



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Noot bij HR 29 april 2016

Pavillon, C.M.D.S.; Vonck, F.J.

Citation

Pavillon, C. M. D. S., & Vonck, F. J. (2016). Noot bij HR 29 april 2016. *Tijdschrift Voor Bouwrecht*, 9(12), 1243-1247. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/45591>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/45591>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Jurisprudentie – IV. Overige privaatrecht

TBR 2016/193

Hoge Raad, 29 april 2016, 15/00044 en 15/00063, ECLI:NL:HR:2016:769 (Periodieke herziening erfpachtcanon)

(Mr. C.A. Streefkerk, mr. A.H.T. Heisterkamp, mr. G. Snijders, mr. G. de Groot en mr. T.H. Tanja - van den Broek)

BW: art. 3:14, art. 3:305a, art. 5:85, art. 6:227, art. 6:233, art. 6:236, art. 6:237, art. 6:240, art. 6:241, art. 6:243, art. 7:900, art. 7:904; (oud) BW: art. 767, art. 1356, art. 1369; Richtlijn 93/13 EEG: art. 3, art. 10

Gemeentelijke erfpacht Amsterdam. Periodieke herziening. Bepaalbaar. Rechtszekerheid. Vaststellingsovereenkomst. Bevoegdheid

Met noot C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck, Red.¹

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Gemeente heeft sinds het begin van de vorige eeuw bouwterreinen vrijwel uitsluitend in erfpacht uitgegeven, voor een eerste periode van 75 jaar, waarbij steeds een canon is bedongen. De Gemeente heeft daarbij gebruik gemaakt van algemene voorwaarden, die in de loop der tijd (in enige mate) zijn gewijzigd. In dit cassatieberoep zijn met name van belang de door de Gemeente in 1915, 1934, 1937 en 2000 gebruikte Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht (hierna: AB15, AB34, AB37 en AB00).

(ii) Seba is een stichting die de behartiging van de belangen van erfpachters van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven terreinen ten doel heeft.

(iii) [A], [C], [E] en [F] zijn allen erfpachter van de Gemeente. In hun aktes van uitgifte erfpacht is opgenomen dat respectievelijk AB37, AB34 en AB15 van toepassing zijn. Art. 5 AB15 respectievelijk art. 6 AB34 en AB37 geeft de Gemeente de bevoegdheid de Algemene Bepalingen eenzijdig te wijzigen als vijftien jaar is verstreken na uitgifte van de erfpacht. Art. 6 van deze Algemene Bepalingen houdt in dat op dat tijdstip de canon wordt herzien door deskundigen.

(iv) Ter uitvoering van art. 6 van AB15, AB34 en AB37 hebben (steeds) drie deskundigen in de peri-

ode 2006-2009 bij wijze van bindend advies de erfpachtcanon voor de percelen waarop de woningen van [A], [C], [E] en [F] zijn gelegen, opnieuw vastgesteld. [A], [C], [E] en [F] hebben geweigerd een gewijzigde erfpachtakte met een aangepaste canon en nieuwe Algemene Bepalingen te ondertekenen.

3.2 Seba c.s. vorderen in dit geding onder meer diverse verklaringen voor recht die erop neerkomen dat de Gemeente niet bevoegd is de canon te herzien en dat de hiervoor in 3.1 onder (iii) genoemde art. 5 en 6 van AB15, AB34 en AB37 (en de daarmee overeenstemmende bepalingen in latere versies van de Algemene Bepalingen) nietig of vernietigbaar zijn.

3.3.1 De rechtbank heeft de hiervoor in 3.1 onder (iv) genoemde bindende adviezen vernietigd wegens onvoldoende motivering en schending van het beginsel van hoor en wederhoor (rov. 4.22-4.23). Deze beslissing is in appel niet aangevochten en staat in cassatie dan ook niet ter discussie.

Voor het overige heeft de rechtbank de vorderingen van Seba c.s. afgewezen.

3.3.2 Het hof heeft de bepaling van AB15, AB34 en AB37 omtrent de bevoegdheid van de Gemeente tot eenzijdige wijziging van de Algemene Bepalingen vernietigd voor zover overeengekomen tussen [A], [E], [C] en [F] en de Gemeente, de zaak naar het gerechtshof Den Haag verwezen voor de behandeling van een aantal vorderingen van Seba en voor het overige het vonnis van de rechtbank bekrachtigd respectievelijk de voor het eerst in hoger beroep door Seba c.s. ingestelde vorderingen afgewezen.

4 Beoordeling van de middelen van Seba c.s. (zaak 15/00044)

4.1.1 Middel 1 richt zich tegen rov. 2.4 van het arrest van het hof, waarin het hof is ingegaan op het standpunt van Seba c.s. dat de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte moet staan en dat derhalve niet voldoende is dat deze, zoals bij de erfpachtuitgifte door de Gemeente is gebeurd, is vermeld in de algemene voorwaarden waarnaar in die akte wordt verwezen. Het hof heeft terzake overwogen dat niet is betwist dat de verwijzing in art. 6 van AB15, AB34 en AB37 voldoet aan de eisen van art. 767 (oud) BW, welke bepaling gold bij de totstandkoming van de aktes waarbij het erfpachtrecht van [A], [D], [C] en [F] is gevestigd. Indien zou moeten worden aangenomen dat die verwijzing niet voldoet aan hetgeen

¹ Charlotte Pavillon is universitair docent aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Den Haag, lid van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht en Fokke Jan Vonck is universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen en professional support lawyer bij Loyens & Loeff N.V. te Amsterdam, lid van de redactieraad van het Tijdschrift voor Bouwrecht.

thans voortvloeit uit art. 5:85 lid 2 BW - dat bepaalt dat in de erfpachttakte een canon kan worden opgenomen -, staat volgens het hof art. 69, aanhef en onder a, Overgangswet Nieuw BW eraan in de weg dat de Gemeente daardoor haar vorderingsrecht zou verliezen.

4.1.2 Het middel klaagt dat dit oordeel onbegrijpelijk is aangezien Seba c.s. mede aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd dat de verwijzing in art. 6 van AB15, AB34 en AB37 niet aan de eisen van art. 767 (oud) BW voldoet, en het tegendeel dus niet onbetwist hebben gelaten.

4.1.3 Het middel kan bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden omdat de rechtsopvatting waarop het hiervoor in 4.1.1 genoemde standpunt van Seba c.s. berust, onjuist is. Zowel onder art. 767 (oud) BW als onder art. 5:85 lid 2 BW is (in elk geval) voldoende dat, zoals in dit geval is gebeurd, de canon die bij de aanvang van de erfpacht geldt, is opgenomen in de erfpachttakte en dat die akte verwijst naar in de openbare registers ingeschreven algemene voorwaarden waarin een bepaling omtrent de herziening van de canon is opgenomen.

4.2.1 Middel 2 is gericht tegen rov. 2.5.1 dat betrekking heeft op het betoog van Seba c.s. dat de in de Algemene Bepalingen van de Gemeente opgenomen bepaling omtrent de herziening van de canon niet voldoet aan het betaalbaarheidsvereiste en in strijd is met het formele rechtszekerheidsbeginsel, en om deze redenen nietig is. Het hof heeft dit betoog ongegrond geoordeeld, in de eerste plaats omdat de vermelding in genoemde bepaling dat de canon zal worden vastgesteld door deskundigen, voldoende duidelijk is omschreven.

4.2.2 De eis van betaalbaarheid van art. 1356 en 1369 (oud) BW en art. 6:227 BW heeft betrekking op de verbintenissen van partijen. Aan dit vereiste is voldaan als aan de hand van de inhoud van de overeenkomst de inhoud van de verbintenis kan worden bepaald dan wel de overeenkomst een procedure bevat waarlangs dit laatste kan plaatsvinden, zoals een nadere vaststelling van de inhoud van de verbintenis door een derde (vgl. onder meer de T.M. bij art. 6:227 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 896). Een bepaling zoals de onderhavige, strekkend tot herziening van de canon door deskundigen overeenkomstig art. 7:900 BW, voldoet aan dit vereiste, ook al zijn daarin geen concrete criteria genoemd voor die herziening. Het beroep van Seba c.s. op het betaalbaarheidsvereiste is dus ongegrond.

4.2.3 Het formele rechtszekerheidsbeginsel, dat op grond van art. 3:14 BW onder omstandigheden mede een rol kan spelen bij de beoordeling van de geldigheid en de uitleg van overeenkomsten die de overheid aangaat, verzet zich evenmin tegen een canonherzieningsbepaling

als de onderhavige. Zoals het hof heeft overwogen, is de inhoud van die bepaling voldoende duidelijk. Naar de uitleg van de rechtbank in rov. 4.18-4.19 van haar vonnis, die door het hof in rov. 2.7.1 is overgenomen (welk oordeel als zodanig in cassatie niet is bestreden), volgt uit de Algemene Bepalingen dat de deskundigen aan de hand van de actuele (markt)waarde van de grond op redelijke gronden tot de herziene canon dienen te komen en hun beslissing terzake naar behoren dienen te motiveren. Hun advies kan eventueel op grond van art. 7:904 lid 1 BW worden aangetast.

4.2.4 Het tweede middel faalt gelet op het vorenstaande.

4.3.1 Middel 3 keert zich tegen het oordeel van het hof in rov. 2.6.1 dat de canonherzieningsbepaling in AB15, AB34 en AB37 geen geschilbeslechting betreft als bedoeld in art. 6:236, aanhef en onder n, BW en dus niet uit dien hoofde als onredelijk bezwarend dient te worden aangemerkt. Het hof heeft de canonherzieningsbepaling aldus uitgelegd dat deze (slechts) betrekking heeft op het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen, namelijk de hoogte van de canon na afloop van de eerste periode van vijftienzeventig jaar. Het heeft geoordeeld dat daarom sprake is van een overeenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW, waarbij partijen ter voorkoming van onzekerheid zich op voorhand binden aan een vaststelling door derden, en niet van geschilbeslechting.

4.3.2 Het middel klaagt dat wel sprake is van geschilbeslechting nu toepassing van de canonherzieningsbepaling van AB15, AB34 en AB37 op grond van de inhoud daarvan pas aan de orde komt als partijen in onderling overleg er niet uitkomen en er dus sprake is van een geschil.

4.3.3 Ook deze klacht is ongegrond. Het hof heeft, overeenkomstig de standpunten van partijen, AB15, AB34 en AB37 aldus uitgelegd dat de herziening wordt overgelaten aan deskundigen, tenzij de erfpachter en de Gemeente onderling overeenstemming hebben bereikt over de nieuwe canon. Gelet op deze uitleg heeft het hof tot het oordeel kunnen komen dat van geschilbeslechting geen sprake is. Bij deze uitleg dienen deskundigen immers geen geschil tussen partijen te beslechten, maar de canon te bepalen die in het vervolg op grond van de overeenkomst van partijen geldt (vgl. HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, N^o 2007/114).

4.4.1 Middel 4 klaagt onder verwijzing naar onder meer HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, N^o 2014/274 ([G/H]), dat het hof ambtshalve had moeten onderzoeken of de aan de orde zijnde bepalingen van AB15, AB34 en AB37 onredelijk bezwarend zijn op andere gronden dan door Seba c.s. aangevoerd.

4.4.2 Deze klacht faalt om de redenen die hierna in 5.1.4 worden uiteengezet bij de behandeling van onderdeel A van het middel van de Gemeente.

4.5.1 Middel 5 bestrijdt rov. 2.7.1, waarin het hof heeft geoordeeld geen richtlijn te kunnen vaststellen voor toekomstige canonvaststellingen door deskundigen. Naar het hof overweegt, laten AB15, AB34 en AB37 de deskundigen in beginsel vrij in die vaststellingen en ligt het niet op de weg van de rechter om de Algemene Bepalingen op dit punt aan te passen.

4.5.2 Het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat de rechter op grond van art. 7:904 lid 2 BW wél zelf een beslissing als door het hof bedoeld kan geven. Het doet daarbij een beroep op de wenselijkheid daarvan in verband met de vele geschillen tussen erfpachters en de Gemeente op dit punt.

4.5.3 Ook dit middel is ongegrond. Art. 7:904 lid 2 BW geldt voor het geval een bindend advies wordt vernietigd, nietig is of niet tijdig is verkregen. Het oordeel van het hof heeft echter geen betrekking op die bepaling of dat geval, maar op het betoog van Seba c.s. dat het hof in rov. 2.7 aanhaalt, namelijk dat een canon met een matige omvang en indexatie van de canon meer in overeenstemming zijn met de bedoeling van het wettelijk erfpachtstelsel. Dit betoog zag op de aan de Algemene Bepalingen te geven uitleg of uitwerking.

4.6.1 Middel 8 keert zich tegen rov. 2.10.3 waarin het hof heeft geoordeeld dat de vorderingen van Seba in E onder I en II van de memorie van grieven, op grond van art. 6:241 BW door het gerechtshof Den Haag moeten worden beoordeeld en dat de zaak daarom voor de beoordeling van die vorderingen van Seba moet worden verwezen naar dat hof. Het middel klaagt dat dit oordeel onjuist is omdat het niet gaat om vorderingen als bedoeld in art. 6:240 BW.

4.6.2 De bijzondere procedure waarin het gerechtshof Den Haag op grond van art. 6:241 lid 1 BW bij uitsluiting bevoegd is, ziet op vorderingen als bedoeld in art. 6:240 lid 1 BW. Dit zijn vorderingen die, ingesteld door belangenorganisaties als bedoeld in het derde lid van die bepaling tegen de gebruiker van algemene voorwaarden of tegen een organisatie als bedoeld in het tweede lid van die bepaling, ertoe strekken dat de rechter een beding in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend verklaart en een verbod tot gebruik van dat beding uitspreekt (of een gebod of veroordeling als bedoeld in art. 6:241 lid 3, aanhef en onder b en c, BW), met mede het gevolg dat art. 6:243 BW daaraan verbindt, te weten dat het beding vernietigbaar wordt (dus door iedere wederpartij van de gebruiker van de desbetreffende algemene voorwaarden).

Het bestaan van deze bijzondere procedure staat niet eraan in de weg dat een belangenorganisatie op de voet van art. 3:305a BW een vordering instelt tot vernietiging van een beding in algemene voorwaarden op de grond dat dit onredelijk bezwarend is (zie Kamerstukken II 1992-1993, 22 486, nr. 3, p. 25). Hetzelfde geldt voor een vordering van een dergelijke organisatie tot verklaring voor recht dat een beding onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar is. Dergelijke vorderingen zijn immers niet gericht op de bijzondere gevolgen die zijn verbonden aan een uitspraak op grond van art. 6:241 BW.

4.6.3 De op art. 3:305a BW gebaseerde vorderingen in E onder I en II van de memorie van grieven strekken onder meer ertoe dat voor recht wordt verklaard dat bedingen uit de AB15, AB34, AB37 en AB00 onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar zijn, en zijn niet gericht op de hiervoor aan het slot van 4.6.2 bedoelde bijzondere gevolgen. Art. 6:241 lid 1 BW staat daarom, anders dan het hof heeft gemeend, niet aan het instellen van die vorderingen in deze procedure in de weg. Het middel is derhalve gegrond.

4.6.4 Na verwijzing zullen deze vorderingen alsnog moeten worden behandeld, voor zover daarop niet reeds is beslist met andere, in cassatie niet of tevergeefs bestreden oordelen van het hof (vergelijk de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 9.7.2).

4.7 De hiervoor niet besproken klachten van de middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.8 Nu alleen middel 8 slaagt en de Gemeente de door dat middel bestreden beslissing van het hof heeft uitgelokt noch verdedigd, zullen de kosten van het cassatieberoep worden gereserveerd tot de einduitspraak.

5 Beoordeling van het middel van de Gemeente (zaak 15/00063)

5.1.1 Onderdeel A van het middel bestrijdt het oordeel van het hof in rov. 2.6.2. Daarin heeft het hof ambtshalve de in art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en AB37 vervatte bevoegdheid van de Gemeente om eenzijdig de algemene voorwaarden te wijzigen, vernietigd. Naar het oordeel van hof komt die bevoegdheid in strijd met het bepaalde onder j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG.

5.1.2 Kennelijk heeft het hof met dit oordeel bedoeld een richtlijnconforme uitleg te geven aan rt. 6:233 BW (overeenkomstig HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, Nij 2014/274 ([G/H]), rov. 3.7.1). Onderdeel A.1,

dat uitgaat van een andere lezing van het oordeel van het hof, kan derhalve niet tot cassatie leiden.

5.1.3 Onderdelen A.2 en A.3 voeren aan dat Richtlijn 93/13/EEG niet van toepassing is op de onderhavige erfpachten en de daarvan deel uitmakende AB15, AB34 en AB37, nu die erfpachten zijn gevestigd vóór 31 december 1994 en de Richtlijn uitsluitend ziet op overeenkomsten die na die datum zijn gesloten (art. 10 lid 1, tweede zin, Richtlijn 93/13/EEG). De verplichting tot ambtshalve toetsing is beperkt tot de gevallen waarop de Richtlijn ziet, aldus de onderdelen.

5.1.4 Deze klacht is gegrond. Art. 10 lid 1, tweede zin, Richtlijn 93/13/EEG houdt in dat de bepalingen daarvan van toepassing zijn op overeenkomsten die na 31 december 1994 zijn gesloten. De hier aan de orde zijnde, in het arrest [G/H] bedoelde (verplichte) richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 BW, die eventueel ambtshalve moet plaatsvinden, is derhalve beperkt tot die overeenkomsten. De erfpachtrechten waarop het oordeel van het hof ziet, dateren van vóór 31 december 1994. Het oordeel van het hof is derhalve onjuist.

Opmerking verdient dat het in dit verband gaat om het tijdstip waarop de voorwaarden door de Gemeente zijn bedongen. Ook bij verkrijging na 31 december 1994 van een vóór die datum gevestigd erfpachtrecht is de eerder bedoelde richtlijnconforme uitleg derhalve niet aan de orde.

In verband met de gegrondheid van deze klacht behoeven de overige klachten van de onderdelen A.2 en A.3 geen behandeling. Onderdeel A.4 mist zelfstandige betekenis en behoeft daarom geen behandeling.

5.1.5 De onderdelen A.5 en A.6 bevatten de klacht dat het hof heeft miskend dat het feit dat het hier aan de orde zijnde beding op de indicatieve lijst bij de Richtlijn staat, nog niet zonder meer meebrengt dat dit beding onredelijk bezwarend is. Hoewel het oordeel van het hof reeds geen stand kan houden in verband met de gegrondheid van de hiervoor in 5.1.4 besproken klacht, zal de Hoge Raad ook deze klacht behandelen, nu de AB00 een bepaling bevatten die vergelijkbaar is met art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en AB37.

5.1.6 Vooropgesteld wordt dat het bij de onderhavige wijzigingsbevoegdheid niet om een beding gaat dat op grond van de art. 6:236 en 237 BW als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt of wordt vermoed dat te zijn. Een beding dat (uitsluitend) voorkomt op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG, behoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd. Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden

van het geval. (vgl. onder meer HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, *Nr* 2013/431 ([I/J]), rov. 3.4 en 3.5)

Dergelijke motivering ontbreekt in het arrest van het hof. Zijn oordeel komt erop neer dat een beding dat voor een van partijen de bevoegdheid bevat om de algemene voorwaarden eenzijdig te wijzigen steeds onredelijk bezwarend is. Dit oordeel ziet eraan voorbij dat onder meer de ratio en rechtvaardiging van, de voorwaarden voor en beperkingen op een dergelijke bevoegdheid kunnen meebrengen dat van die onredelijke bezwarendheid geen sprake is. In deze zaak is in dit verband onder meer van belang dat de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het beleid van de Gemeente dat zij voert als overheid met betrekking tot de grond binnen haar grenzen, dat het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid is om de voorwaarden na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten, dat de voorwaarden worden getoetst en vastgesteld door de raad van de Gemeente (dat een democratisch gekozen, vertegenwoordigend orgaan is), dat de vaststelling en toepassing van die voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dat bij de toets aan deze beginselen mede van belang is of kan zijn met welk doel de Gemeente de grond (niet in eigendom, maar) in erfpacht heeft uitgegeven en uitgegeven houdt. Gelet op deze aspecten valt niet in te zien dat het hier aan de orde zijnde beding zonder meer onredelijk bezwarend zou zijn.

5.1.7 De Hoge Raad ziet aanleiding om ook onderdeel A.7 te behandelen. Dit onderdeel voert aan dat het hof partijen ten onrechte geen gelegenheid heeft gegeven om zich uit te laten over de toepasselijkheid van en de toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG op het onderhavige punt.

5.1.8 Ook deze klacht is gegrond. De rechter die ambtshalve onderzoek op het onderhavige punt overweegt, dient partijen in de gelegenheid te stellen zich over dat onderzoek uit te laten en, zo nodig, hun stellingen daaraan aan te passen (het arrest [G/H], rov. 3.9.1). Het hof heeft dit ten onrechte nagelaten.

5.2 In verband met het voorgaande behoeft onderdeel B geen behandeling.

5.3.1 Onderdeel C klaagt dat het hof in rov. 2.6.2 en in zijn dictum heeft miskend dat AB34 in het geval van [C] niet (meer) van toepassing zijn, nu naar de in hoger beroep niet bestreden vaststelling van de rechtbank in rov. 4.27 van haar vonnis [C] ter gelegenheid van een splitsing in appartementsrechten ermee heeft ingestemd dat in zijn geval de AB00 gelden.

5.3.2 Ook deze klacht is gegrond. Genoemde vaststelling van de rechtbank is in hoger beroep niet bestreden. In de verhouding tussen de Gemeente en [C] be-

stond derhalve geen grond voor vernietiging van het wijzigingsbeding in AB34.

5.4 De hiervoor niet behandelde klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

6 Beslissing

De Hoge Raad:

in beide cassatieberoepen:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 23 september 2014;

verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;

in de zaak 15/00044:

reserveert de beslissing omtrent de kosten van het geding in cassatie tot de einduitspraak;

begroot deze kosten tot op de uitspraak in cassatie aan de zijde van Seba c.s. op € 951,98 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris en aan de zijde van de Gemeente op € 858,18 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris;

in de zaak 15/00063:

veroordeelt Seba c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente begroot op € 951,98 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris. (*Enz., enz., red.*)

NOOT

1. De gemeente Amsterdam geeft haar gronden sinds 1896 als regel uit in erfpacht. Aanvankelijk betrof dit tijdelijke rechten, maar sinds 1915 bestaat een systeem van 'voortdurende erfpacht'. In de kern komt dat systeem erop neer dat de erfpacht een eeuwigdurende looptijd heeft, zij het dat de duur is opgedeeld in tijdvakken. Tegen het einde van zo'n periode kan de erfpachter de erfpacht beëindigen. Doet hij dat niet, dan worden de algemene bepalingen ('AB') op de erfpachtverhouding van toepassing die de gemeenteraad het meest recent heeft vastgesteld. Ook wordt dan de hoogte van de door de erfpachter verschuldigde vergoeding (de canon) geactualiseerd op basis van de actuele waarde van de grond. Met die herziening geeft de gemeente vorm aan één van de kerndoelen van het erfpachtstelsel: zij wenst via de erfpacht mee te delen in de waardeontwikkeling van het hoofdstedelijke vastgoed.

2. Het begin van een nieuw tijdvak brengt aldus vaak grote veranderingen met zich, waarop de erfpachters vooraf niet altijd even goed bedacht zijn. Dat leidt tot zowel juridische procedures (en arresten als het hierboven afgedrukte) als maatschappelijke onrust. In reactie op het laatste wordt het Amsterdamse erfpachtstelsel op dit moment ingrijpend veranderd. Sinds 1 juli 2016 is de gemeente voor nieuwe gronden zelfs van het stelsel van voortdurende erfpacht afgestapt. Nieuwe uitgaven onder de AB 2016 geschieden inmiddels in eeuwigdurende erfpacht. Het verschil

met de voortdurende erfpacht bestaat erin dat in het nieuwe systeem de canon en de (algemene) voorwaarden alleen nog bij de aanvang van het recht worden vastgesteld. Na uitgifte kunnen de erfpachtvoorwaarden en de canon nog slechts worden gewijzigd als beide partijen - de erfpachter en de gemeente - daar expliciet mee instemmen. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de erfpachter de gebruiksbestemming wil veranderen en de gemeente in ruil daarvoor een aanpassing van de canon (en wellicht de AB) bedingt. Van standaard periodieke aanpassingen is bij eeuwigdurende erfpacht echter geen sprake meer. Het is de bedoeling dat in de loop van 2017 ook zittende erfpachters kunnen overstappen naar het nieuwe systeem. Bij die overstap moeten zij dan nog één keer de nieuwe AB en de nieuwe canon 'slikken', om er vervolgens niet meer voor te hoeven vrezen dat de gemeente ongevraagd aan de deur klopt.

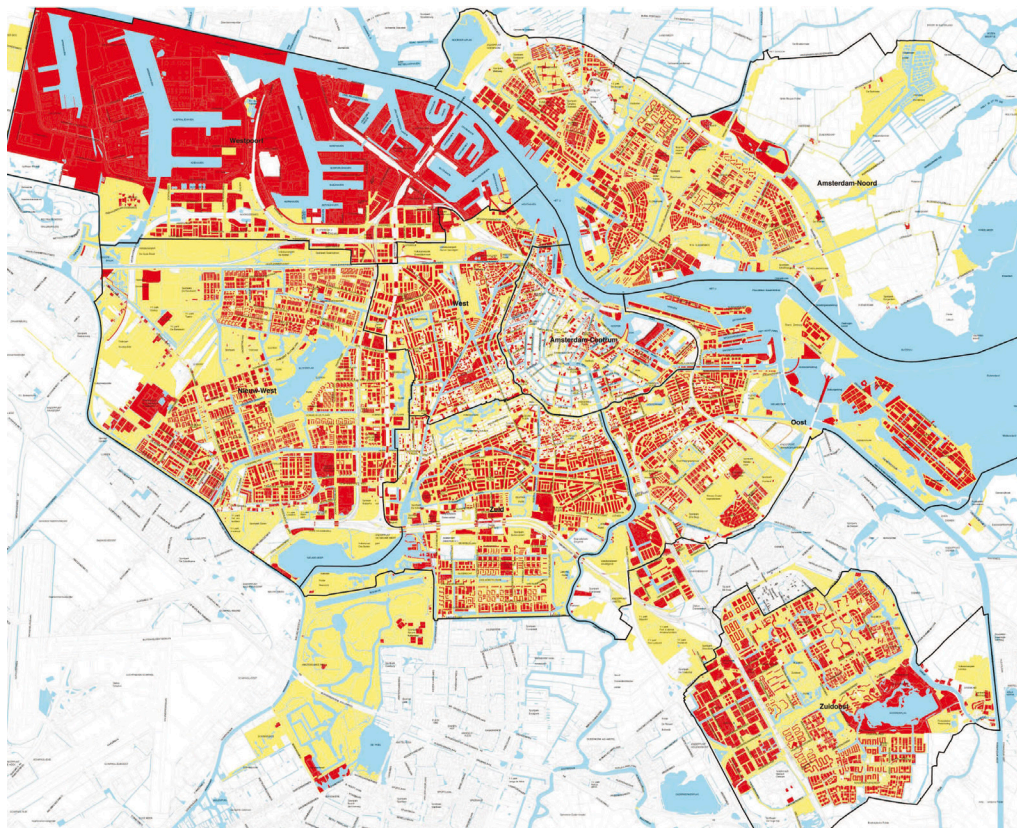
3. Deze procedure is aangespannen door SEBA (een organisatie die de belangen behartigt van Amsterdamse erfpachters) en verschillende individuele erfpachters. SEBA c.s. stellen de rechtskracht ter discussie van de (in het vigerende regime dus nog bestaande) bepalingen tot wijziging aan het einde van een tijdvak; zij vragen dus een oordeel over de kern van de (huidige) Amsterdamse erfpacht. Tegen deze bepalingen brengen zij diverse punten in stelling. In deze annotatie beperken wij ons tot een drietal 'krenten uit de pap': 1) in hoeverre verplicht titel 5.7 BW om bepaalde kernelementen van de erfpachtverhouding vast te leggen in de akte van vestiging zelf (in plaats van in algemene bepalingen die van toepassing worden verklaard) (nrs. 4-6); 2) in hoeverre is de voorwaarde die de bepaling van de hoogte van de nieuwe canon overlaat aan deskundigen onredelijk bezwarend wegens strijd met het bepaalde in art. 6:236 sub n BW (nr. 7); en 3) in hoeverre is het eenzijdige wijzigingsbeding met betrekking tot de algemene bepalingen onredelijk bezwarend (nrs. 8-14)? Ook uiterst interessant is de problematiek rondom de collectieve acties tegen algemene voorwaarden; wij gaan daar op deze plaats echter niet op in en verwijzen de geïnteresseerde lezer naar C.M.D.S. Pavillon, 'De derdenwerking van collectieve acties tegen onredelijke bedingen in het licht van de Europese rechtspraak', *TvC* 2016-4, p. 160-168.

4. Het eerste punt betreft een kwestie die A.A. van Velten, *Erfpacht* (preadvies KNB), Lelystad: Vermande 1995, p. 60 reeds opwierp. Titel 5.7 BW kent diverse artikelen waarin is geregeld is dat 'in de akte van vestiging' een bepaalde, van de wettelijke hoofdregel afwijkende bepaling kan worden opgenomen. De vraag is of nog in overeenstemming met deze artikelen gehandeld wordt wanneer een regeling niet in de akte zelf is opgenomen, maar in (met algemene bewoordingen van toepassing verklaarde) AB. In de praktijk is dat laatste niet ongebruikelijk; in de AB - die op de voet van art. 46 Kadasterwet apart zijn ingeschreven in de openbare registers - is dan bijvoorbeeld geregeld dat de erfpachter niet of slechts beperkt tot opzegging bevoegd is (vgl. art. 5:87 lid 1 BW) en dat hij toestemming nodig heeft om zijn recht te kunnen overdragen (vgl. art. 5:91 lid 1 BW). Van Velten had zich uiterst kritisch betoond over deze methode: 'de hier bedoelde regelingen of afwijkingen van het wettelijk stelsel

■ Waar is erfpacht?

Dit was de situatie op 1 januari 2015.

■ + ■ grond van gemeente Amsterdam ■ uitgegeven in erfpacht



Bron: www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/

zijn van dien aard dat men die niet mag 'verstoppen' in met algemene woorden van toepassing verklaarde erfpachtbepalingen.' In de visie van Van Velten dient de afwijking van het wettelijke stelsel in de akte zelf te worden vastgelegd; hooguit mag voor de nadere uitwerking worden verwezen naar - steeds met name genoemde artikelen in - de AB. Diezelfde benadering wordt in de literatuur ook op andere terreinen gehuldigd. Zie bijvoorbeeld voor de bedingen die men op grond van titel 3.9 BW in de hypotheekakte kan opnemen W.G. Huijgen, *Hypotheek* (Mon. BW B-12b), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 13, alsmede Asser/*Van Mierlo* (3-VI) 2016/256 en A.J. Verdaas, 'Partijautonomie bij pand en hypotheek', in: J.W.A. Biemans e.a. (red.), *Uitleg van notariële akten*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 73 (voetnoot 85). Anders echter: T.H.D. Struycken en B.W. Wijnstekers, 'De bijzondere bevoegdheden van een hypotheekhouder', *FIP* 2016/52, p. 45-46. Aantekening verdient in dit verband overigens nog wel dat het hypotheekregime wellicht strenger is dan de regeling in de erfpachttitel. Art. 3:264 en 265 BW spreken immers van een *uitdrukkelijk* beding in de hypotheekakte, waar in titel 5.7 BW steeds slechts vrij koeltjes

wordt aangegeven dat iets kan worden bepaald in de akte van vestiging. Die laatste benadering is overigens wel weer in overeenstemming met de formulering van art. 3:263 en 267 BW ('tenzij in de hypotheekakte anders is bepaald...'; 'in de hypotheekakte kan worden bedongen...').

5. Het standpunt van Van Velten laat zich niet goed weerleggen met louter een beroep op art. 46 lid 5 Kadasterwet. Op grond van dat artikel heeft een verwijzing naar ingeschreven algemene bepalingen tot gevolg dat deze bepalingen deel uitmaken van de desbetreffende inschrijving. De wetgever heeft in die bepaling bewust het woord 'inschrijving' opgenomen, om ruimte te laten voor de mogelijkheid dat het civiele recht nog nadere eisen stelt aan de wijze waarop voorwaarden tot onderdeel van de rechtsverhouding kunnen worden gemaakt. Vgl. PG Kadasterwet, p. 188-189 (MvT), waar vermeld wordt dat de regeling uit de Kadasterwet *bijvoorbeeld* niet wegneemt dat afdeling 6.5.3 BW regels kan geven die moeten worden gevolgd om algemene voorwaarden onderdeel van de rechtsverhouding te maken. Evenmin kan aldus met een beroep op art. 46 lid 5

Kadasterwet worden uitgesloten dat in titel 3.9 en titel 5.7 BW nog nadere eisen worden gesteld aan de wijze waarop bedingen onderdeel van een hypotheek- of erfpachtrelatie kunnen worden gemaakt. Desalniettemin achten wij niet aanmerkelijk dat de formuleringen in titel 5.7 BW er inderdaad toe strekken zulke eisen te stellen. Over de functie van de woorden 'in de akte van vestiging kan...' is in PG Boek 5, p. 4-5 (TM) in ieder geval slechts opgemerkt dat '[d]eze woorden [...] te kennen [geven], dat partijen vrij zijn aan het zakelijk recht een andere inhoud te geven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, mits zij deze inhoud aangeven in de akte van vestiging - waaronder een akte van wijziging is begrepen -, welke akte in de openbare registers moet zijn ingeschreven.' Is de mogelijkheid tot afwijking niet geboden, dan kunnen erfpachter en grondeigenaar slechts in de obligatoire sfeer een andere regeling treffen (tenzij expliciet is geregeld dat een afwijkende bepaling nietig is, zoals in art. 5:100 lid 2 BW). Als ook beoogd zou zijn geweest te regelen dat afwijkende bedingen *alleen* rechtsgeldig in de vestigingsakte kunnen worden vastgelegd, mag verwacht worden dat daar expliciete aandacht aan was besteed, ook vanwege de overgangsrechtelijke vragen die dan zouden rijzen (verschillende bepalingen die een afwijkend regime in de vestigingsakte mogelijk maken, hebben onmiddellijke werking). Ook overigens zien wij geen reden om de wettekst zo strikt te lezen als Van Velten bepleit. Daarbij merken wij in het bijzonder op dat een bepaling in de AB niet méér 'verstop't' is dan een bepaling in de *oorspronkelijke* vestigingsakte. Ook die vestigingsakte zal een latere erfpachter moeten opzoeken op basis van de verwijzing in de aankomsttitel van zijn rechtsvoorganger; vervolgens moet dan nog worden uitgeplozen of echt geen enkele (standaard)bepaling afwijkt van de regels die men uit andere uitgiftes kent. De conclusie moet wat ons betreft dan ook zijn dat bij de beantwoording van de vraag of een beding onderdeel is van de goederenrechtelijke erfpachtverhouding, irrelevant is of het beding in de vestigingsakte zelf is opgenomen of in AB die elders in de registers zijn ingeschreven en waarnaar in de akte wordt verwezen. In dezelfde zin ook Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels (5*) 2008/216.

6. Of die benadering juist is, is na lezing van dit arrest nog niet evident. Jammer is dat de Hoge Raad zich over het voorgaande niet heel expliciet hoeft uit te laten, wat samenhangt met het feit dat het debat over dit onderwerp in de onderhavige zaak is toegespitst op de canonregeling. Waar opzeggingsregelingen en overdraagbaarheidsbeperkingen vaak geheel in de AB geregeld zijn, is de aanvangscanon zo nauw verbonden met het specifieke erfpachtrecht dat deze (vrijwel) altijd in de akte zelf is vermeld. Zo ook in onze casus; alleen de *herzieningsregeling* staat in de AB. Zelfs bij een vrij strikte lezing van de wettekst stuit dat niet op bezwaren: art. 5:85 lid 2 BW zegt dat de verplichting tot betaling van een geldsom in de akte van vestiging kan worden opgelegd; dat is hier in letterlijke zin gebeurd. Ons hoogste rechtscollege kan dus gemakkelijk volstaan met het oordeel dat dit '(in elk geval) voldoende is'. Het is te hopen dat we uit de toevoeging van de woorden 'in elk geval' mogen afleiden dat partijen van de Hoge Raad nog wel wat verder hadden mogen gaan, door zelfs de gehele canonregeling in de AB vast te leggen.

7. Het volgende punt betreft het beding dat de bepaling van de hoogte van de nieuwe canon overlaat aan deskundigen. Is dat beding vernietigbaar wegens strijd met art. 6:236 lid 1 sub n BW? Aan die kwestie gaat de vraag vooraf in hoeverre afdeling 6.5.3 BW van toepassing is op erfpachtrelaties. Dat is niet evident, omdat de in die afdeling centraal gestelde 'overeenkomst' vaak in het geheel nooit is gesloten tussen de gemeente en de zittende erfpachter; de oorspronkelijke wederpartij (die in afdeling 6.5.3 BW eveneens een prominente positie inneemt) is op het moment van de toetsing veelal volledig buiten beeld geraakt. Hoewel het daarom lastig is de regeling op erfpachtrelaties toe te passen, is de heersende leer dat afdeling 6.5.3 BW ook op zulke verhoudingen van toepassing is, via de schakelbepaling van art. 6:216 BW. Vgl. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 175-178, alsmede K. Everaars, 'Europees recht en erfpachtvoorwaarden', *WPNR* (2015) 7061, p. 413-419. In deze procedure is die toepasselijkheid ook het uitgangspunt en is slechts de vraag voorgelegd of het 'deskundigenbeding' de strekking heeft de beslechting van een geschil over te laten aan een ander dan de bevoegde (overheids)rechter. SEBA c.s. menen dat dit het geval is en achten het beding daarom vernietigbaar wegens strijd met art. 6:236 lid 1 sub n BW. Dat standpunt achten wij zeer goed verdedigbaar. Vgl. F.J. Vonck, 'De rol van deskundigen bij heruitgifte en verlenging van erfpachtverhoudingen', in: H.B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Paris 2011, p. 119. Verschillende rechters hebben ook zo geoordeeld. Zie bijv. Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN5001 en Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, *TBR* 2015/153. Het Amsterdamse gerechtshof had de bepaling in de onderhavige procedure echter in orde bevonden: hij karakteriseerde haar als een beding waarin partijen de vaststelling van een onbepaald element in de rechtsverhouding conform art. 7:900 BW overlaten aan derden. Nu het hier uiteindelijk een kwestie van uitleg betreft van een individueel beding, wat is voorbehouden aan de feitenrechter, volstaat de Hoge Raad met een oordeel over de begrijpelijkheid van 's hofs afweging. Dat het hof in deze zaak tot de conclusie mocht komen dat van een geschilbeslechtsingsregeling geen sprake is, zegt dus in het geheel niet dat de(zelfde of een andere) rechter in een andere zaak (over dezelfde of andere algemene voorwaarden) niet tot een andere beoordeling mag komen.

8. Het laatste punt dat wij bespreken betreft de vraag in hoeverre de Richtlijn oneerlijke bedingen in de weg staat aan het beding dat de gemeente de bevoegdheid verleent om bij het einde van een tijdvak eenzijdig nieuwe AB vast te stellen. Het hof had dit beding eigener beweging getoetst aan – en vernietigd wegens strijd met – onderdeel j van de indicatieve lijst bij de Richtlijn. De gemeente brengt daartegen in dat de Richtlijn geen directe werking heeft in de Nederlandse rechtsorde en dat het hof daaraan om die reden niet rechtstreeks had mogen toetsen. Op zichzelf is dat juist. Vgl. C.M.D.S. Pavillon, *TBR* 2016/86. De Hoge Raad treedt de handelwijze van het hof echter welwillend tegemoet en oordeelt dat het kennelijk beoogd heeft een richtlijnconforme uitleg te geven aan art. 6:233 sub a BW. Ook dat had het

hof in dit geval echter niet mogen doen, omdat de Richtlijn uitsluitend betrekking heeft op erfpachtrechten die zijn gevestigd na 31 december 1994. De erfpachten waarvan AB 1915, AB 1934 en AB 1937 deel uitmaken zijn gevestigd vóór die datum. Alleen bij erfpachtrechten van na de genoemde datum, kan de rechter in het kader van de richtlijnconforme interpretatie verplicht zijn de norm van art. 6:233 sub a BW buiten de grenzen van de rechtsstrijd ambtshalve toe te passen in een *business-2-consumer*-verhouding. Deze vergaande ambtshalve toetsingsplicht beperkt zich dan echter tot bedingen die onder het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen (r.o. 5.1.4). Wij tekenen hierbij wel aan dat van een ambtshalve toetsing zoals bedoeld in de Europese rechtspraak, bij het hof niet echt sprake is geweest. SEBA c.s. hebben namelijk een beroep gedaan op de onredelijke bezwarendheid van het beding op grond van de grijze lijst, in samenhang met onderdeel j van de Richtlijn (r.o. 2.6.2, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903). Moeten we inderdaad, met de Hoge Raad, aannemen dat het hof een richtlijnconforme interpretatie heeft gegeven aan art. 6:233 sub a BW, dan zouden wij het zo zien dat het hof de rechtsgronden - in de zin van art. 25 Rv - met art. 6:233 sub a BW heeft aangevuld.

9. De gemeente klaagt vervolgens ook nog over de keuze van het hof om zich bij de toetsing aan de open norm te beperken tot een individueel onderdeel van de indicatieve lijst (i.c. onderdeel j). Uit het voorkomen van een beding op deze lijst kan volgens de gemeente niet de conclusie worden verbonden dat het beding oneerlijk of onredelijk bezwarend is. Hoewel de Richtlijn als gezegd niet van toepassing is op de erfpachtrechten onder de AB 1915, AB 1934 en AB 1937 (en het cassatieberoep van de gemeente dus toch wel slaagt) is het voor de praktijk nuttig dat de Hoge Raad ook op deze kwestie uitvoerig in gaat. Er zijn in Amsterdam immers ook diverse erfpachtrechten gevestigd ná de genoemde peildatum, onder de AB 1994 en onder de AB 2000 die een gelijkkluidende herzieningsbepaling kennen.

10. De Hoge Raad benadrukt, in lijn met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EG 7 mei 2002, NJ 2003, 74) dat het prijken op de Europese lijst een beding nog niet automatisch onredelijk bezwarend maakt. Een beding dat alleen op die lijst voorkomt dient aan de open norm uit art. 6:233 sub a BW te worden getoetst, waarbij alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. Het is overigens opmerkelijk dat de Raad niet naar dit artikel verwijst maar naar de open norm uit art. 3 lid 1 Richtlijn: de aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het (contracts)evenwicht (r.o. 5.1.6). Deze overweging had nauwkeuriger kunnen worden geformuleerd om de directe toepassing van de richtlijn te voorkomen. Correct is om het onredelijk bezwarend-criterium uit art. 6:233 onder a BW in conformiteit met art. 3 lid 1 Richtlijn uit te leggen.

11. De Hoge Raad vervolgt met een opsomming van de voor deze toetsing relevante omstandigheden. Bij de concrete toetsing van het herzieningsbeding uit de AB, had moeten worden meegewogen *'dat de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het beleid van de Gemeente dat zij voert als overheid met betrekking tot de grond binnen haar gren-*

zen, dat het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid is om de voorwaarden na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten, dat de voorwaarden worden getoetst en vastgesteld door de raad van de Gemeente (dat een democratisch gekozen, vertegenwoordigend orgaan is), dat de vaststelling en toepassing van die voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dat bij de toets aan deze beginselen mede van belang is of kan zijn met welk doel de Gemeente de grond (niet in eigendom, maar) in erfpacht heeft uitgegeven en uitgegeven houdt'. Het hof heeft deze gestelde en gebleken omstandigheden ten onrechte niet bij de toetsing van het herzieningsbeding betrokken. Opmerking verdient dat, omdat het om een collectieve toets gaat, individuele omstandigheden rond de erfpachters hierin geen rol spelen.

12. Dat ook het voorkomen van een beding op de Europese lijst, i.c. onderdeel j, bij deze toetsing behoort mee te wegen, wordt echter niet expliciet benoemd. Aanmerkelijk is dat dit wel het geval is, nu uit de rechtspraak van het HvJ volgt dat de lijst *"een wezenlijk aspect (vormt) waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren"* (HvJ 26 april 2012, NJ 2012, 404). In dat kader mag evenwel niet voorbij worden gegaan aan de gezichtspunten uit onderdeel 2b van de bijlage bij de Richtlijn (dezelfde bijlage als die waarin de indicatieve lijst is opgenomen), zoals deze zijn uitgelegd en aangevuld door het HvJ EU in recente rechtspraak. Dat de Hoge Raad r.o. 5.1.6 laat aanvangen met een rechtstreekse verwijzing naar de richtlijn, en in het bijzonder het in art. 3 lid 1 besloten verstoringscriterium, maakt het des te opvallender dat hij deze gezichtspunten verder niet aanhaalt; hij verbindt aan de door hem opgesomde omstandigheden de conclusie dat het beding niet "zonder meer" onredelijk bezwarend is. Het aldus door de cassatierechter geschetste beeld komt als eenzijdig over daar mogelijke omstandigheden ten behoeve van de onredelijkheid van het beding niet worden genoemd. De hoogste rechter lijkt te hinten op een bepaalde toetsingsuitkomst terwijl hij deze naar wij menen beter volledig aan de feitenrechter kan overlaten na hem ook de relevante uit de richtlijn afgeleide gezichtspunten aan te reiken. Deze gezichtspunten bieden wat betreft de herzieningsbepaling uit de AB 2000 het volgende beeld.

13. Allereerst rijst de vraag of de informatie met betrekking tot de reden voor en de wijze van een voorwaardenwijziging vóór het sluiten van de overeenkomst tot vestiging van de erfpacht, aan de erfpachter is verstrekt en in de overeenkomst is opgenomen (HvJ 26 april 2012, NJ 2012, 404 en HvJ 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180). Dat is niet het geval: de reden voor, omvang en wijze van herziening van de AB worden niet nader toegelicht. De nieuwe AB worden hem wel al drie jaar vóór het einde van het tijdvak toegezonden (art. 11 lid 1 AB 2000) maar daarmee is de beperkte informatievoorziening niet 'goedgemaakt' (vgl. HvJ 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 55). Uit Kásler (HvJ 30 april 2014, NJ 2014/355) volgt bovendien dat de consument de economische gevolgen van het beding moet kunnen inschatten en dat het herzieningsbeding

transparant moet zijn. Bij rechten die gevestigd zijn onder de AB 2000 moet de erfpachter terugvallen op voornoemd art. 11 van de desbetreffende AB (waaruit blijkt dat de economische impact van de veranderende AB in ieder geval in zoverre beperkt blijft, dat bij de bepaling van de hoogte van de tegelijk wijzigende canon, van de nieuwe AB wordt uitgegaan). Of deze regeling voldoende transparant is, is twijfelachtig. Zij stoelt immers op veel onzekere factoren (vooral de beleidsoverwegingen van de Gemeenteraad). Hier kunnen echter de door de Hoge Raad aangehaalde omstandigheden tegen worden afgewogen (hiervoor nr. 11).

14. Ten tweede is volgens de lijst bij de richtlijn van belang of de particuliere erfpachter het recht heeft om in geval van een uitoefening van de herzieningsbevoegdheid de erfpacht te beëindigen, waarbij hij ook een *reële* mogelijkheid tot beëindiging van de erfpacht moet hebben (HvJ 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 en HvJ 23 oktober 2014, ECLI:EU:C:2014:2317). Onder de in Amsterdam gehanteerde voorwaarden, kan de erfpachter tot één jaar voor het einde van het tijdvak kiezen voor beëindiging van zijn recht; dat is tot in principe twee jaar nadat de gemeente hem de nieuwe AB heeft bericht (zie art. 25-26 AB 2000). Als hij opzegt, is het uitgangspunt dat hij de opstalwaarde vergoed krijgt. De gemeente kan echter ook verlangen dat hij de opstal weghaalt en de boel in de oorspronkelijke staat terugbrengt. Nog los van het feit dat de opzegging van een erfpacht verstrekende gevolgen heeft (men verhuist niet zomaar), staat met name deze voorwaarde op gespannen

voet met genoemd gezichtspunt dat een opzeggingsrecht ook daadwerkelijk uitgeoefend kan worden. Daar tegenover kan wellicht gewicht in de schaal leggen dat de gemeente, in plaats van voor een stelsel met regels voor de wijziging bij het einde van een tijdvak, ook voor de instandhouding van het (oude) systeem van tijdelijke erfpacht had kunnen kiezen. Waar voor de gerechtigde tot een voortdurend erfpachtrecht in ieder geval enigszins duidelijk is waar hij bij het einde van een termijn aan toe is, moet de gerechtigde tot een tijdelijk recht (dat er materieel voor het overige precies hetzelfde uit kan zien als een voortdurend recht) maar afwachten. Laat de grondeigenaar iets blijken over zijn bereidheid tot heruitgifte en, zo ja, wanneer? Stelt hij dan alleen de AB ter discussie of moeten ook de bijzondere voorwaarden eraan geloven? In hoeverre is gewaarborgd dat de hoogte van de canon op een zakelijk niveau blijft? Aldus beschouwd is de strekking van het eenzijdige wijzigingsbeding vooral dat het de erfpachter enige zekerheid geeft van waar hij aan het einde van een periode aan toe is (zekerheid die bij tijdelijke erfpachten volledig ontbreekt). Op zichzelf is dat voor hem juist gunstig, al kan men discussiëren over of niet nog méér zekerheid gewenst is. Overigens moet men zich ook bedenken dat na de instandhouding van het eenzijdige wijzigingsbeding, de erfpachter nog steeds de onredelijke bezwarendheid ter discussie kan stellen van het beding dat de gemeente de mogelijkheid geeft om, in plaats van een vergoeding te betalen aan de opzeggende erfpachter, van hem te verlangen dat hij de opstallen sloopt.

C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck

TBR 2016/194

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 18 mei 2016, No. 72.016, (Beroepsaansprakelijkheid adviseur (architect))

(Mr. E.J. van Sandick, ir. D.A. van Valkenburg en ing. J. Visser)

SR 1997: art. 13, art. 52; Richtlijn 83/13/EEG; Grondwet: art. 17; EVRM: art. 6

Lekkage. Aansprakelijkheid adviseur (architect). Arbitraal beding. Hoofdelijkheid. Kritisch ontwerp

Met gastnoot F.R.A. Schaaf, Red.¹

De gronden van de beslissing De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

6. In eerste aanleg is geschilnummer 1200-0641 samengevoegd behandeld met geschilnummer 34.609 onder toepasselijkheid van het arbitragereglement van de Raad van 27 mei 2006. Daarvan is partijen bij brief van 19 september 2013 mededeling gedaan. Op grond van artikel 22 van dat reglement heeft ieder der partijen het recht om in hoger beroep te komen.

7. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

8. Uit de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de toepasselijke algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval is appellarbiters niet gebleken dat het in dit geschil aan de orde zijnde arbitragebeding als oneerlijk is aan te merken.

9. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

10. Opdrachtgeefster stelt schade te hebben geleden ten gevolge van lekkages in haar woning. Zij hield in eerste aanleg de architect daarvoor voor 20% aansprakelijk en concludeerde:

¹ Frank Schaaf is advocaat bij Ekelmans en Meijer te Den Haag.