

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Leeuwarden, afdeling civiel

zaaknummer gerechtshof 200.320.621/01

zaaknummer rechtbank Overijssel 266188



arrest van 25 juni 2024

in de zaak van

Gemeente Zwolle,
die is gevestigd in Zwolle,
die hoger beroep heeft ingesteld,
en bij de rechtbank optrad als eiseres in conventie, verweerster in reconventie,
hierna: **de Gemeente**,
advocaat: mr. J. de Roos te Arnhem,

tegen

Stichting Zwols Kegel-Huis,
die is gevestigd in Zwolle,
die ook hoger beroep heeft ingesteld,
en bij de rechtbank optrad als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie,
hierna: **de Stichting**,
advocaat: mr. M.P.H. van Maanen Winters te Arnhem.

1. Het verdere verloop van de procedure in hoger beroep

1.1 Naar aanleiding van het arrest van 9 januari 2024 heeft op 25 april 2024 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

2. De kern van de zaak

2.1 Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of tussen hen een overeenkomst tot stand is gekomen tot verlenging of vernieuwing van de erfpacht. De Stichting meent van wel, de Gemeente meent van niet.

2.2 De Gemeente heeft bij de rechtbank in conventie gevorderd dat de Stichting wordt bevolen om de percelen van de Gemeente te ontruimen, op te leveren en aan de Gemeente beschikbaar te stellen uiterlijk op 1 april 2022. De Stichting heeft op haar beurt in reconventie een verklaring voor recht gevorderd dat de erfpachtopzegging door de Gemeente bij exploit van 30 december 2010 van onwaarde is. Daarbij heeft de Stichting subsidiair gevorderd dat de Gemeente veroordeeld wordt die opzegging in te trekken. Ook heeft de Stichting gevorderd de Gemeente te veroordelen tot nakoming van haar verplichting een

recht van erfpacht te vestigen op de percelen, zoals is omschreven in de conceptakte die de Gemeente bij een brief van 12 oktober 2006 aan de Stichting heeft gestuurd. Verder heeft de Stichting gevorderd de Gemeente te gelasten mee te werken aan het passeren van de transportakte, een en ander versterkt met een dwangsom voor het geval de Gemeente niet aan de veroordelingen meewerkt.

2.3 De rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, heeft – na de tussenvonnissen van 28 juli 2021 en 29 december 2021¹ - bij eindvonnis van 27 juli 2022² de vorderingen van de Gemeente in conventie afgewezen en die van de Stichting voor een belangrijk deel toegewezen. De rechtbank heeft in reconventie voor recht verklaard dat de erfpachtopzegging bij exploit van 30 december 2010 zonder effect is gebleven en de Gemeente veroordeeld tot medewerking aan het verlijden van een akte van erfpacht overeenkomstig het tussen partijen overeengekomen concept. Hiermee wordt het concept bedoeld dat bij brief van 12 oktober 2006 door de Gemeente aan de Stichting is toegestuurd (ook wel hierna: het concept of de conceptakte van 2006). De rechtbank heeft aan de veroordeling een dwangsom verbonden voor het geval de Gemeente met de nakoming ervan in gebreke blijft.

2.4 De bedoeling van het hoger beroep van de Gemeente is dat haar afgewezen vorderingen alsnog worden toegewezen en de vorderingen van de Stichting alsnog worden afgewezen. De Gemeente heeft in hoger beroep haar eis aangevuld door ook te vorderen dat voor recht wordt verklaard dat

- i) (primair) geen nieuwe erfpachtovereenkomst tot stand is gekomen, dan wel (subsidiair) dat de vordering tot nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen is verjaard;
- ii) de Stichting vanaf 1 januari 2012 onrechtmatig, althans zonder recht of titel gebruik heeft gemaakt van het Kegelhuis;
- iii) voor zover een akte tot vestiging of verlenging van het erfpachtrecht door de notaris inmiddels is gepasseerd, die aktepassering geen rechtsgevolg heeft (gehad); en
- iv) eventuele (rechts)handelingen ter uitvoering van of voortvloeiend uit de ingeschreven akte ongedaan moeten worden gemaakt.

De Gemeente heeft verder gevorderd dat de Stichting wordt veroordeeld om dat wat de Gemeente ter uitvoering van de bestreden vonnissen heeft voldaan, ongedaan te maken, althans terug te betalen met rente. De Gemeente heeft ook gevorderd, subsidiair - voor het geval het hof zou oordelen dat een nieuwe erfpachtovereenkomst tot stand is gekomen, de vordering tot nakoming daarvan niet is verjaard en de Gemeente gehouden is tot medewerking aan de totstandkoming en inschrijving van een erfpachtake conform het aanbod vervat in de conceptakte van 2006 -, dat ook de Stichting wordt veroordeeld tot het verlenen van medewerking aan de totstandkoming en inschrijving van een erfpachtake conform dit aanbod, een en ander te versterken met een dwangsom.

2.5 De bedoeling van het hoger beroep van de Stichting is dat de vorderingen van de Gemeente opnieuw worden afgewezen. De Stichting vraagt in hoger beroep verder rectificaties van feiten en stellingen en trekt haar vordering in om de Gemeente te veroordelen tot nakoming van haar verplichting tot vestiging van een recht van erfpacht op de percelen zoals omschreven in de conceptakte van 2006 en om de Gemeente te gelasten mee te werken aan het passeren van de transportakte. De Stichting heeft in hoger beroep haar eis gewijzigd en gevorderd een verklaring voor recht dat op 19 november 2002 een erfpachtverlengingsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen zoals is omschreven

¹ ECLI:NL:RBOVE:2021:4903.

² ECLI:NL:RBOVE:2022:2255.

in onderdeel 5.D van de besluitenlijst van het college van B&W van de Gemeente van 19 november 2002 met de daarbij behorende toelichting. Ook heeft zij gevorderd voor recht te verklaren dat deze verlengingsovereenkomst per 1 januari 2003 in de plaats is getreden van de oorspronkelijke erfpachtovereenkomst tussen partijen, dat van verjaring van rechten uit die overeenkomst geen sprake is en dat de door de Gemeente gedane erfpachtopzegging bij exploit van 30 december 2010 zonder effect is gebleven. De in eerste aanleg ingestelde (subsidiare) vordering om de Gemeente te veroordelen tot intrekking van die erfpachtopzegging, heeft de Stichting in hoger beroep gehandhaafd.

2.6 Op grond van artikel 130 lid 1 Rv in samenhang gelezen met artikel 353 lid 1 Rv komt een partij de bevoegdheid toe haar eis of de gronden daarvan te wijzigen, mits dit niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Partijen hebben - over en weer - geen bezwaar gemaakt tegen de eiswijzigingen. Ambtshalve ziet het hof ook geen aanleiding de eiswijzigingen buiten beschouwing te laten, zodat recht zal worden gedaan op de gewijzigde eis van de Gemeente en op die van de Stichting.

2.7 Het hof is van oordeel dat partijen nooit wilsovereenstemming hebben bereikt over de voorwaarden waaronder de erfpachtverhouding zou worden voortgezet. Van een 'erfpachtverlengingsovereenkomst' dan wel een 'nieuwe erfpachtovereenkomst' is geen sprake. Het hoger beroep van de Gemeente slaagt en haar vorderingen zullen grotendeels worden toegewezen. Het hoger beroep van de Stichting slaagt niet en haar vorderingen zullen worden afgewezen. Dit oordeel zal hierna worden toegelicht, nadat eerst de relevante feiten zijn weergegeven.

3. De feiten

3.1 De Gemeente is eigenaar van de percelen, kadastraal bekend gemeente Zwolle, sectie A, nummers 7856, 7857 en 7859, plaatselijk bekend als Van Wevelinkhovenstraat 103 te Zwolle (hierna: de percelen).

3.2 Bij notariële akte van 15 december 1967 heeft de Gemeente de percelen in erfpacht uitgegeven aan de Stichting voor de periode van 1 januari 1968 tot en met 31 december 1997 (30 jaar). In de erfpachtakte is over de canon en de bebouwing en oplevering van de grond aan het einde van de erfpacht bepaald:

'12. De canon ten bedrage van een gulden per jaar zal worden gehandhaafd tot de eerste januari negentienhonderd een en zeventig; na die datum heeft de gemeente het recht deze canon jaarlijks te herzien bij besluit van burgemeester en wethouders der gemeente Zwolle indien de exploitatie van het kegelhuis daartoe naar het oordeel van burgemeester wethouders der gemeente Zwolle aanleiding mocht geven; Burgemeester en wethouders van Zwolle zullen omtrent een eventuele verhoging van de canon telkens vooraf overleg plegen met de erfpachtster.(...)

14. Na afloop van de erfpachtstermijn van dertig jaren gaan alle zich op het terrein bevindende opstallen, beplantingen, bestratingen, enzovoorts, alsmede de volledige in het kegelhuis aanwezige inventaris, waaronder de kegelbanen met toebehoren en elektrische en sanitaire installaties met toebehoren en alle verdere installaties voor zover toebehorend aan de erfpachtster, in eigendom over aan de gemeente Zwolle, zonder dat deze gemeente verplicht is of verplicht kan worden tot betaling van enige betaling of schadevergoeding in welke vorm dan ook.'

3.3 De Stichting heeft de in erfpacht gegeven grond bebouwd en daarop een voorziening opgericht voor de kegelsport die ook wel wordt aangeduid als 'Het Kegelhuis'.

3.4 Bij notariële akte van 12 november 1981 hebben partijen de erfpachttuitgifte met 10 jaar verlengd tot 1 januari 2008.

3.5 In een brief van 10 september 1999 heeft de Gemeente aan de Stichting meegedeeld: *'Enige tijd geleden heeft een medewerker van mijn afdeling het contact gelegd tussen de Stichting Zwols Kegelhuis en de afdeling Ontwikkeling van de sector Stadsbeheer. Het genoemde contact heeft betrekking op de wens van uw stichting de erfpachttermijn te verlengen. Inmiddels kan ik u mededelen dat thans een voorstel in procedure is met de strekking de erfpacht te verlengen. Als het college van burgemeester en wethouders instemt met dit voorstel, zal vervolgens de Stichting Zwols Kegelhuis worden benaderd met een concreet aanbod vanuit de sector Stadsbeheer.'*

3.6 In een brief van 10 juli 2002 schrijft mevrouw Y.E. Verver, hoofd Vastgoed, namens de Gemeente aan de Stichting:

'U heeft aangegeven voornemens te zijn te investeren in de uitbreiding van het huidige kegelhuis. Om deze redenen bestaat er behoefte aan zekerheid voor een langere periode dan de genoemde expiratedatum. Wij bereid een nieuwe erfpacht-overeenkomst te sluiten voor de grond (...) per 1 januari 2008 te verlengen.

Aan de nieuw te sluiten overeenkomst zullen t.z.t. de volgende voorwaarden worden verbonden:

1) erfpachttermijn :voor en periode van 30 jaar met ingangsdatum 1 januari 2008

2) erfpachtcanon :€ 7.637,50 per jaar (prijspeil 01-01-2002), eens per 5 jaar te herzien

De hoogte van de erfpacht wordt gerelateerd aan actuele marktprijzen

3) *ten aanzien van de gedurende de contractperiode te plegen investeringen zal een vergoedingsregeling worden opgenomen voor het geval door toedoen van de gemeente tussentijdse beëindiging van het contract noodzakelijk is; hierbij handelt het overigens om de met schriftelijke toestemming van de gemeente gerealiseerde investeringen.*

4) *aan het eind van de erfpachttermijn vervalt het gebouw c.a., overeenkomstig het recht dat reeds ontstaan is uit de huidige overeenkomst, aan de gemeente.*

Graag vernemen wij schriftelijk van u of u bereid bent op basis van het vorenstaande met de gemeente te contracteren. In het bevestigende geval zal u t.z.t. een nieuw erfpachtcontract ter ondertekening doen toekomen.'

3.7 In een brief van 15 oktober 2002 aan de Stichting, toegezonden per e-mail van 17 oktober 2002, schrijft Verver namens het college van burgemeester en wethouders van de Gemeente (hierna: het college van B&W):

'In vervolg op gesprekken ten aanzien van de verlenging van de erfpachtovereenkomst en uw voornemen te investeren in de uitbreiding van het huidige kegelhuis, deel ik u het volgende mede. Aan het gemeentebestuur zal worden voorgesteld om de erfpachtovereenkomst voor de grond (...) per 1 januari 2003 te verlengen en wel onder de navolgende voorwaarden.

Aan de nieuw te sluiten overeenkomst zullen de volgende voorwaarden worden verbonden

1) erfpachttermijn voor en periode van 35 jaar met ingangsdatum 1 januari 2003 en einddatum 1 januari 2038

2) erfpachtcanon € 7.638,- per jaar (prijspeil 01-01-2002), exclusief eventuele BTW.

-De erfpachtcanon zal op 1 januari 2008 worden geïndexeerd op basis van de CPI index werknemersgezinnen laag inkomen (1995=100)

-De canon zal eens per 5 jaar kunnen worden herzien

3) ten aanzien van de gedurende de contractperiode te plegen investeringen zal een vergoedingsregeling worden opgenomen voor het geval door toedoen van de gemeente tussentijdse beëindiging van het contract noodzakelijk is; hierbij handelt het overigens om de met schriftelijke toestemming van de gemeente gerealiseerde investeringen.

4) aan het eind van de erfpachttermijn vervalt het gebouw c.a., overeenkomstig het recht dat reeds ontstaan is uit de huidige overeenkomst, aan de gemeente.

Daarnaast zal de volgende subsidieverstreking plaatsvinden

1) van 1 januari 2003 tot 1 januari 2008 zal subsidie worden verstrekt aan St. Zwols Kegelhuis ter hoogte van de canonprijs zijnde € 7.638,-

2) vanaf 1 januari 2008 zal door St. Zwols Kegelhuis een bijdrage worden betaald van € 2.000,-. Derhalve bedraagt de maximale subsidie vanaf 2008 de hoogte van de canonprijs minus het bedrag van € 2.000,-

Dit voorstel zal naar verwachting dinsdag 29 oktober tot besluitvorming in het college leiden. In hoeverre het college nog voor wil leggen aan de commissie en de raad zal dan bekend zijn. Dit impliceert dat dit voorstel vooralsnog onder voorbehoud bestuurlijke goedkeuring aan u wordt voorgelegd.

Graag vernemen wij schriftelijk van u of u bereid bent op basis van het vorenstaande met de gemeente te contracteren. In het bevestigende geval zal u t.z.t. na definitieve bestuurlijk besluitvorming een nieuw erfpachtcontract ter ondertekening doen toekomen.'

3.8 Op 19 november 2002 heeft het college van B&W een besluit genomen over de erfpachtovereenkomst. In het verslag van de vergadering staat onder 5.D vermeld:

D Verlening erfpachtsovereenkomst Stichting Zwols Kegelhuis.

Bis 2000

Het College besluit:

1. Met ingang van 1 januari 2003 een nieuwe erfpachtovereenkomst aan te gaan met St. Zwols Kegelhuis tot 1 januari 2038 tegen de in de toelichting omschreven voorwaarden.
2. Met ingang van 1 januari 2003 tot 1 januari 2008 een subsidie te verstrekken ter grootte van de in rekening te brengen erfpachtcanon.
3. Met ingang van 1 januari 2008 tot einde erfpachttermijn, zijnde 1 januari 2038 wordt een jaarlijks een bijdrage betaald door St. Zwols Kegelhuis van € 2.000,- per jaar.

In de korte toelichting staat vermeld:

'Stichting Zwols Kegelhuis vraagt sinds 1995 om verlenging van de erfpachtovereenkomst omdat deze in 2008 afloopt. De erfpachtcanon bedraagt fl. 1,- per jaar. De stichting heeft in 1968 voor eigen rekening een gebouw gerealiseerd dat ter compensatie van de symbolische canonprijs aan het eind van de overeenkomst in eigendom aan de gemeente vervalt, zonder dat de gemeente daarvoor een vergoeding verschuldigd is. De overeenkomst eindigde oorspronkelijk per januari 1998, doch is met 10 jaar verlengd onder gelijkblijvend voorwaarden. (...) In vervolg op de toezeggingen van wethouder Den Bult en formaliseren van de afspraak wordt het volgende voorgesteld. Met ingang van 1 januari 2003 een nieuwe erfpachtovereenkomst aan te gaan waaraan de volgende voorwaarden worden verbonden:

1) Erfpachtovereenkomst

• Erfpachttermijn

Voor een periode van 35 jaar met einddatum 31 december 2038

- *Erfpachtcanon*

*Van 2003 tot 2038 € 7.638,- per jaar (prijspeil 01-01-2002) exclusief eventuele BTW.
-de erfpachtcanon zal op 1 januari 2008 worden geïndexeerd op basis van de CPI index werknemersgezinnen laag inkomen 1995=100)*

-de canon zal eens per 5 jaar kunnen worden herzien

- *Ten aanzien van de gedurende de contractperiode te plegen investeringen zal een vergoedingsregeling worden opgenomen voor het geval door toedoen van de gemeente tussentijdse beëindiging van het contract noodzakelijk is; hierbij handelt het overigens om de met schriftelijke toestemming van de gemeente gerealiseerde investeringen.*

- *Aan het eind van de erfpachttermijn vervalt het gebouw e.a., overeenkomstig het recht dat reeds ontstaan is uit de huidige overeenkomst, aan de gemeente.*

2) Subsidieverstreking

- *Van 2003 tot 2008 zal subsidie worden verstrekt aan Het Zwols Kegelhuis ter hoogte van de canonprijs zijnde € 7.637,50*

- *Vanaf 2008 tot 1 januari 2038 zal door het Zwols Kegelhuis een bijdrage worden betaald van € 2.000,-. Derhalve bedraagt de maximale subsidie vanaf 2008 de hoogte van de canonprijs minus het bedrag van € 2.000,-*

Met deze afspraken is de toezegging van wethouder vertaald en kan er een nieuwe erfpachtovereenkomst worden opgesteld, zodat de investeringen die de stichting zal plegen gefinancierd kunnen worden.

(...) Er wordt wel op gewezen dat het Kegelhuis gedurende 40 jaar een erfpachtcanon van fl. 1,- heeft betaald en enkele jaren voordat het gebouw in eigendom van de gemeente komt een nieuwe erfpachttermijn verkrijgt. Afgezien van de rechtvaardigheid van het zonder schadevergoeding aan de gemeente toevallen van het gebouw en afgezien of de gemeente het pand überhaupt wel wil hebben, blijft (ook op termijn) de vergoeding aan de bescheiden kant, mede gelet op de waardebeoordeling van het gebouw wat ons was gekomen. De subsidiering past overigens niet binnen het sportbeleid van de afdeling MO.'

3.9 In een brief van 12 oktober 2006 heeft Verver, namens het college van B&W het concept van een nieuwe erfpachtakte aan de Stichting aangeboden. In de brief schrijft zij namens de Gemeente:

'Onder verwijzing naar onze brief van 15 oktober 2002 zenden wij u hierbij het concept van de nieuwe erfpachtovereenkomst met betrekking tot het Zwols Kegelhuis aan de Van Wevelinkhovenstraat te Zwolle. In het concept zijn de in 2002 gemaakte afspraken vastgelegd. Graag vernemen wij van u of u met de tekst van de overeenkomst instemt waarna de notariële afwikkeling zijn beslag kan krijgen.

Zoals bekend heeft het college op 19 november 2002 besloten:

-met ingang van 1 januari 2003 een nieuwe erfpachtovereenkomst met uw stichting aan te gaan;

-met ingang van 1 januari 2003 tot 1 januari 2008 een subsidie te verstrekken ter grootte van de in rekening te brengen erfpachtcanon;

-dat met ingang van 1 januari 2008 tot einde erfpachttermijn, zijnde 1 januari 2038, jaarlijks een bijdrage door uw stichting wordt betaald van € 2.000,- per jaar. De rest van de in de erfpachtovereenkomst aangegeven canonbedrag is subsidiabel.

Wij bieden u onze verontschuldiging aan voor de late toezending van de overeenkomst en zien uw instemming zo mogelijk op korte termijn tegemoet.'

In de conceptakte staat onder meer:

'Artikel 1. Duur

1. De erfpacht is met ingang van één januari tweeduizend drie aangegaan voor een periode van vijfendertig jaar, derhalve eindigend op één januari tweeduizend achtendertig. (...)
3. De gemeente kan het erfpachtsrecht tijdens de duur daarvan alleen opzeggen, indien de gemeente om stedenbouwkundige en/of planologische redenen over de grond moet beschikken of indien erfpachtster zich in ernstige mate niet houdt aan haar verplichtingen. Elke opzegging dient bij exploit te geschieden.
4. Bij tussentijdse opzegging door de gemeente zal de boekwaarde van de na één januari tweeduizend drie met toestemming van de gemeente gerealiseerde Investerings in de opstallen vastgesteld met een dertigjarige lineaire afschrijving, zonder restwaarde door de gemeente aan de erfpachtster worden vergoed.

Artikel 2. Canon en omzetbelasting

1. De jaarlijks verschuldigde canon bedraagt gedurende de periode tot één januari tweeduizend acht zeventienduizend zeshonderdachtendertig euro (€ 7.638,00) per jaar. Met ingang van één januari tweeduizend acht zal de erfpachtscanon worden geïndexeerd op basis van het prijsindexcijfer van de gezinsconsumptie, (...) welke per één januari voorafgaand aan die datum, was vastgesteld. Telkens na verloop van vijf jaar kan de canon aldus worden herzien. (...) De canon zal nimmer lager worden vastgesteld. (...)

Artikel 9. Boeteclausule

Erfpachter, alsmede zijn rechtsopvolger(s) in de eigendom verbeuren jegens de gemeente bij overtreding of gehele of gedeeltelijke niet-nakoming van het bepaalde in:

- a. de artikelen 4, 5, 6 en 8 omschreven bedingen een boete van tienduizend vijfhonderd euro (€ 10.000,00), voor iedere maand dat de verboden toestand duurt of in strijd met één van deze bepalingen wordt gehandeld;
- b. artikel 4 lid 1 tot en met 4 alsmede het bepaalde in artikel 8 een boete van honderdduizend euro (€ 100.000,00) (...)

Artikel 12

(...)

-overdrachtsbelasting

voor de heffing van overdrachtsbelasting op deze akte verklaren partijen dat de canon is vastgesteld op zeventienduizend zeshonderd achtendertig euro (€ 7.638,00) per jaar, zodat met inachtneming van de bepalingen van het uitvoeringsbesluit het erfpachtsrecht vanaf één januari tweeduizend acht een gekapitaliseerde waarde heeft voor de periode van verlenging van dertig jaar van eenhonderdvijftienduizend vierhonderd vier euro (€ 105.404,00).'

3.10 Medio 2008 hebben partijen dit concept besproken.

3.11 In een brief van 30 maart 2009 aan de Stichting is namens het college van B&W gereageerd op de door de Stichting tijdens die bespreking gestelde vragen over de vergoeding bij tussentijdse beëindiging van de erfpachtovereenkomst en de garantie van de subsidieverstreking. In de brief staat onder meer:

'In het overleg kwam naar voren dat er onduidelijkheid is over de vergoeding bij (tussentijdse) beëindiging van de erfpachtovereenkomst: Het oude erfpachtcontract met betrekking tot de ondergrond van het kegelhuis (...) liep van 1 januari 1968 tot 1 januari 1998, welke termijn is verlengd tot 1 januari 2008. Als erfpachtscanon werd een symbolisch bedrag betaald van f. 1,-- per jaar. De stichting heeft in 1968 voor eigen rekening een gebouw gerealiseerd. Ter compensatie van de symbolische canon is destijds overeengekomen dat de gemeente gebouw en inventaris aan het eind van de erfpachttermijn in eigendom krijgt zonder dat aan uw stichting daarvoor een vergoeding behoeft te worden voldaan. Bij tussentijdse beëindiging van het contract had de gemeente volgens een afschrijvingsschema wel een vergoeding moeten betalen. In de nieuwe erfpacht overeenkomst die ingaat per 1

januari 2003 wordt deze lijn voortgezet. Ook in deze overeenkomst is vastgelegd dat de gemeente aan het eind van de erfpachttermijn geen vergoeding voor de waarde van de opstallen is verschuldigd. De reden hiervoor is dezelfde als in de oorspronkelijke overeenkomst, ook de nu afgesproken erfpachtcanon is verre van marktconform (mede door de subsidie die hier door de gemeente tegenover wordt gesteld). In de erfpacht overeenkomst is wél een vergoeding opgenomen bij de tussentijdse beëindiging van de erfpachtovereenkomst door toedoen van de Gemeente Zwolle. Deze vergoeding betreft overigens alleen de met schriftelijke toestemming van de gemeente tijdens de contractperiode (2003-2038) gerealiseerde investeringen.

Daarnaast heeft u gevraagd het verstrekken van de subsidie voor de komende 30 jaar te garanderen. In het collegebesluit van 19 november 2002 zijn de volgende beslispunten opgenomen:

- Met ingang van 1 januari 2003 een nieuwe erfpachtovereenkomst van te gaan met St. Zwols Kegelhuis tot 1 januari 2038 tegen de in de toelichting omschreven voorwaarden
 - Met ingang van 1 januari 2003 tot 1 januari 2008 een subsidie te verstrekken ter grootte van de in rekening te brengen erfpachtcanon
 - Met ingang van 1 januari 2008 tot einde erfpachttermijn, zijnde 1 januari 2038 wordt een jaarlijkse bijdrage betaald door St. Zwols Kegelhuis van € 2.000,- per jaar
- Een verdere garantie dan dit lijkt ons overbodig. Een kopie van het collegebesluit van 19 november 2002 voegen wij ter informatie toe. (...)

Wij bieden u onze verontschuldiging aan voor de late beantwoording van uw vragen, maar vertrouwen erop dat wij u hiermee voldoende hebben geïnformeerd en wij zien uw instemming met de concept erfpachtovereenkomst graag op korte termijn tegemoet.'

3.12 Op 15 september 2009 schrijft de Stichting aan de Gemeente:

'Wij hebben begrepen dat mw. Verver de dienst inmiddels heeft verlaten. Tot op heden is er nog steeds geen duidelijke afspraak over de voorwaarden van verlenging van onze erfpachtovereenkomst. Het bestuur van de Stichting Zwols Kegelhuis wil graag op korte termijn met u een onderhoud teneinde

1. continuering van de kegelsport en
 2. uitbreiding van de activiteiten in het kegelhuis
- te bespreken'

3.13 Nadat partijen op 13 oktober 2009 opnieuw hebben gesproken over het concept van de nieuwe erfpachtovereenkomst, heeft de Stichting in een brief van 16 oktober 2009 aan mevrouw P.G.M. ten Dam-Blankenvoort, adviseur Vastgoed van de Gemeente, haar zienswijze dan wel wensen nader toegelicht:

'In aansluiting op onze – overigens plezierige – kennismaking zien wij in de nieuwe erfpachtovereenkomst de navolgende zaken verwerkt:

1. Instemming met een investering in 4 c.q. 6 bowlingbanen,
2. Garantiestelling t.b.v. de hypotheeknemer inzake de op te nemen gelden t.b.v. de investering onder 1,
3. De vergoeding bij tussentijdse beëindiging door de erfverpachter van de erfpachtovereenkomst te stellen op de waarde in het economisch verkeer van de opstallen en de investeringen,
4. Het opstellen en passeren van de erfpachtovereenkomst in handen te stellen van Wassink & Vermeulen, notarissen, Postbus 177, 8160 AD Epe. De kosten zullen door de Stichting worden gedragen.(...).'

3.14 In een brief van 30 oktober 2009 schrijft Ten Dam-Blankenvoort namens het college van B&W aan de Stichting:

'Op 13 oktober 2009 hebben de heer B Jeensma en ondergetekende met u gesproken over de erfpachtovereenkomst en de investeringen die u in het Zwols Kegelhuis wilt gaan doen. In uw brief van 16 oktober 2009 geeft u uw wensen hierover nog eens schriftelijk aan ons weer. Zowel de gewenste investering in nieuwe bowlingbanen als de gewenste vergoeding bij tussentijdse beëindiging door de gemeente vraagt om nader onderzoek binnen de Eenheid Ontwikkeling hoe om te gaan met deze vraagstukken. Een en ander is hiervoor reeds in gang gezet, maar neemt vanzelfsprekend tijd in beslag. Wij vertrouwen erop u hiermee voor dit moment voldoende te hebben geïnformeerd en brengen u op de hoogte zodra uw verzoek is onderzocht en hierover een besluit is genomen.'

3.15 In een e-mail van 19 augustus 2010 schrijft Ten Dam-Blankenvoort namens de Gemeente aan de Stichting:

'Vrijdag 13 augustus jl. heeft u de burgemeester benaderd waarin u hem heeft gevraagd naar de stand van zaken van de erfpachtovereenkomst van de Stichting Zwols Kegelhuis. De burgemeester heeft mij gevraagd u hierover in te lichten. De heer Heetebrij heb ik hierover een aantal keren gesproken op het moment dat het dossier nog in behandeling was bij wethouder Cnossen en wethouder Kenkhuis. Inmiddels hebben wij uw dossier met wethouder Piek en wethouder Berkhout besproken. De verwachting is dan ook dat half september het voorstel in het college kan worden behandeld mits er vooraf geen extra overleg meer dient plaats te vinden met wethouders Piek en Berkhout. Zodra de datum van behandeling in het college bekend is, zal ik de heer Heetebrij hierover informeren.'

3.16 In een e-mail van 9 september 2010 schrijft Ten Dam-Blankenvoort namens de Gemeente aan de Stichting:

'Op 19 augustus 2010 heb ik u per mail geïnformeerd over de te verwachten behandeldatum van het dossier Stichting Zwols Kegelhuis door het college van burgemeester en wethouders. Voordat dit dossier door het college kan worden behandeld, dient een en ander met een aantal afdelingen nog nader te worden afgestemd. Dit overleg staat gepland op 5 oktober waarna de adviesnota verder zal worden afgewikkeld en zal worden voorgelegd aan het college. Zoals afgesproken zal ik, zodra de definitieve datum in het college bekend is, de heer Heetebrij hierover inlichten.'

3.17 Op 17 november 2010 heeft tussen partijen een gesprek plaatsgevonden, waarbij wethouder Piek zijn voornemen tot opzegging van de erfpacht heeft geuit. De Gemeente is voornemens de locatie opnieuw te ontwikkelen voor (sociale) woningbouw.

3.18 In een brief van 27 december 2010 heeft het college van B&W namens de Gemeente de erfpacht opgezegd tegen 1 januari 2012. Deze brief is per exploit van 30 december 2010 aan de Stichting betekend.

3.19 In een brief van 19 januari 2011 heeft de Stichting tegen deze opzegging bezwaar gemaakt en verzocht om intrekking van dat besluit.

3.20 In een brief van 28 december 2011, herhaald op 29 maart 2012, heeft de Stichting de Gemeente in gebreke gesteld en nakoming gevorderd van de nieuwe erfpachtovereenkomst die partijen volgens haar hebben gesloten.

3.21 In een brief van 27 juni 2012 heeft de Gemeente, onder het voorbehoud van instemming van het college, een voorstel van wethouder Piek bevestigd om de bestaande erfpachtovereenkomst te verlengen tot 1 juli 2022 onder in de brief nader omschreven voorwaarden. Daarbij heeft de Gemeente ook bevestigd dat zij haar eerder gedane opzegging van de erfpacht bekrachtigt. De Gemeente schrijft:

'Voorstel

Wethouder Piek heeft het Zwols Kegelhuis, onder het voorbehoud van instemming door het College van B&W van de gemeente Zwolle, het navolgende voorstel gedaan:

- *de bestaande erfpachtovereenkomst wordt verlengd tot 1 juli 2022;*
- *de verlenging vindt plaats onder de voorwaarden uit oorspronkelijke akte van erfpacht uit 1967 met dien verstande dat;*

De canon met ingang van 1 juli 2012 wordt aangepast naar € 2.000,- per jaar, welke daarna tot aan het einde, jaarlijks wordt geïndexeerd conform CPI;

De gemeente behoudt zich het recht voor om de erfpacht tussentijds op te zeggen indien zij vanuit stedenbouwkundige en of planologische redenen over de in erfpacht uitgegeven grond moet kunnen beschikken;

Bij tussentijdse opzegging door de gemeente zal slechts de boekwaarde van de met toestemming van de gemeente gerealiseerde investeringen aan het opstal, met een lineaire afschrijving in 10 jaar, zonder restwaarde, door de gemeente worden vergoed.

- *De verlenging van de erfpacht wordt voor rekening van het Zwols Kegelhuis ook vastgelegd in een notariële akte;*

(...) Wij bevestigen bij dezen dat de gemeente haar eerder gedane opzegging van de lopende erfpachtovereenkomst met het Zwols Kegelhuis bekrachtigt en zij daarmee de erfpacht ten aanzien van de Van Wevelinkhovenstraat 103 formeel als geëindigd beschouwt. Deze bekrachtiging vindt echter plaats onder de ontbindende voorwaarde dat het college uiterlijk op 1 oktober 2012 heeft besloten de erfpacht ten aanzien van de Van Wevelinkhovenstraat 103 conform het gedane voorstel te verlengen.'

3.22 Het voorstel in de brief van 27 juni 2012 is niet door de Stichting aanvaard. Nadat partijen vervolgens nog een aantal keren overleg hebben gevoerd, heeft de Gemeente in een brief van 24 maart 2021 de erfpacht, voor zover deze nog bestaat, opgezegd tegen 1 april 2022. Deze brief is per exploit van 29 maart 2021 aan de Stichting betekend, en per exploit van 31 maart 2021 aan de hypotheekhouder overbetekend.

3.23 Ter uitvoering van het vonnis van 27 juli 2022 is geen akte van erfpacht verleden. De Stichting heeft geweigerd in te stemmen met de inhoud van de akte die door de Gemeente aan de Stichting was toegestuurd. De Stichting heeft de percelen en het kegelhuis dat zich daarop bevindt nog in gebruik.

4. Het oordeel van het hof

Inleiding

4.1 De Gemeente heeft in principaal hoger beroep in totaal zes bezwaren (grievens) geformuleerd tegen de vonnissen van de rechtbank van 29 december 2021 en 27 juli 2022. De Stichting heeft in incidenteel hoger beroep in totaal zeven grieven tegen deze vonnissen geformuleerd waarvan twee zien op de feitenvaststelling door de rechtbank. Het hof heeft hiervoor zelfstandig de feiten vastgesteld die het hof van belang vindt voor de beoordeling, dit met inachtneming van de bezwaren van de Stichting. Daarmee heeft de Stichting geen

belang meer bij haar eerste twee grieven. Voor zover de Stichting nog andere door haar gestelde feiten toegevoegd wil zien, miskent zij dat het aan de rechter is om een keuze te maken uit de feiten die de rechter van belang acht. De overige bezwaren zullen hierna thematisch worden behandeld.

Overeenstemming over een nieuwe erfpachtovereenkomst dan wel over een erfpachtverlengingsovereenkomst?

4.2 De Gemeente heeft gesteld dat tussen partijen geen overeenstemming is bereikt over de voorwaarden van een nieuw te vestigen erfpacht, nadat de erfpacht die bij notariële akte van 15 december 1967 was gevestigd, bij notariële akte van 12 november 1981 met 10 jaar was verlengd tot 1 januari 2008. De Gemeente heeft weliswaar een concreet aanbod daartoe gedaan door toezending van een conceptakte in 2006, maar dat aanbod is niet aanvaard. De Stichting wilde aanpassing op essentiële onderdelen. De Gemeente is er ook van uitgegaan dat haar aanbod niet is aanvaard en heeft besloten tot herontwikkeling van de locatie en heeft de erfpacht opgezegd.

4.3 In hoger beroep heeft de Stichting het standpunt betrokken dat op 19 november 2002 een erfpachtverlengingsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen als omschreven in onderdeel 5D van de besluitenlijst van het college van B&W van de Gemeente en dat die verlengingsovereenkomst per 1 januari 2003 in de plaats is getreden van de oorspronkelijke erfpachtovereenkomst. Conform deze verlengingsovereenkomst, zo begrijpt het hof de stellingen van de Stichting, is de op dat moment bestaande erfpacht (met overeengekomen duur tot 1 januari 2008) per 1 januari 2003 verlengd tot 1 januari 2038, onder gewijzigde voorwaarden, zoals ook opgenomen in de brief van de Gemeente van 15 oktober 2002. In de brief van 12 oktober 2006 heeft de Gemeente aangegeven dat in de meegezonden conceptakte de in 2002 gemaakte afspraken zijn vastgelegd. Dat is wat de Stichting nog diende te controleren.

4.4 Het hof stelt vast, zoals ook tijdens de mondelinge behandeling bij het hof door de Stichting is erkend, dat de Stichting in hoger beroep de feitelijke grondslag heeft verlaten dat de Stichting tijdens de bespreking van 13 oktober 2009 de concept erfpachtakte uit 2006 heeft aanvaard en dat daarmee een nieuwe erfpachtovereenkomst tot stand is gekomen. Dit betekent dat hiermee de feitelijke grondslag komt te ontvallen aan de door de rechtbank uitgesproken veroordeling van de Gemeente tot medewerking aan het verlijden van een akte van erfpacht overeenkomstig het tussen partijen overeengekomen concept uit 2006 en de daaraan verbonden dwangsommen indien de Gemeente in gebreke zou blijven aan deze veroordeling te voldoen.

4.5 De Stichting stelt nu dat in het geheel geen nieuwe erfpachtovereenkomst is gesloten - ook niet op 13 oktober 2009 -, maar dat op 19 november 2002 een erfpacht(verlengings-) overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Inschrijving van een notariële akte is hier op grond van artikel 5:98 BW niet vereist om de erfpacht te laten voortduren, aldus de Stichting, omdat de erfpacht al was gevestigd in 1968.

4.6 Op grond van artikel 6:217 lid 1 BW komt een overeenkomst in beginsel tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan. Een voorstel tot het sluiten van een overeenkomst, gericht tot één of meer bepaalde personen, vormt een aanbod, indien het voldoende bepaald is en daaruit blijkt van de wil van de aanbieder om in geval van aanvaarding gebonden te zijn. De aanvaarding is een tot de aanbieder gerichte

wilsverklaring. De aanvaarding moet inhoudelijk met het aanbod overeenstemmen. De vraag of een overeenkomst met een bepaalde inhoud tot stand is gekomen, moet worden beantwoord aan de hand van de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en van wat zij in dat verband redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.³ Tot de relevante omstandigheden behoren de kenbare hoedanigheid van partijen en de context waarin partijen optraden. Indien de aanvaarding op ondergeschikte punten van het aanbod afwijkt, komt een overeenkomst conform de aanvaarding tot stand, tenzij de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen (art. 6:225 lid 2 BW). In dit geval rust op de Stichting, die een verklaring voor recht vordert dat op 19 november 2002 een erfpachtverlengingsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen, de stelplicht (en bewijslast) van het bestaan van deze overeenkomst.

4.7 Het hof is van oordeel dat de Stichting niet aan haar stelplicht heeft voldaan en komt tot het oordeel dat tussen partijen geen wilsovereenstemming tot stand is gekomen over de voorwaarden waaronder de Gemeente in 2002 bereid was de erfpachtverhouding met de Stichting voort te zetten, daargelaten of dat zou zijn op grond van een nieuwe erfpacht dan wel als een 'verlenging' van de oude. Daarmee ontbreekt een titel voor de vestiging van een nieuwe erfpacht en ook voor een verlenging van de oude (zie over dit laatste hierna rechtsoverweging 4.12). Redengevend voor dit oordeel is het volgende.

4.8 Het besluit van het college van B&W van 19 november 2002 om een nieuwe erfpachtovereenkomst aan te gaan is geen aanbod aan de Stichting, dat door aanvaarding tot een overeenkomst heeft kunnen leiden. Met het besluit werd enkel de voorwaarde vervuld die in de brief van 15 oktober 2002⁴ was verbonden aan het daar door de afdeling Vastgoed namens de Gemeente geformuleerde voorstel tot het aangaan van een nieuwe erfpachtovereenkomst, te weten de bestuurlijke goedkeuring ervan. Dat de Stichting vooraf aan deze bestuurlijke goedkeuring die op 19 november 2002 werd gegeven, al had ingestemd met het in de brief van 15 oktober 2002 geformuleerde voorstel, zodat met het besluit van het college van B&W sprake was van een (onvoorwaardelijke) overeenkomst, blijkt verder nergens uit. Dat de Stichting met het voorstel had ingestemd, kan, tegen de achtergrond van de inhoud van de brieven van 10 juli 2002⁵ en 15 oktober 2002, niet worden afgeleid uit het feit dat de afdeling Vastgoed de goedkeuring van het college van B&W heeft gevraagd, hetgeen zij zou hebben nagelaten, althans zo begrijpt het hof de stellingen van de Stichting, als de Stichting niet akkoord was met het in de brief van 15 oktober 2002 vervatte voorstel. Dat sprake is geweest van een dergelijke volgorde blijkt nergens uit en de Stichting heeft er - wegens het ontbreken van een deugdelijke grond daarvoor - ook niet gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat dit wel zo was. De Gemeente heeft in haar brief van 10 september 1999⁶ aan de Stichting immers al laten weten, dat zodra het college van B&W instemde met het voorstel, de Stichting zou worden benaderd met een concreet aanbod. Daargelaten het voorgaande, heeft de Stichting ook onvoldoende onderbouwd gesteld, dat zij al had ingestemd met het voorstel zoals dat door de afdeling Vastgoed van de Gemeente in de brief van 15 oktober 2002 was geformuleerd.

4.9 Het voorstel in de brief van 15 oktober 2002 is in hoofdlijnen terug te vinden in de toelichting die is gegeven aan het college van B&W voorafgaand aan het besluit van

³ Vergelijk onder meer HR 17 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1889.

⁴ Zie rechtsoverweging 3.7.

⁵ Zie rechtsoverweging 3.6.

⁶ Zie rechtsoverweging 3.5.

19 november 2002.⁷ In deze brief en in de toelichting formuleert de Gemeente vier voorwaarden om te komen tot een nieuwe erfpachtovereenkomst. Die voorwaarden betroffen de erfpachttermijn, de erfpachtcanon, een vergoedingsregeling bij tussentijdse beëindiging en het vervallen van het gebouw aan de Gemeente aan het eind van de erfpachttermijn. In de brief van 15 oktober 2002 wordt een canon van € 7.638,- per jaar voorgesteld. De Gemeente was bereid een subsidie aan de Stichting te verstrekken, die weliswaar niet binnen haar sportbeleid paste, maar die erop neer zou komen dat de Stichting, feitelijk vanaf 2008 tot 1 januari 2038 € 2.000,- per jaar aan de Gemeente zou moeten betalen. De Stichting wenste echter dat de canon op € 2.000,- per jaar zou worden vastgesteld. De Gemeente ging daar toen - bij een erfpachttermijn van vijftig jaar - niet mee akkoord. In de brief van 15 oktober 2002 en in de toelichting bij het te nemen besluit wordt verder gewag gemaakt van een vergoedingsregeling voor investeringen van de Stichting, voor het geval door toedoen van de Gemeente sprake zou zijn van tussentijdse beëindiging van de erfpachtovereenkomst. In de brief van 15 oktober 2002 noch in de toelichting is deze regeling nader geconcretiseerd, zodat van een aanbod ter zake in beginsel geen sprake kan zijn. Dit is alleen anders indien de Stichting bij voorbaat akkoord zou zijn gegaan met iedere in redelijkheid door de Gemeente voorgestelde vergoedingsregeling. Dat is evenwel niet gesteld en ook niet gebleken. Partijen bleven verdeeld over deze vergoedingsregeling. De Stichting wenste de vergoeding te stellen op de waarde in het economisch verkeer van de investeringen in de opstallen, de Gemeente wilde slechts gaan tot de boekwaarde ervan.

4.10 De Stichting heeft onvoldoende gesteld dat het geschil over deze twee door de Gemeente geformuleerde voorwaarden om te komen tot een nieuwe erfpachtverhouding dan wel tot voortzetting van de oude, slechts een geschil betrof over ondergeschikte punten of dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat dat zo was. Niet alleen betrof het twee van de (slechts) vier geformuleerde voorwaarden, de hoogte van de canon kan moeilijk als ondergeschikt punt worden aangemerkt. Redengevende feiten of omstandigheden waarom dat in dit geval anders zou zijn, zijn onvoldoende door de Stichting gesteld. Uit de verklaringen van de Stichting bij gelegenheid van de mondelinge behandeling bij het hof, blijkt overigens juist ook dat de Stichting zelf de hoogte van de canon beschouwt als een punt van wezenlijk (niet-ondergeschikt) belang. Dat voor wat betreft de vergoedingsregeling het uitsluitend zou gaan om de met toestemming van de gemeente gerealiseerde investeringen, maakt evenmin dat sprake is van een ondergeschikt punt. De Stichting had dat in de gegeven omstandigheden ook moeten begrijpen. De Gemeente wilde klaarblijkelijk vooraf vastleggen op welke basis zou moeten worden afgerekend in het geval van een tussentijdse beëindiging van de erfpacht. Dat is ook niet onredelijk.

4.11 De conclusie is dat, voor zover de brief van 15 oktober 2002 al een voorwaardelijk aanbod zou hebben behelst dat door het besluit van 19 november 2002 onvoorwaardelijk zou zijn geworden, onvoldoende is gesteld en niet is gebleken dat de Stichting dat aanbod op de hier genoemde essentiële onderdelen heeft aanvaard. Dat op 19 november 2002 wilsovereenstemming was bereikt zodat een nieuwe erfpachtovereenkomst in het leven was geroepen (die zou kunnen dienen als titel voor de inschrijving van een notariële akte), dan wel een erfpachtverlengingsovereenkomst in de door de Stichting voorgestane zin, kan dan ook niet worden aangenomen. Door gebreken in de stelplicht wordt aan nadere bewijslevering door de Stichting niet toegekomen.

⁷ Zie rechtsoverweging 3.8.

4.12 Het hof tekent bij de door de Stichting gestelde 'erfpachtverlengingsovereenkomst' nog het volgende aan. De Stichting meent dat op basis van artikel 5:98 BW geen inschrijving van een notariële akte in de openbare registers nodig is om rechtsgevolg te geven aan deze door haar gestelde overeenkomst. Dat standpunt is niet juist. Daargelaten dat niet kan worden aangenomen dat op 19 november 2002 een (onvoorwaardelijke) overeenkomst tot stand is gekomen, zou verlenging van het erfpachtrecht op grond van de in de brief van 15 oktober 2002 opgenomen uitgangspunten een wijziging van het erfpachtrecht betreffen, zowel voor wat betreft de duur als voor wat betreft andere voorwaarden. Wijziging van een beperkt recht op een onroerende zaak moet op dezelfde wijze plaatsvinden als vestiging en afstand daarvan, te weten door middel van een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving van die notariële akte in de openbare registers (artikel 3:98 juncto artikel 3:84 en artikel 3:89 BW). Artikel 5:98 BW is op de door de Stichting gestelde verlengingsovereenkomst niet van toepassing. Een verlenging op basis van artikel 5:98 BW is pas aan de orde zodra de duur waarvoor het erfpachtrecht was gevestigd, is verstreken. Van die situatie was hier geen sprake. Op 19 november 2002 zou het bestaande erfpachtrecht immers nog voortduren tot 1 januari 2008.

4.13 Dat na 19 november 2002 tussen partijen wel overeenstemming is bereikt over de twee essentiële onderdelen voor de totstandkoming van een nieuwe erfpachtovereenkomst, is niet gesteld en evenmin gebleken. Het hof verwijst kortheidshalve naar rechtsoverweging 3.11 en verder, waaruit onder meer blijkt dat de Stichting ook begreep dat er nog geen '*duidelijke afspraak*' was over de voorwaarden waaronder de erfpacht zou worden voortgezet. Van belang is in dit verband dat de Stichting in de toelichting op haar derde grief met zoveel woorden heeft gesteld dat de rechtbank ten onrechte in rechtsoverweging 4.3 van het tussenvonnis van 29 december 2021 heeft aangenomen dat de Stichting bij haar brief van 13 oktober 2009 heeft ingestemd met het concept van de nieuwe erfpachtovereenkomst.⁸ In dat concept was de canon gesteld op € 7.638,- per jaar en was de vergoedingsregeling geformuleerd zoals die de Gemeente voor ogen stond. De Stichting heeft in hoger beroep gesteld dat zij alleen heeft ingestemd met het concept van 2006 voor zover dat betrof de weergave van de op 19 november 2002 gesloten verlengingsovereenkomst onder handhaving van haar vragen tot goedkeuring van een tweetal wijzigingen. Dit betrof echter het geschil over de canon en de vergoedingsregeling. Dat nu nog steeds geen overeenstemming bestaat over deze twee voorwaarden van de Gemeente die zij heeft verbonden aan de totstandkoming van een overeenkomst, blijkt ook uit de reactie die namens de Stichting in de e-mail van 22 februari 2023 is gegeven op de conceptakte die door de notaris namens de Gemeente aan de Stichting is voorgelegd om uitvoering te geven aan het vonnis van de rechtbank van 27 juli 2022. Namens de Stichting is opgemerkt dat de artikelen 1.3 en 1.4 (betreffende de tussentijdse opzegging en de vergoedingsregeling) moeten vervallen en dat artikel 2.1 gewijzigd moet worden in die zin dat de (bijdrage van erfpachter in de) jaarlijks verschuldigde canon vanaf 1 januari 2023 € 2.000,- bedraagt en dat de rest van dat artikelonderdeel moet vervallen.

4.14 Uit het voorgaande volgt dat partijen geen wilsovereenstemming hebben bereikt over de voorwaarden waaronder de erfpacht zou kunnen worden voortgezet. De primair door de Gemeente in hoger beroep gevorderde verklaring voor recht dat geen nieuwe erfpachtovereenkomst tot stand is gekomen, zal dan ook worden toegewezen. Met het voorgaande valt het doek voor de vorderingen van de Stichting voor zover het betreft de

⁸ Vergelijk rechtsoverweging 3.13 waar het overleg van 13 oktober 2009 wordt weergegeven. Dat overleg werd gevolgd door de brief van 16 oktober 2009 van de Stichting aan de Gemeente. Zie voor het concept rechtsoverweging 3.9.

verklaring voor recht dat op 19 november 2002 een erfpachtverlengingsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen en dat van verjaring van rechten uit die overeenkomst geen sprake is.⁹

De opzegging, het voortgezet gebruik en de vordering tot ontruiming

4.15 De Gemeente heeft gesteld dat zij rechtsgeldig het erfpachtrecht bij exploit van 30 december 2010 tegen 1 januari 2012 heeft opgezegd en zekerheidshalve voor zover het erfpachtrecht nog zou bestaan (anders dan als gevolg van voortgezet gebruik), nogmaals met overbetekening aan de hypotheekhouder bij exploit van 29 maart 2021 tegen 1 april 2022. De Stichting heeft zich verweerd met een beroep op de vermeende nieuwe erfpachtovereenkomst dan wel erfpachtverlengingsovereenkomst.

4.16 Het hof is van oordeel dat de Gemeente de erfpacht die in 2008 was geëindigd, maar stilzwijgend was voortgezet en als verlengde erfpacht is aan te merken, overeenkomstig het bepaalde in artikel 5:98 juncto artikel 5:88 BW en gelet op artikel 71 Overgangswet NBW rechtsgeldig bij exploit op 30 december 2010 tegen 1 januari 2012 heeft opgezegd. Hetgeen de Stichting tijdens de mondelinge behandeling nog heeft opgemerkt over de opzegging, leidt niet tot een ander oordeel gelet op de wettelijke regeling. Van een ongeoorloofde tussentijdse opzegging is immers geen sprake.¹⁰

4.17 Dit leidt ertoe dat de door de Stichting gevorderde verklaring voor recht dat de erfpachtopzegging door de Gemeente bij exploit van 30 december 2010 zonder effect is gebleven, zal worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor de (subsidiäre) vordering om de Gemeente te veroordelen die erfpachtopzegging in te trekken. Dat de Gemeente gehouden zou zijn de opzegging in te trekken, valt gelet op het voorgaande immers niet te zien. Verder voert het voorgaande ertoe dat de Stichting vanaf 1 januari 2012 zonder recht of titel gebruik heeft gemaakt van het Kegelhuis. Naar het oordeel van het hof was het gebruik niet onrechtmatig, omdat de Gemeente - zo blijkt voldoende uit de overgelegde stukken en het partijdebat - dit voortgezet gebruik in afwachting van een mogelijke overeenstemming over een nieuwe erfpachtovereenkomst of een andere oplossing zoals bijvoorbeeld een herhuisvesting van de Stichting elders, expliciet heeft gedoogd. De door de Gemeente in dit verband gevorderde verklaring voor recht zal dan ook worden toegewezen in die zin dat de Stichting vanaf 1 januari 2012 zonder recht of titel gebruik heeft gemaakt van het Kegelhuis. Ook de vordering van de Gemeente om de Stichting te bevelen de percelen van de Gemeente te ontruimen, op te leveren en aan de Gemeente beschikbaar te stellen zal worden toegewezen. Het hof zal, aangezien de door de Gemeente genoemde datum van 1 april 2022 inmiddels is verstreken en de Stichting bovendien een redelijke termijn dient te krijgen om het Kegelhuis te ontruimen en op te leveren, bepalen dat de Stichting het Kegelhuis dient te ontruimen en op te leveren uiterlijk op de datum zoals die hierna in het dictum is vermeld.¹¹

Varia

4.18 In hoger beroep heeft de Gemeente verder nog gevorderd dat voor zover een akte tot vestiging of verlenging van het erfpachtrecht door de notaris is gepasseerd, 1) die aktepassering geen rechtsgevolg heeft (gehad) en 2) dat eventuele (rechts)handelingen ter uitvoering van of voortvloeiend uit de ingeschreven akte ongedaan moeten worden gemaakt.

⁹ De grieven I, II en V van de Gemeente in principaal hoger beroep slagen.

¹⁰ Grief IV van de Gemeente in principaal hoger beroep slaagt eveneens.

¹¹ Grief III van de Gemeente in principaal hoger beroep slaagt ook.

4.19 De Stichting heeft tegen deze vorderingen geen verweer gevoerd. Uit de stukken is af te leiden, hetgeen is bevestigd tijdens de mondelinge behandeling, dat nog geen akte is verleden ter uitvoering van het vonnis. In zoverre heeft de Gemeente geen belang bij het gevorderde onder 1 en 2 zoals in rechtsoverweging 4.18 beschreven en die vorderingen zullen dan ook worden afgewezen.

De conclusie

4.20 De grieven I tot en met V van de Gemeente in principaal hoger beroep slagen. De vonnissen van de rechtbank van 29 december 2021 en 27 juli 2022 in conventie en in reconventie gewezen, kunnen daarmee niet in stand blijven en zullen worden vernietigd. Grief VI van de Gemeente behoeft tegen die achtergrond geen bespreking meer. Tegen het tussenvonnis van 28 juli 2021 zijn geen grieven gericht, zodat dit vonnis zal worden bekrachtigd.

4.21 Met het slagen van de grieven van de Gemeente, falen de grieven van de Stichting in incidenteel hoger beroep, althans deze kunnen niet leiden tot het door haar gewenste resultaat, te weten toewijzing van haar vorderingen. Die zullen dan ook worden afgewezen.

4.22 Omdat de Stichting in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof de Stichting veroordelen tot betaling van de proceskosten zowel in principaal als in incidenteel hoger beroep en tot betaling van de proceskosten bij de rechtbank in conventie en in reconventie. Onder die kosten vallen ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening.¹²

4.23 De Gemeente heeft verder gevorderd de Stichting te veroordelen om al dat wat de Gemeente ter uitvoering van de bestreden vonnissen heeft voldaan ongedaan te maken, althans terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling. Het hof constateert dat de Gemeente niet heeft toegelicht welke kosten zij heeft gemaakt ter uitvoering van het vonnis van 29 december 2021, anders dan kosten die in de proceskosten zijn verdisconteerd. Daarom zal het hof de Stichting enkel veroordelen om dat wat de Gemeente ter uitvoering van het eindvonnis van 27 juli 2022 aan haar heeft voldaan ongedaan te maken, althans terug te betalen met rente.

4.24 De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

5. De beslissing

Het hof,

in principaal en incidenteel hoger beroep:

5.1 bekrachtigt het vonnis van 28 juli 2021 van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle,

¹² HR 10 juni 2022, ECLI: NL:HR:2022:853.

5.2 vernietigt de vonnissen van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle van 29 december 2021 en 27 juli 2022 en beslist als volgt:

5.3 verklaart voor recht dat tussen partijen geen nieuwe erfpachtovereenkomst tot stand is gekomen;

5.4 verklaart voor recht dat de Stichting vanaf 1 januari 2012 zonder recht of titel gebruik heeft gemaakt van de onroerende zaken aan de Van Wevelinkhovenstraat 103 in Zwolle ('het Kegelhuis');

5.5 beveelt de Stichting om de percelen, kadastraal bekend gemeente Zwolle, sectie A, de nummers 7856, 7857 en 7859, te ontruimen en ontruimd op te leveren en ter beschikking te stellen aan de gemeente Zwolle voor 1 september 2024;

5.6 veroordeelt de Stichting om al hetgeen de Gemeente ter uitvoering van het vonnis van 27 juli 2022 heeft voldaan ongedaan te maken, althans terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door de Gemeente tot de dag van terugbetaling;

5.7 veroordeelt de Stichting tot betaling van de volgende proceskosten van de Gemeente tot aan de uitspraak van de rechtbank:
€ 667,- aan griffierecht
€ 111,83 aan kosten voor het betekenen (bekendmaken) van de dagvaarding aan de Stichting,
€ 2.252,- aan salaris van de advocaat (4 procespunten x tarief II, voor conventie en reconventie),

en tot betaling van de volgende proceskosten van de Gemeente in principaal hoger beroep:

€ 783,- aan griffierecht,
€ 125,03 aan kosten voor het betekenen (bekendmaken) van de dagvaarding aan de Stichting,
€ 2.428,- aan salaris van de advocaat van de Gemeente (2 procespunten x appeltarief II),

en tot betaling van de volgende proceskosten van de Gemeente in incidenteel hoger beroep:

€ 1.214,- aan salaris van de advocaat van de Gemeente (1 procespunt x appeltarief II);

5.8 bepaalt dat al deze proceskosten moeten worden betaald binnen 14 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;

5.9 verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.10 wijst af wat verder is gevorderd.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.E. Wichers, A.A.J. Smelt en A. van Hees, en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 25 juni 2024.

Uitgegeven voor grosse
op 25-06-2024
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden *Rm*

[Handwritten signature]

mr. J.H. Kuiper