meer onder verwijzing naar een arrest van dit hof van 7 mei 1992 (rolnummer 64/79).

#### **3.7.3.**

Wat er ook zij van de bevoegdheid van de Gemeente om haar privaatrechtelijke toestemming van instemming met een canonverhoging afhankelijk te maken, het hof concludeert uit de stellingen van de Gemeente en de toelichting daarop tijdens het pleidooi in hoger beroep dat de Gemeente haar toestemming tot de bestemmingswijziging heeft gegeven en aan die toestemming uiteindelijk niet de voorwaarde heeft verbonden, dat de canon wordt gewijzigd in de zin zoals in haar primaire c.q. subsidiaire vordering aangegeven. Dat zij de gegeven toestemming van andere voorwaarden afhankelijk heeft gemaakt, is evenmin gesteld of gebleken. Daarmee staat vast dat de Gemeente onvoorwaardelijk toestemming heeft gegeven tot bestemmingswijziging van de erfpacht.

### **3.8**

Als het standpunt van de Gemeente zo moet worden begrepen dat, hoewel wilsovereenstemming ontbreekt en zij aan haar toestemming geen voorwaarde tot canonverhoging heeft verbonden, zij jegens Wibautstraat c.s. toch aanspraak kan maken op canonaanpassing zoals door haar gevorderd, geldt het volgende.

#### **3.8.1.**

Vooropgesteld dient te worden dat de gemeente en Wibautstraat c.s. in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan. Of dat ertoe leidt dat de Gemeente bedoelde aanspraak heeft, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of zich in de onderhavige zaak feiten of omstandigheden voordoen die maken dat het Wibautstraat c.s. (dan wel haar rechtsvoorgangsters) zo duidelijk was, of moet zijn geweest, dat de toestemming van de Gemeente met de bestemmingswijziging van de erfpacht gepaard zou gaan met een canonwijziging zoals door de gemeente primair dan wel subsidiair gevorderd, dat Wibautstraat c.s. daarmee in redelijkheid hadden moeten instemmen.

#### **3.8.2.**

Gezien de vorderingen zoals de Gemeente deze heeft geformuleerd komt haar stelling erop neer dat Wibautstraat c.s., ook als de Gemeente geen daartoe strekkende voorwaarde aan haar toestemming had verbonden, in redelijkheid met (primair)

ongeveer een vertwaalfvoudiging dan wel (subsidiar) met een verdubbeling van de canon had moeten instemmen. Niet valt uit te sluiten dat daartoe onder omstandigheden aanleiding zou kunnen bestaan; het had evenwel – zeker gezien de omvang van de verhogingen ten opzichte van het nominale bedrag van de canon - op de weg van de Gemeente gelegen om die omstandigheden te concretiseren en daarbij inzichtelijk te maken op welke grondslag en aan de hand van welke berekening van Wibautstraat c.s. verlangd had mogen worden dat zij met de door de Gemeente gevorderde canonverhogingen in zouden stemmen. De Gemeente heeft dat nagelaten.

### **3.8.3.**

Dat de Gemeente – zoals zij aanvoert – in 1972 met de toenmalige erfpachter van het Renaultgebouw naar aanleiding van een bestemmingswijziging een tussentijdse canonverhoging is overeengekomen brengt op zichzelf niet mee dat Wibautstraat c.s. met de door de Gemeente gevorderde verhoging akkoord had moeten gaan.

### **3.8.4.**

Het enkele feit dat de Gemeente, zoals zij aanvoert, in gesprekken en correspondentie met Wibautstraat haar aanspraak op canonverhoging niet heeft laten varen is (ook indien juist) onder de werking van de AB 1937/1955 niet voldoende om – bij gebreke van wilsovereenstemming en het verbinden van een concrete voorwaarde aan haar uiteindelijk gegeven toestemming – van Wibautstraat te vergen dat zij met een van de gevorderde bedragen instemt. De Gemeente heeft ook niet gesteld dat zij deze bedragen toen al aan Wibautstraat c.s. had medegedeeld.

### **3.8.5.**

Het hof neemt daarbij verder in beschouwing dat de Gemeente, naar aanleiding van de (onder 2.2.11 bedoelde) brief waarin de rechtsvoorganger van Wibautstraat c.s. had gevraagd onder welke voorwaarde toestemming zou worden verleend, eerst ca 2,5 jaar later (in de onder 2.2.18 bedoelde brief) schriftelijk heeft bevestigd dát een voorwaarde zou worden gesteld en welk bedrag de Gemeente daarbij voor ogen stond. De renovatie van het Renaultgebouw was toen al geruime tijd gereed. Het aannemen van een rechtsplicht voor Wibautstraat c.s. om onder die omstandigheden toch met de door de Gemeente gevorderde canonverhoging in te stemmen (terwijl Wibautstraat c.s. toen realistisch gesproken niet meer de mogelijkheid hadden om van erfpachtwijziging af te zien), zou feitelijk neerkomen op de bevoegdheid van de Gemeente om de door haar gevorderde canonverhoging in de onderhavige zaak eenzijdig op te leggen. Deze bevoegdheid heeft de Gemeente, zoals hiervoor reeds werd geconstateerd, ook volgens haarzelf juist niet.

### **3.8.6.**

Ook indien de Gemeente sedert 1966 als beleid voert dat de verlening van privaatrechtelijke toestemming afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de erfpachter een verhoging van de canon aanvaardt, volstaat dat evenmin om een aanspraak op canonverhoging jegens Wibautstraat c.s. aan te nemen in de onderhavige situatie, waarin de Gemeente haar toestemming reeds onvoorwaardelijk heeft verleend. Ook de door de Gemeente aangevoerde onderzoeksplicht aan de zijde van Wibautstraat c.s. maakt dat niet anders.

## **3.9**

De slotsom luidt, dat de primaire en subsidiaire vorderingen van de Gemeente niet toewijsbaar zijn.

## **3.10**

Ook de meer subsidiaire vordering van de Gemeente, tot herstel in oude toestand, komt niet voor toewijzing in aanmerking. Voor toewijzing zou plaats kunnen zijn, indien de Gemeente geen toestemming voor de bestemmingswijziging had verleend en als gevolg daarvan het erfpachtsrecht in strijd met de bestemming zou worden gebruikt. Uit het voorgaande volgt echter, dat de Gemeente onvoorwaardelijk met de bestemmingswijziging heeft ingestemd.

## **3.11**

De Gemeente heeft geen dan wel onvoldoende feiten gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen kunnen leiden dan hierboven gegeven, zodat het hof aan haar bewijsaanbod als niet ter zake dienend voorbij gaat.

## **3.12**

Het voorgaande brengt mede dat de grieven III tot en met IX falen. Daaruit vloeit voort dat ook grief X, die zich richt tegen de toewijzing van de reconventionele vordering van Wibautstraat c.s., vergeefs is voorgesteld. Grief II behoeft bij gebrek aan belang geen bespreking meer. De rechtbank heeft gelet op het bovenstaande de Gemeente terecht in de kosten van het geding in eerste aanleg veroordeeld. Ook grief XI faalt.

## **4. Slotsom en kosten**

Nu de grieven falen en ook overigens geen grond bestaat voor vernietiging van het bestreden vonnis, zal dit worden bekrachtigd. De Gemeente zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

## 5. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verwijst – uitvoerbaar bij voorraad – de Gemeente in de proceskosten van het hoger beroep en begroot die kosten, voor zover aan de kant van Wibautstraat c.s. gevallen, op € 4.713 voor verschotten, op € 11.685 voor salaris van de advocaat en op € 131 voor nasalaris van de advocaat, te vermeerderen met € 68 voor nasalaris van de advocaat en met de kosten van het betekeningsexploot, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling(en) en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden.

verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

## Noot

**Auteur:** A.H.J. Hofman<sup>[1]</sup>

### 1.

In Amsterdam staan verreweg de meeste gebouwen op grond die in eigendom is van de gemeente. Deze grond wordt via een tussen de gemeente en de erfpachter gesloten erfpachtakte aan de erfpachter uitgegeven. Voor het gebruik van die grond moet aan de gemeente (als eigenaar) in de regel een jaarlijkse pachtsom worden betaald: de erfpachtcanon. Indien de erfpachter het in de erfpachtakte opgenomen gebruik wijzigt, dan is daarvoor op grond van de tussen de erfpachter en de gemeente gesloten erfpachtakte veelal naast een publiekrechtelijke vergunning een privaatrechtelijke toestemming vereist.

### 2.

Zo ook in dit arrest. Ten behoeve van de herontwikkeling van de voormalige Renaultgarage aan de Wibautstraat te Amsterdam, had het bestuur van het stadsdeel Oost/Watergraafsmeer op 15 januari 2003 een aantal bouwvergunningen verleend. De Renaultgarage was echter gelegen op in 1957 in erfpacht uitgegeven grond. In de akte van vestiging was bepaald dat het Renaultgebouw in erfpacht is uitgegeven '*voor het stichten van een bebouwing bevattende een garage met werkplaatsen, een benzinstation en een verkoopkantoor, met daarbij behorende showroom, kantoren en bergplaatsen (...)*'. Nu de herontwikkeling van het Renaultgebouw (ook) voorzag in horecadoeleinden was het voorziene gebruik niet alleen in strijd met het vigerende bestemmingsplan, waar het Renaultgebouw de bestemming 'handel en nijverheid' had, maar ook met de erfpachtakte.

### 3.

Gelet daarop verlangde de gemeente voor de wijziging van het gebruik zowel een publiekrechtelijke vrijstelling op grond van het toenmalige art. 19 lid 2 WRO als een privaatrechtelijke toestemming op grond van het eigendomsrecht. Dit laatste heeft de gemeente de erfpachter ook bij brief van 22 december 2003 laten weten. De betreffende toestemming is vervolgens in maart 2004 aan de gemeente gevraagd. Op welk moment de publiekrechtelijke vrijstelling en privaatrechtelijke toestemming precies door de gemeente zijn verleend, blijkt niet uit de in het arrest en vonnis weergegeven feiten. Dat is onbevredigend. Met name omdat zowel rechtbank (*LJN* BT8289, ro. 6.10) als hof (ro. 3.7.1) tot uitgangspunt nemen dat de gemeente de toestemming tot wijziging van het gebruik aan de erfpachter heeft gegeven. Gelet daarop had het de motivering van zowel het arrest als het vonnis gesierd als daar wel een overweging aan was gewijd.

### 4.

Het is namelijk niet in alle gevallen mogelijk om naast een publiekrechtelijke vergunning een privaatrechtelijke toestemming voor het (gewijzigde) gebruik te verlangen. Om die reden is het goed om te bezien óf, en zo ja waaróm de gemeente in het onderhavige geval naast het publiekrecht gebruik mocht maken van de haar op grond van het eigendomsrecht toekomstige privaatrechtelijke bevoegdheden.

### 5.

Teruggrijpend op de daarover ontwikkelde jurisprudentie, kan daarover het volgende worden opgemerkt. Het is vaste



rechtspraak dat een overheid als eigenaar naast een publiekrechtelijke vergunning op grond van het eigendomsrecht een privaatrechtelijke toestemming voor het gebruik mag verlangen. Immers, publiekrechtelijke regelingen doen, tenzij anders blijkt, geen uitspraken over eigendomsaspecten van die zaken, zie bijvoorbeeld HR 17 januari 1941, *NJ* 1941, p. 644 m.nt. PS (*Parlevinker*), HR 19 januari 1968, *NJ* 1968/166 m.nt. GJS, *ARB* 1968, p. 585 (*Eindhoven/Staals*) en HR 9 november 2012, *NJ* 2012/639, *AB* 2013/1 m.nt. A.H.J. Hofman en G.A. van der Veen (*Hoogheemraadschap/Götte*). Het vereiste van privaatrechtelijke toestemming vervalt echter wanneer die eis strijdt met de leer van de onaanvaardbare doorkruising uit het arrest Windmill (HR 26 januari 1990, *NJ* 1990/393, *AB* 1990/408 m.nt. G.P. Kleijn), of wanneer het opleggen van een dergelijke verplichting leidt tot misbruik van bevoegdheid (HR 5 juni 2009, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327 m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*)).

## 6.

Een situatie als bedoeld in het arrest Windmill doet zich voor wanneer voor het bereiken van bepaalde (beleids)doeleinden een publiekrechtelijke weg openstaat, maar de overheid daarnaast of in plaats daarvan gebruik maakt van het privaatrecht (zie P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Kluwer: Deventer 2010, p. 277 e.v.). De vraag die opkomt, is of door de gemeente in het kader van de ruimtelijke ordening langs privaatrechtelijke weg andere, of zelfs verdergaande, beperkingen aan het gebruik van gronden en opstallen kunnen worden gesteld dan via de publiekrechtelijke weg (het bestemmingsplan) is geschied.

## 7.

Deze vraag is beantwoord in de arresten *Kunst- en Antiekstudio Lelystad* (HR 8 juli 1991, *AB* 1991/659 m.nt. F.H. van der Burg) en *Chidda* (HR 24 september 2004, *AB* 2005/58 m.nt. G.A. van der Veen).

In *Kunst- en Antiekstudio Lelystad* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de WRO zich, noch naar haar bewoordingen, noch naar haar strekking, verzet tegen een dergelijke privaatrechtelijke handelwijze van de gemeente. De WRO kan namelijk niet aangemerkt worden als een exclusieve publiekrechtelijke regeling die geen ruimte meer laat voor een privaatrechtelijk optreden van de gemeente. Van een onaanvaardbare doorkruising is in het ruimtelijk ordeningsrecht dus niet snel sprake. Immers, de WRO verzet zich er niet tegen dat belangen die zijn meegewogen bij het vaststellen van een bestemmingsplan nogmaals worden meegewogen in het kader van een privaatrechtelijke overeenkomst. Ook als die belangenafweging vervolgens tot een andere uitkomst leidt.

Dat deze door de Hoge Raad uiteengezette lijn geldend recht is voor wat betreft de ruimtelijke ordening, kan worden opgemaakt uit het 13 jaar later gewezen *Chidda*-arrest.

## 8.

Gelet op het bepaalde in deze arresten, brengt het feit dat de gemeente Amsterdam in het onderhavige arrest al een vrijstelling had verleend voor het planologisch strijdige gebruik dus niet met zich, dat de gemeente op grond van de tussen partijen gesloten erfpachtakte – met het oog op het voorkomen van een ongewenste bestemming – op grond van eenzelfde belangenafweging geen privaatrechtelijke toestemming meer mocht verlangen van de erfpachter. Immers, in het kader van de ruimtelijke ordening mogen belangen die zijn meegewogen bij het vaststellen van een bestemmingsplan nogmaals mee worden gewogen in het kader van een privaatrechtelijke overeenkomst. In dit geval leidden beide afwegingen overigens tot hetzelfde resultaat: zowel de vrijstelling als de privaatrechtelijke toestemming werden verleend. De hiervoor geconstateerde omissie van rechtbank en hof is in die zin dus ‘verschoonbaar’.

## 9.

Het hof stelt vervolgens – wederom op basis van voor de lezer onbekende feiten – vast dat deze toestemming onvoorwaardelijk is verleend: het verbinden van voorwaarden aan de toestemming, zoals een verhoging van de erfpachtcanon, was in dit geval dus niet mogelijk. Wat wel uit deze overweging kan worden afgeleid, is dat het antwoord op de vraag of een toestemming onvoorwaardelijk is verleend, blijkbaar sterk afhankelijk is van de bedoeling van partijen. Bij overeenkomsten waar de overheid partij is, wordt deze bedoeling genormeerd door de redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor een nadere beschouwing van de werking van deze beginselen verwijs ik naar de annotatie van G.H.J. Heutink bij dit arrest (*Gst.* 2013, 28). Waar ik wel op inga, is de vraag of het – ingeval er wél voorwaarden aan de toestemming konden worden verbonden – überhaupt wel mogelijk was om de door de gemeente gewenste canonverhoging, te weten een vertwaalfvoudiging van het oorspronkelijke bedrag, als voorwaarde aan de toestemming te verbinden.

## 10.

Daarvoor is van belang dat een privaatrechtelijke betalingsverplichting slechts als voorwaarde aan een privaatrechtelijke toestemming kan worden verbonden, voor zover daarmee de publiekrechtelijke mogelijkheden tot het verlangen van een publiekrechtelijke vergoeding niet onaanvaardbaar worden doorkruist (HR 19 mei 2000, *NJ* 2000/639, *AB* 2000/428 m.nt.

P.J.J. van Buuren (*Noordzee*) en HR 23 juni 2006, *NJ* 2006/353, *AB* 2007/99 m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/Diepemaat*) en/of wanneer het opleggen van een dergelijke verplichting niet leidt tot misbruik van bevoegdheid (Amsterdam/Geschiere). In het al eerder genoemde arrest Chidda heeft de Hoge Raad geoordeeld dat misbruik van bevoegdheid in het kader van de ruimtelijke ordening niet snel aan de orde zal zijn:

“Immers, met de aan de orde zijnde privaatrechtelijke bestemmingsbepaling mogen ook andere dan planologische belangen worden nagestreefd, zolang deze redelijk zijn”

(r.o. 3.6.2). Het algemeen belang van het bevorderen van financieel rendement, achtte de Hoge Raad een dergelijk redelijk belang.

Bij de uitleg van wat redelijk is, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (wederom) van belang: zolang aan een verhoging van de erfpachtcanon onder andere zorgvuldig, onpartijdig onderzoek, een gedegen motivering (en een redelijke overgangsregeling) ten grondslag liggen, kan zelfs een canonverhoging met factor 15 redelijk zijn (Gerechtshof Amsterdam 21 mei 2013, *LJN* CA1789) met het argument dat daarmee wordt aangesloten bij de huidige marktwaarde (Rechtbank Amsterdam 5 juni 2013, *LJN* CA1267).

## 11.

De vraag die zich tot slot voordoet is die, of het bepaalde in Kunst- en Antiekstudio Lelystad en Chidda nog steeds geldt. Immers, na het wijzen van deze arresten is het ruimtelijk ordeningsstelsel ingrijpend veranderd (denk aan de inwerkingtreding van de Wro en Wabo). Heutink stelt zelfs in zijn annotatie bij dit arrest (*Gst.* 2013, 28) dat er, in het licht van het uitputtende karakter van de Wro anno 2012, nauwelijks nog ruimte lijkt te bestaan voor de overweging dat privaatrechtelijk handelen ter regeling van het gebruik van gronden en bouwwerken nog langer toelaatbaar is. Deze stelling van Heutink kan ik niet onderschrijven. De in Kunst- en Antiekstudio Lelystad genoemde argumenten gelden namelijk ook voor de Wro. Immers, de wetgever heeft bij de wijziging van de Wro wederom – hoewel hij daartoe de gelegenheid heeft gehad – niets ondernomen waaruit kan worden opgemaakt dat de Wro dient te worden aangemerkt als een exclusieve publiekrechtelijke regeling. Noch in de wettekst van de Wro zelf, noch in de wetsgeschiedenis wordt de (on)aanvaardbaarheid van het gebruik van het privaatrecht aan de orde gesteld. Als de wetgever het gebruik van het privaatrecht al aan banden had willen leggen, dan had het bovendien in de lijn der verwachting gelegen dat dit zou zijn gebeurd via het opnemen van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling (ik verwijs naar art. 122 Woningwet). Immers, het in het kader van de ruimtelijke ordening beperken van de toelaatbaarheid van het gebruik van het privaatrecht heeft grote consequenties voor de huidige ‘bestendige’ praktijk van gemeenten om gronden in verkoop of in erfpacht via overeenkomsten uit te geven. Tot slot is er sinds de inwerkingtreding van de Wro geen jurisprudentie geweest die de door Heutink gestelde kentering onderschrijft. Sterker nog, de gelding van Kunst- en Antiekstudio Lelystad voor de Wro is onlangs nog door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bevestigd (16 april 2013, *LJN* BZ9334). Gemeenten kunnen dus met verwijzing naar Kunst- en Antiekstudio Lelystad en Chidda met een gerust hart overeenkomsten met particulieren blijven sluiten waarbij gemeentelijke gronden in verkoop of in erfpacht worden uitgegeven.

Voetnoten



Anouk Hofman is advocaat bij AKD te Rotterdam. Tegen dit arrest is geen beroep in cassatie ingesteld.