

# ECLI:NL:PHR:2016:3

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	22-01-2016
Datum publicatie	22-01-2016
Zaaknummer	15/00044 en 15/00063
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2016:769, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	<p>Gemeentelijke erfpacht Amsterdam. Goederenrecht. Europees consumentenrecht. Vermelding canon in akte van erfpacht; art. 5:85 lid 2 BW, art. 767 (oud) BW. Beding in Algemene Bepalingen (AB) over periodieke herziening canon door deskundigen; voldoende bepaalbaar (art. 6:227 BW)? Formele rechtszekerheidsbeginsel, art. 3:14 BW. Geschilbeslechting als bedoeld in art. 6:136 onder n BW (zwarte lijst)? Vaststellingsovereenkomst, art. 7:900 BW. Exclusieve bevoegdheid gerechtshof Den Haag voor vordering van belangenorganisatie (art. 3:305a BW) tot vernietiging beding in AB? Art. 6:240-241 BW. Richtlijn 93/13/EEG (oneerlijke bedingen); temporele reikwijdte. Ambtshalve toetsing en richtlijnconforme uitleg; HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets). Beding op indicatieve lijst bij deze Richtlijn, onredelijk bezwarend (art. 6:233 BW)? Hoor en wederhoor.</p>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

## Conclusie

Rolnrs. 15/00044 en 15/00063 Mr M.H. Wissink

Zitting: 22 januari 2016

conclusie in de zaak van

### **1 Stichting Erfpachters Belang Amsterdam,**

2. **[A]** en **[B]**,

3. **[D]** en **[E]**,

4. **[C]**,

5. **[F]**,

eisers tot cassatie in zaak nr. 15/00044,

verweerders in zaak nr. 15/00063,

(hierna samen: Seba c.s.)

tegen

## **De Gemeente Amsterdam,**

eiseres tot cassatie in zaaknr. 15/00063,

verweerster in zaak nr. 15/00044,

(hierna: de Gemeente)

### Inhoudsopgave

1. Inleiding
2. Feiten
3. Procesverloop
  - a. De procedure bij de Rechtbank
  - b. De procedure bij het Gerechtshof
  - c. De procedure bij de Hoge Raad
4. De cassatieberoepen
5. Regeling van de canonherziening in de Algemene Bepalingen; bepaaldheid
  - a. Juridisch kader
  - b. Bespreking van Seba c.s. middelen 1 en 2
6. Zijn de Algemene Bepalingen onredelijk bezwarend?
  - a. Art. 6:236 sub n BW (Seba c.s. middel 3)
  - b. De verhouding tussen de Gemeente en [C] (Seba c.s. middel 3 en Gemeente onderdeel C)
  - c. Toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Gemeente onderdeel A)
  - d. Meer ambtshalve toetsing? (Seba c.s. middel 4)
7. Maatstaven voor de bepaling van de herziene canon? (Seba c.s. middel 5)
8. Heeft de Gemeente onrechtmatig gehandeld? (Seba c.s. middel 6)
9. Verwijzing naar het gerechtshof Den Haag
  - a. Geen gebondenheid Gemeente jegens Seba in verwijzing (Gemeente onderdeel D)
  - b. Vorderingen in de zin van art. 6:240 BW? (Seba c.s. middel 8)
  - c. Seba c.s. middel 7
10. Ambtshalve toetsing en verjaring (Gemeente onderdeel B)
11. Slotsom

## **1 Inleiding**

1.1 Deze zaak gaat over het Amsterdamse erfpachtstelsel. Veel inwoners van Amsterdam hebben een woning in erfpacht van de Gemeente. Tussen de Gemeente en een erfpachter gelden erfpachtvoorwaarden. In deze zaak gaat het met name om de voorwaarden die zijn opgenomen in de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht (hierna: de 'AB') in de versies van 1915, 1934 en 1937.

Seba is een stichting die opkomt voor de belangen van erfpachters. Seba en een aantal individuele erfpachters hebben een procedure gevoerd tegen de Gemeente over de erfpachtvoorwaarden. De zaak ziet in de kern op de volgende kwesties.

- 1.2 Volgens de AB van 1915, 1934 en 1937 moet de canon (het bedrag dat de erfpachter jaarlijks aan de Gemeente betaalt) na 75 jaar door deskundigen worden herzien. Voor erfpachters kan de canonherziening leiden tot een aanzienlijke verhoging van het door hen te betalen bedrag. Volgens Seba en de erfpachters is de bepaling in de AB over de herziening van de canon ongeldig. Zij vragen de rechter om aan te geven hoe de nieuwe canon vastgesteld moet worden. Het gerechtshof Amsterdam heeft deze bezwaren afgewezen.<sup>1</sup> Het hof is het ook niet eens met het verwijt dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door onvoldoende voorlichting te geven over de canonherziening. Het hof heeft verder een aantal vorderingen van Seba niet zelf behandeld, maar deze verwezen naar een speciale procedure bij het gerechtshof Den Haag. In cassatie klagen Seba c.s. over deze oordelen van het hof.
- 1.3 In de AB van 1915, 1934 en 1937 staat dat de Gemeente de erfpachtvoorwaarden eenzijdig mag wijzigen. Voor de Gemeente is de wijzigingsbevoegdheid van belang omdat zij het erfpachtstelsel na verloop van tijd wil kunnen aanpassen.<sup>2</sup> Het hof heeft de bepalingen in de AB van 1915, 1934 en 1937 over de wijzigingsbevoegdheid ambtshalve vernietigd wegens strijd met de Richtlijn oneerlijke bedingen.<sup>3</sup> Over dat oordeel klaagt de Gemeente in cassatie.
- 1.4 Deze procedure gaat niet over de huidige voorstellen tot aanpassing van het Amsterdamse erfpachtstelsel, waarover veel discussie is. <sup>4</sup> De uitspraak van de Hoge Raad zou wel van belang kunnen zijn voor andere erfpachtvoorwaarden, van de Gemeente of anderen,<sup>5</sup> die min of meer vergelijkbare bepalingen kennen.

## 2. Feiten <sup>6</sup>

- 2.1 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. Zij gebruikte daarbij algemene voorwaarden, welke (enigermate) verschillen. In deze procedure zijn van belang de door de Gemeente in 1915, 1934, 1937, 1966, 1994 en 2000 gebruikte Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht (hierna: AB15, AB34, AB37, AB66, AB94 en AB2000; de AB2000 worden in de stukken ook wel aangeduid als AB00).
- 2.2 Seba is een stichting als bedoeld in art. 3:305a BW. Zij heeft tot doel de behartiging van de belangen van erfpachters van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven terreinen.
- 2.3 [A] en [B] (hierna gezamenlijk: [A] ), [D] en [E] (hierna gezamenlijk: [E] ),<sup>7</sup> [C] en [F] zijn allen erfpachter van de Gemeente. In hun aktes van uitgifte erfpacht is opgenomen dat respectievelijk AB15 ( [F] ),<sup>8</sup> AB34 ( [A]<sup>9</sup> en [C]<sup>10</sup>) en AB37 ( [E] )<sup>11</sup> van toepassing zijn.
- 2.4 De art. 5 en 6 AB15 (nagenoeg gelijklopend aan art. 6 AB34 en AB37) en art. 25 AB15 (nagenoeg gelijklopend aan art. 26 AB34 en art. 27 AB37) luiden als volgt, voor zover in cassatie relevant:<sup>12</sup>

“Art. 5 Wijziging der algemeene bepalingen en haar inwerkingtreding

1. De algemeene bepalingen, waaronder is uitgegeven kunnen ten allen tijde door den Gemeenteraad worden herzien.

2. Wijzigingen, overeenkomstig het bepaalde in het voorgaande lid tot stand gekomen, treden bouwbloksgewijze in werking en wel voor de eerste maal op het tijdstip, waarop een termijn van 75 jaar is verlopen, sinds het eerste terrein in dat bouwblok in voortdurende erfpacht werd uitgegeven en vervolgens telkenmale na een termijn van 50 jaar.

3. Ten minste vier jaar voor afloop van een termijn, als in het voorgaande lid bedoeld, wordt den erfpachter en den hypotheekhouders op het erfpachtsrecht en de opstallen (...) kennis gegeven van de wijzigingen in de bepalingen, welke gedurende den volgenden termijn voor zijn recht van kracht zullen worden (...)

Art. 6 Wijziging der pachtsommen en haar inwerkingtreding

1. De jaarlijksche pachtsommen, waarvoor de terreinen in een bouwblok gelegen zijn uitgegeven, worden herzien telkenmale in het jaar, voorafgaande aan het laatste jaar van de termijnen in het 2e lid van art. 5 bedoeld.
2. De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen, welke daarbij rekening zullen houden met de wijziging der bepalingen, opgenomen in de kennisgeving, bedoeld in het 3e lid van art. 5; door de deskundigen zal van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal aan het Gemeentebestuur worden ingezonden.
3. De nieuwe pachtsommen worden vastgesteld op het cijfer, door de deskundigen als resultaat der herziening te bepalen. (...)
5. De nieuwe pachtsommen treden in werking telkenmale bij den aanvang van de termijnen, bedoeld in het 2e lid van art. 5. (...)

#### Art. 25 Deskundigen

1. Zoo dikwijls in de bepalingen, waaronder een goed in erfpacht is uitgegeven, sprake is van deskundigen wordt daaronder verstaan een aantal van drie.
2. De aanwijzing van deskundigen geschiedt op aanzegging van Burgemeester en Wethouders, zoo mogelijk in eenstemmigheid tusschen Burgemeester en Wethouders eenerzijds en den erfpachter, ten behoeve van wiens goed de aanwijzing plaatsvindt, anderzijds.
3. Indien, terzake van de aanwijzing van deskundigen, partijen niet tot overeenstemming kunnen geraken binnen één maand na dagteekening van de aanzegging, bedoeld in het vorige lid, zal binnen 6 weken na genoemde dagteekening één deskundige moeten zijn aangewezen door ieder der partijen.
4. De beide aldus aangewezenen zullen binnen drie maanden na dagteekening van de aanzegging, in het 2de lid van dit artikel genoemd, een derden deskundige hebben aan te wijzen. (...)
6. Indien binnen den termijn, gesteld in het 3de lid van dit artikel, door den erfpachter de aanwijzing van den deskundige niet schriftelijk ter kennis van de Gemeente is gebracht, geschiedt diens aanwijzing, alsmede die van den derden deskundige, zoo spoedig mogelijk door den Gemeenteraad. (...)
8. Het advies der deskundigen moet ter kennis van partijen worden gebracht binnen twee maanden na de aanwijzing van den derden deskundige.
9. Zoo dikwijls aan het bepaalde in het vorige lid niet is voldaan, worden zoo spoedig mogelijk na afloop van den aldaar gestelden termijn door den Raad een drietal nieuwe deskundigen benoemd. (...)

2.5 Art. 25 AB34 en art. 26 AB37 luiden als volgt, voor zover in cassatie relevant:<sup>13</sup>

“Slechts bij onderlinge overeenstemming tusschen Gemeente en erfpachter, alsmede den eerst ingeschreven hypotheekhouder, waarvan schriftelijk moet blijken, zal:

- a een wijziging in de algemeene bepalingen in werking kunnen treden zonder inachtneming van den termijn, bedoeld in het 2de lid van art. 6;
- b een herziening der erfpachtsom kunnen geschieden zonder tusschenkomst van deskundigen en in werking treden zonder inachtneming van den termijn, bedoeld in het 9de lid van art. 6;
- c een taxatie van de waarde van den opstal, als nader omschreven in art. 20, kunnen geschieden zonder tusschenkomst van deskundigen;
- d een wijziging kunnen worden gebracht in de algemeene en bijzondere bepalingen, welke bij de uitgifte onderscheidenlijk toepasselijk zijn verklaard en gesteld. ”

2.6.1 Ter uitvoering van art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en AB37 hebben (steeds) drie deskundigen in de periode 2006-2009 bij wijze van bindend advies de erfpachtcanon voor de terreinen waarop de woningen van [A] , [C] , [E] en [F] zijn gelegen opnieuw vastgesteld.

2.6.2 In de taxatierapporten met betrekking tot de percelen van [A] en [C] van 23 december 2008 is het volgende opgenomen, voor zover hier relevant:<sup>14</sup>

“(…) De waarde van het erfpachtperceel:

(…) De vaststelling van de pachtsom wordt gebaseerd op de waarde van het erfpachtperceel in de periode als voornoemd, welke waarde wordt bepaald uit vergelijking met transacties van percelen op erfpachtgrond, de kwalitatieve beoordeling van het bouwblok en de al of niet gewijzigde omstandigheden in bestemming en gebruik van het onderhavige perceel t.o.v. de situatie bij eerste uitgifte of tussentijdse herziening van het recht. (…)

Deskundigen constateren in verband met de waardebepaling dat:

- het perceel op redelijke tot goede stand is gelegen;
- het perceel bebouwd is met de huidige opstallen ten behoeve van de hiervoor aangegeven geoorloofde bestemming;
- in verband met de huidige bebouwing sprake is van gebonden omstandigheden;
- het perceel in verband met de huidige bebouwing niet gebruikt kan worden voor een “alternatieve aanwending”;
- de opstal niet afwijkt van het oorspronkelijke bouwplan ten tijde van de uitgifte;
- de gemiddelde kwaliteit van het bouwblok redelijk tot goed is;
- rekening is gehouden met een genormeerde opstal en bijbehorend genormeed onderhoud;
- rekening is gehouden met een genormeerde verkoopwaarde;
- het perceel gebruikt wordt overeenkomstig de opgave van het stadsdeel;
- het perceel beoordeeld dient te worden als duurzame belegging in combinatie met eigen gebruik;
- het perceel gebruikt wordt overeenkomstig de opgave van het stadsdeel en zij beoordelen het perceel als een object voor duurzame belegging (….) voor eigen gebruik;
- er goede en voldoende referenties waren voor vergelijking van het onderhavige erfpachtperceel met recente transacties van soortgelijke percelen op erfpachtgrond;
- in verband met de diversiteit aan kavelgrootte binnen het bouwblok een verrekening plaatsvindt ten opzichte van een gemiddeld bebouwd en onbebouwd gedeelte van het perceel als hiervan sprake is;
- daarbij tevens de kennis en ervaring van de deskundigen mede bepalend zijn geweest.

Voorts bepalen ondergetekenden dat voor dit type objecten de waarde van de grond van het erfpachtperceel als deel van de gehele onroerende zaak wordt vastgesteld op (…)

De pachtsom/erfpachtcanon

Voor het bepalen van de canon bij aanvang van het nieuwe tijdvak nemen deskundigen in aanmerking:

- dat behoudens de herziene pachtsom tevens conversie van de erfpachtvoorwaarden plaatsvindt naar de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000, hiervan in het bijzonder dat de canon geïndexeerd wordt en de erfpachter een keuzemogelijkheid geboden wordt voor betaling van de canon;
- dat zij voor wat betreft de canonpercentages zich conformeren aan de berekende percentages door de stichting SB V Amsterdam School of Real Estate, in samenwerking met de Makelaarsvereniging Amsterdam, geldende voor het kwartaal waarin de opnamedatum valt. (…)

2.6.3 In het taxatierapport van het erfpachtrecht van [E] van 9 oktober 2009 is een keuzemogelijkheid opgenomen voor de AB37 dan wel de AB2000. Verder is in dit rapport, behoudens hetgeen hiervoor en onder 2.6.2 is vermeld, het volgende bepaald, voor zover relevant:<sup>15</sup>

“(…) Dat wegens gebonden omstandigheden t.w. een bebouwd perceel en als gevolg van het in gebruik zijn van de opstal, een depreciatie wordt toegepast van 40%.

(…)

- verrekening van kavelgrootte op basis van tuingrond geschiedt als volgt:

Van 0 t/m 5 m<sup>2</sup> geen verrekening

Van 6 t/m 15 m<sup>2</sup> meer of minder € 2.000, –

Van 16 t/m 25 m<sup>2</sup> meer of minder € 3.000,–

Van 26 t/m 35 m<sup>2</sup> meer of minder € 3.500,–

Van 36 t/m 45 m<sup>2</sup> meer of minder € 3.750,–

- in verband met de diversiteit aan kavelgrootte binnen het bouwblok een verrekening plaatsvindt ten opzichte van een gemiddeld bebouwd en onbebouwd gedeelte van het perceel als hiervan sprake is;

- daarbij tevens de intuïtieve inzichten van de deskundigen mede bepalend zijn geweest.

Voorts bepalen ondergetekenden dat voor dit type percelen de waarde van de grond van het erfpachtperceel als deel van de gehele onroerende zaak varieert van 20% tot 25% en dat het in het onderhavige geval naar hun intuïtief inzicht een juiste aanname is dat uit wordt gegaan van ca. 23% (…)

2.6.4 Het taxatierapport ter zake van het erfpachtrecht van [F] van 7 augustus 2006 vermeldt, behalve hetgeen hiervoor onder 2.6.2 is opgenomen, verder het volgende, voor zover relevant:<sup>16</sup>

“(…) - dat in vergelijking met recente transacties van soortgelijke percelen op erfpachtgrond de waarde van het erfpachtrecht met de daarop aanwezige opstallen in het kader van de bouwbloksgewijze canonherziening door deskundigen wordt vastgesteld op een genormeerde verkoopwaarde leeg en vrij van huur € 1.025.000,00;

- dat wegens gebonden omstandigheden, t.w. een bebouwd perceel en de gebruiksdoeleinden van de opstal en het erfpachtperceel, de waardering in bewoonde staat c.q. beklifde staat door deskundigen is vast gesteld op € 615.000,00; (…)

2.6.5 Voor eisers sub 2 tot en met 5 zijn de verschillende bedragen in de bindend adviezen van de deskundigen als volgt vastgesteld:

	waarde erfpachtrecht met opstal	percentage	jaarlijkse canon bij jaarlijkse indexering
[A]	€ 54.500	4,26%	€ 2.321,70
[C]	€ 37.100	4,26%	€ 1.580,46
[E]	€ 129.000	3,54%	€ 4.556,60 (cf AB 1937)
	of ter keuze	3,20%	€ 4.128,- (cf AB 2000)
[F]	€ 138.500	3,18%	€ 4.404,30

2.7 [A] , [C] , [E] en [F] hebben geweigerd een gewijzigde erfpachtakte met een aangepaste canon en nieuwe Algemene Bepalingen te ondertekenen.

### 3 Procesverloop

*a. De procedure bij de Rechtbank*

3.1 Seba c.s. hebben de Gemeente gedagvaard voor de rechtbank te Amsterdam. In het eindvonnis van 5 juni 2013 zijn de vorderingen van thans eisers tot cassatie sub 2-5 (rov. 3.1.1), Seba (rov. 3.1.2) en Seba c.s. (rov. 3.1.3) weergegeven. Deze vorderingen stellen aan de orde:

- Moet de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte staan?
- Is de canonherzieningsbepaling in de AB voldoende bepaald?
- Welke maatstaven gelden voor de bepaling van de herziene canon?
- Zijn de vier uitgebrachte taxatierapporten geldig?
- Is de wijzigingsbevoegdheid in de AB-en geldig?
- Heeft de Gemeente onrechtmatig gehandeld jegens erfpachters?
- Profiteren ook erfpachters die de herzieningsakte al hebben getekend van een uitspraak ten gunste van Seba c.s.?

De Gemeente heeft gemotiveerd verweer gevoerd.

3.2 Bij eindvonnis van 5 juni 2013 heeft de rechtbank de vier taxatierapporten met de bindende adviezen over de herziene canon vernietigd en de vorderingen van Seba c.s. voor het overige afgewezen. Daartoe overwoog zij als volgt.

*- Moet de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte staan?*

3.3 In de eerste plaats onderzoekt de rechtbank of goederenrechtelijk vereist is dat de herziening van de canon in de akte van vestiging van het erfpachtrecht is geregeld in plaats van in de AB-en. De rechtbank verwerpt dat:

“4.2. Met de Gemeente oordeelt de rechtbank als volgt. Het beroep van Seba c.s. op artikel 5:85 lid 2 BW faalt primair omdat dit artikel ten tijde van de vestiging van de onderhavige erfpachtrechten niet bestond (en ook geen vergelijkbare bepaling) en dus niet van toepassing is. Op grond van artikel 69 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: Ow) worden de vóór inwerkingtreding van het nieuwe BW verkregen rechten geëerbiedigd. Van nietigheid was onder het oude recht geen sprake en ook bestond er onder het oude recht (artikel 3:671 sub a BW) geen verplichting om de canon op te nemen in de vestigingsakte, zoals thans is bepaald in artikel 5:85 lid 2 BW, laat staan een bepaling ter zake van de canonherziening (thans artikel 6 van de AB-en). De canon werd weliswaar onder het oude recht in de vestigingsakte opgenomen, maar dat was omdat de canon onder het oude recht een essentiële van het erfpachtrecht was. Dit maakt het voorgaande echter niet anders. Onder het oude recht bestond in ieder geval geen verplichting om de bepaling inzake de canonherziening in de akte van vestiging op te nemen.

Indien artikel 5:85 lid 2 BW veronderstellenderwijs wel van toepassing zou zijn, volgt daaruit bovendien slechts dat in de akte van vestiging aan de erfpachter de verplichting kan worden opgelegd een canon te betalen. Dit betekent dus dat de canon in de akte van vestiging dient te worden opgenomen. In de onderhavige akten van vestiging is dat gedaan. Over een eventuele verplichting om een canonherziening daarin op te nemen is in artikel 5:85 lid 2 BW niets bepaald. De betekenis van dit artikel is volgens de Gemeente om aan die verplichting tot betaling van canon zakelijke werking te geven, zodat ook de opvolgende erfpachter tot die prestatie verplicht is, welk betoog de rechtbank volgt. Nu de canonherziening is geregeld in artikel 6 van de AB-en, maakt die onderdeel uit van de erfpachtrechten in kwestie.

Ook volgt de rechtbank het betoog van de Gemeente dat bekendheid van de huidige erfpachters met de toepasselijkheid van de AB-en (en de data van herziening van de canon) mag worden aangenomen, hoewel die bekendheid geen vereiste is, omdat dit in de akten van uitgifte van hun

rechtsvoorgangers is vermeld. Als die bekendheid bij de erfpachters niet zou bestaan, kan dit van invloed zijn op de rechtsverhouding tussen de erfpachters en hun rechtsvoorgangers. Dit raakt echter niet aan de bevoegdheid van de Gemeente om de erfpachtcanon te herzien.

De conclusie is dan ook dat noch onder het oude recht noch onder het nieuwe recht de verplichting bestaat om de bepaling omtrent de canonherziening in de akte van vestiging van de onderhavige erfpachtrechten op te nemen. Dit betekent dat de Gemeente bevoegd was om op grond van artikel 6 van de AB-en tot canonherziening over te gaan.

Op grond van het voorgaande zullen de vorderingen, zoals hiervoor weergegeven onder 3.1.1.1. primair en subsidiair en 3.1.3.I.a., worden afgewezen."

Dit betreft de vorderingen van eisers sub 2-5 (3.1.1 I. primair) te verklaren voor recht dat de Gemeente geen recht tot herziening van de canon toekomt en (subsidiair) vernietiging van art. 6 van de AB-en, voor zover die artikelen zien op herziening van de canon. En het betreft de vordering van Seba c.s. (3.1.3 I.a.) te verklaren voor recht dat art. 6 van de AB-en, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon, nietig of vernietigbaar is, althans zakenrechtelijke werking mist.

*- Is de canonherzieningsbepaling in de AB voldoende bepaald?*

3.4 In de tweede plaats onderzoekt de rechtbank de stelling dat de herzieningsregeling van art. 6 AB onvoldoende bepaald of bepaalbaar is en in strijd is met het beginsel van formele rechtszekerheid. De rechtbank verwerpt ook deze stelling:

"4.5 De rechtbank volgt dit betoog van de Gemeente. Artikel 3:84 lid 2 en artikel 3:98 BW bepalen dat bij de titel het goed dat wordt overgedragen dan wel waarop het beperkte recht wordt gevestigd, voldoende bepaald is omschreven. De titel als in dit artikellid bedoeld betreft naar het oordeel van de rechtbank de rechtsverhouding die aan de overdracht dan wel de vestiging van een beperkt recht ten grondslag ligt, in het onderhavige geval de erfpachtovereenkomst tussen de Gemeente en de eerste erfpachter. Het goed is het erfpachtrecht en de canon is de tegenprestatie. Artikel 6 van de AB-en levert derhalve geen strijd op met artikel 3:84 lid 2 BW. Nu in de verschillende akten van vestiging de respectieve percelen met voldoende bepaaldheid zijn omschreven, is voldaan aan het vereiste van voornoemd artikel(lid). Anders dan eisers sub 2 tot en met 5 stellen, maakt de omstandigheid dat de canon na het eerste tijdvak ten tijde van de vestiging nog niet bepaald was, het voorgaande niet anders. Uit de genoemde artikelen kan niet de verplichting worden afgeleid dat op straffe van nietigheid in de erfpachtovereenkomst ook de hoogte van de canon na het eerste tijdvak al precies is bepaald. Bovendien leidt onvoldoende bepaaldheid tot nietigheid van de uitgifte in erfpacht. Hierop wordt echter geen beroep gedaan en dit rechtsgevolg wordt kennelijk ook niet beoogd.

Verder is geen sprake van strijd met het beginsel van de formele rechtszekerheid. Dit beginsel houdt kort gezegd in dat een door een bestuursorgaan genomen besluit duidelijk moet zijn, dan wel dat de burgers voor wie het besluit is bedoeld moeten weten waar ze aan toe zijn. Nu in artikel 6 van voornoemde AB-en is vermeld dat de canon na ommekomst van een bepaald tijdvak - door deskundigen - zal worden herzien, is voldaan aan het beginsel van formele rechtszekerheid. De omstandigheid dat de hoogte van de canon onbekend is, maakt naar het oordeel van de rechtbank nog niet dat sprake is van strijd met het beginsel van formele rechtszekerheid dan wel de openbare orde (voor zover dit laatste eveneens wordt betoogd). Het voorgaande brengt mee dat de vordering, hiervoor weergegeven onder 3.1.3.I.b., zal worden afgewezen."

Dit betreft de vordering van Seba c.s. te verklaren voor recht dat art. 6 van de AB-en, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon, onvoldoende bepaalbaar is en in strijd met de formele rechtszekerheid.



- Welke maatstaven gelden voor de bepaling van de herziene canon?

3.5.1 De rechtbank onderzoekt in rov. 4.6 e.v. of de deskundigenrapporten waarin de herziene canon werd vastgesteld, vernietigd moeten worden. De rechtbank kwalificeert deze rapporten als een vaststellingsovereenkomst met het karakter van een bindend advies door derden (rov. 4.12).

3.5.2 In dit verband onderzoekt de rechtbank in de eerste plaats of er bepaalde maatstaven gelden voor de bepaling van de herziene canon. Hiervoor is bepalend wat door partijen is overeengekomen (rov. 4.13). Weliswaar is bij de eerste uitgifte de canon bepaald aan de hand van de kostprijs van de percelen (rov. 4.15), maar niet is komen vast te staan dat de eerste erfpachters dat wisten; bovendien kan daaruit niet worden afgeleid dat bij herziening na 75 jaar de kostprijs als uitgangspunt zal gelden (rov. 4.16). En weliswaar is een doelstelling van het erfpachtstelsel dat de waardevermeerdering van de grond na 75 jaar aan de gemeenschap behoort toe te komen (rov. 4.14), maar evenmin is komen vast te staan dat de eerste erfpachters dat wisten (rov. 4.17). Op basis hiervan kan de partijbedoeling dus niet worden vastgesteld.

3.5.3 De rechtbank ziet wél een aanwijzing over de bedoeling van partijen in het feit dat de AB-en deskundigen aanwijzen om de canon vast te stellen. Dat is een duidelijke aanwijzing dat bij de herziening de actuele grondwaarde als uitgangspunt zal gelden (rov. 4.18). Voor het overige zijn de deskundigen echter vrij:

“4.19 Al met al moet worden geoordeeld dat de Gemeente noch eisers kunnen voorschrijven op welke wijze, met welke uitgangspunten en met welke rekenmethoden deskundigen de nieuwe canon zouden moeten vaststellen. De deskundigen zijn daarin in beginsel vrij en zij zullen op basis van eigen deskundigheid - intuïtie, kennis en ervaring van de markt - in onderling overleg tot beslissingen moeten komen. Uit hetgeen in 4.18 is overwogen volgt dat de deskundigen binnen de kaders van de akten van uitgiften en de AB-en zijn gebleven door te besluiten bij de herziening van de canon de actuele grondwaarde tot uitgangspunt te nemen. Voor het overige is er destijds juist voor gekozen om de wijze van canonherziening buiten de invloed van partijen te houden. Eisers en de Gemeente hebben hierop in zoverre slechts invloed dat zij één van de deskundigen kunnen benoemen en desgewenst vooraf vragen kunnen stellen en opmerkingen mogen maken.”

3.5.4 De rechter kan op grond van art. 7:904 lid 1 BW de door de deskundigen gekozen uitgangspunten en berekeningsmethoden marginaal toetsen (rov. 4.20). De rechtbank kan niet treden in kwesties als de omvang van de waardevermeerdering en de hoogte van het canonpercentage, maar wel de daarbij gegeven motivering van de deskundigen toetsen. De deskundigen hebben overigens niet de onverminderde marktprijs van de grond gehanteerd, maar een depreciatie van 40% toegepast (rov. 4.21).

- Zijn de vier uitgebrachte taxatierapporten geldig?

3.6 Toetsend aan art. 7:904 BW, komt de rechtbank tot toewijzing van de vordering van eisers sub 2-5 (3.1.1. I subsidiair) tot vernietiging van de bindende adviezen met betrekking tot hun percelen. Daarbij heeft de rechtbank geoordeeld dat de deskundigen vrij zijn in de bepaling van de uitgangspunten en rekenmethoden voor de bepaling van de nieuwe canon (rov. 4.12-4.19). Volgens de rechtbank geven de vier taxatierapporten echter onvoldoende inzicht in de door de deskundigen concreet gehanteerde uitgangspunten en maatstaven en blijkt er niet uit dat partijen in de gelegenheid zijn gesteld opmerkingen te maken of vragen te stellen aan de deskundigen (rov. 4.22-4.23).

Andere gronden voor vernietiging van de onderhavige bindende adviezen – die zien op strijd (van art. 6 van de AB-en) met het gelijkheidsbeginsel en de richtlijnen van de Makelaars Vereniging Amsterdam – wijst de rechtbank af (rov. 4.24).

*- Zijn de AB-en onredelijk bezwarend?*

3.7.1 In de eerste plaats onderzoekt de rechtbank of art. 5 AB15 en art. 6 AB34/AB37 (waarin de wijzigingsbevoegdheid is vervat) onredelijk bezwarend zijn omdat de Gemeente daarin de vrije hand krijgt om naar believen de erfpachtvoorwaarden te wijzigen.

Daartoe is een beroep gedaan op art. 6:237 sub c en op art. 6:236 sub n BW. Volgens de rechtbank is art. 6:237 sub c BW niet van toepassing, omdat de wijzigingsbevoegdheid de Gemeente niet de bevoegdheid geeft een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt. Art. 6:236 sub n BW is evenmin van toepassing, omdat de canonherzieningsregeling geen geschilbeslechting betreft maar het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen. De gevorderde verklaring voor recht dat deze bepalingen onredelijk bezwarend zijn (3.1.3 II.a) wordt daarom afgewezen (rov. 4.28 en 4.29).

3.7.2 In de tweede plaats onderzoekt de rechtbank de stelling dat art. 5 lid 2 AB15 en art. 6 lid 2 AB34/AB37 niet toelaat volledig nieuwe AB c.q. een geheel nieuw systeem van AB (in de vorm van de AB2000) vast te stellen.

Volgens de rechtbank is geen sprake van een structureel gewijzigd erfpachtsysteem. De bepalingen zijn ook niet onduidelijk, zodat het beroep op art. 6:238 lid 2 BW wordt verworpen. De rechtbank concludeert daarom tot afwijzing van de vorderingen (3.1.1 II) tot vernietiging van art. 5 AB15 en art. 6 AB34/AB37 voor zover die artikelen zien op wijziging van de algemene bepalingen (3.1.3 II.b) en tot verklaring voor recht dat art. 5 AB15 en art. 6 AB34/AB37 niet toelaten dat de Gemeente geheel nieuwe algemene bepalingen van toepassing verklaart (rov. 4.32).

3.7.3 In de derde plaats verwerpt de rechtbank de stelling dat de AB, gezien art. 25 sub d AB34 en art. 26 sub d AB37, slechts in overeenstemming tussen partijen gewijzigd kunnen worden. Die bepalingen zien niet op de herziening als opgenomen in art. 6 van de AB34/37. Een daartoe strekkende verklaring voor recht (vordering 3.1.3 II.c) wordt daarom verworpen (rov. 4.34).

3.7.4 In de vierde plaats onderzoekt de rechtbank de stelling dat de wijzigingsbevoegdheid van art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en AB37 geen betrekking heeft op kernbedingen van de erfpachtovereenkomst en dat de Gemeente daarom de bevoegdheid mist de AB94 of AB2000 van toepassing te verklaren voor zover het gaat om kernbedingen. Volgens de rechtbank is deze stelling onjuist omdat art. 6:231 BW daaraan niet in de weg staat. Hierop stranden de vorderingen 3.1.3 II.d<sup>17</sup> en 3.1.3.II.e<sup>18</sup> (rov. 4.37).

*- Heeft de Gemeente onrechtmatig gehandeld?*

3.8 De rechtbank verwerpt de stelling dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld door de erfpachters en hun rechtsvoorgangers onvoldoende in te lichten over (a) de precieze betekenis van art. 6 AB-en, (b) de opdracht aan deskundigen bij de canonherziening, (c) hetgeen de erfpachters konden verwachten bij de canonherziening en (d) de te verwachten wijziging van de waarde van het erfpachtrecht door de canonherziening. Volgens de rechtbank heeft de Gemeente geen plicht om opvolgende erfpachters te informeren ten tijde van hun koop en is onvoldoende gesteld om aan te nemen dat de Gemeente de eerste erfpachters onvoldoende heeft geïnformeerd (rov. 4.45). De gevorderde verklaring voor recht (3.1.3 V) wordt afgewezen.

*- Profiteren ook erfpachters die de herzieningsakte al hebben getekend van een uitspraak ten gunste van Seba c.s.?*

3.9 De rechtbank wijst slechts de vordering tot vernietiging van de deskundigenrapporten toe. Derden kunnen daaraan geen rechten ontleen, maar wel profiteren van het praktische gevolg gelegen in de verwachting dat de rechter in soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen.

Dat geldt niet voor erfpachters die reeds in het kader van de herziening van de canon en

algemene bepalingen op grond van de AB-en een herzieningsakte hebben getekend. De strekking van art. 3:305a BW brengt mee dat deze erfpachters zich niet op de onderhavige uitspraak kunnen beroepen, omdat zij zich door ondertekening akkoord hebben verklaard met de herziene canon die door de deskundigen is vastgesteld. De rechtbank concludeert daarom tot afwijzing van de verklaring voor recht (3.1.2) dat ook deze erfpachters zich op de onderhavige uitspraak kunnen beroepen (rov. 4.48).

*b. De procedure bij het Gerechtshof*

- 3.10 Seba c.s. zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te Amsterdam. Daarbij hebben zij zich ook beroepen op schending van art. 1 Eerste Protocol EVRM. Hun gewijzigde vorderingen, zoals weergegeven in de Memorie van Grieven (MvG) p. 76 e.v., stellen dezelfde onderwerpen aan de orde als bij de rechtbank. De Gemeente heeft gemotiveerd verweer gevoerd.
- 3.11 In zijn arrest van 23 september 2014 is het gerechtshof op twee punten tot een ander oordeel gekomen dan de rechtbank. Het hof heeft het beding dat de AB-en door de Gemeenteraad kunnen worden gewijzigd, aangemerkt als een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Verder heeft het hof een aantal vorderingen van Seba aangemerkt als vorderingen in de zin van art. 6:240 BW (toetsing van algemene voorwaarden op verzoek van een belangenorganisatie) en de zaak in zoverre verwezen naar het daartoe volgens art. 6:241 BW bij uitsluiting bevoegde gerechtshof Den Haag.
- 3.12 Ik geef de overwegingen van het hof zo veel mogelijk weer aan de hand van de eerder gebruikte tussenkopjes. Het hof bespreekt de verschillende onderwerpen overigens in een wat andere volgorde dan de rechtbank. Het hof behandelt eerst de punten die raken aan de geldigheid van de erfpachtaktes en de AB-en (rov. 2.3).

*- Moet de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte staan?*

- 3.13 Volgens het hof is niet vereist dat de herziening van de canon in de akte van vestiging van het erfpacht is geregeld in plaats van in de AB-en:

"2.4 Grief 1 houdt in dat, anders dan de rechtbank heeft overwogen (rechtsoverweging 4.2), artikel 5:85 lid 2 BW - dat volgens SEBA c.s. directe werking heeft - van toepassing is, zodat zowel de verplichting voor de erfpachter om een jaarlijks canon te voldoen als de wijze waarop deze kan worden gewijzigd in de akte van vestiging moet zijn opgenomen. Nu de onderscheiden aktes van vestiging daaraan niet voldoen zijn de herzieningsbepalingen nietig, zo begrijpt het hof het standpunt van SEBA c.s., omdat deze niet in de akte maar in de diverse Algemene Bepalingen zijn opgenomen.

Niet in geschil is dat in de aktes waarbij het erfpachtrecht van [A] , [C] , [E] en [F] is gevestigd een aanvangscanon is bepaald, terwijl in artikel 5 of 6 van AB15, AB34 en AB37 is opgenomen op welke wijze deze canons kunnen worden herzien. Op een en ander was bij de vestiging artikel 767 van het toentertijd geldende Burgerlijk Wetboek (hierna: OBW) van toepassing, waaraan - onbetwist - is voldaan.

Het door SEBA c.s. aangehaalde artikel 5:85 lid 2 BW is in 1992 ingevoerd. Ingevolge artikel 68a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow) heeft dat artikel directe werking tenzij iemand daardoor een vermogensrecht verliest dat hij onder het oude recht had verkregen, aldus artikel 69a Ow. Dat geval doet zich hier voor, omdat de Gemeente op grond van de vestigingsakte niet alleen een vordering met betrekking tot de aanvankelijk overeengekomen canon heeft verkregen maar ook, na ommekomst van de termijn van 75 jaar, een vordering met betrekking tot de nieuw bepaalde canon. De eerste grief stuit daarop af. In het midden kan dan blijven of artikel 5:85 lid 2 BW wel vereist dat de wijze van wijziging van de canon in de akte van vestiging wordt opgenomen."

*- Is de canonherzieningsbepaling in de AB voldoende bepaald?*

3.14 Ook verwerpt het hof de stelling dat de herzieningsregeling van art. 6 AB onvoldoende bepaald of bepaalbaar is en in strijd is met het beginsel van formele rechtszekerheid:

"2.5 Met grief 2 beroepen SEBA c.s. zich op artikel 3:84 lid 2 BW dat inhoudt dat in de voor de overdracht van een goed vereiste titel dat goed met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven. Volgens hen voldoet artikel 5 of 6 van de betreffende Algemene Bepalingen niet aan dat vereiste, zodat de uitgifte in erfpacht in zoverre nietig is. Daarnaast betogen zij met grief 3 dat de bepaling in de Algemene Voorwaarden waarbij een nieuwe canon wordt vastgesteld door deskundigen, niet voldoet aan het vereiste van formele rechtszekerheid. Deze verplichting brengt mee, zoals ook voortvloeit uit de artikelen 3:1 lid 2 Awb en 3:14 BW, dat een overheidsbesluit duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn geformuleerd en dat betekenis er van niet afhankelijk mag zijn van de uitleg door een ander, aldus SEBA c.s.

2.5.1 Daargelaten dat een in algemene bepalingen opgenomen artikel deel uitmaakt van een overeenkomst en geen overheidsbesluit (meer) is, slaagt de derde grief niet omdat de vermelding dat de canon zal worden vastgesteld door deskundigen, voldoende duidelijk is omschreven, zoals de rechtbank in rechtsoverweging 4.5 heeft overwogen. Het hof wijst er verder op dat ten tijde van de vestiging van de door [A] , [C] , [E] en [F] verkregen erfpachtrechten de vraag of een overdracht geldig was, beheerst werd door artikel 767 laatste volzin OBW, terwijl gesteld noch gebleken is dat de onderscheiden erfpachtrechten ten tijde van de vestiging nietig waren. Nu hier bovendien niet alleen toepassing moet worden gegeven aan artikel 69 Ow maar ook en in het bijzonder aan artikel 79 Ow dat inhoudt dat een rechtshandeling die geldig is verricht onder het oude recht niet nietig wordt doordat nadien het recht is gewijzigd, is de tweede grief evenmin doeltreffend."

*- Zijn de AB-en onredelijk bezwarend?*

3.15 Het hof behandelt vervolgens gezamenlijk de grieven 4 en 8-11 die zijn gericht tegen de oordelen van de rechtbank in rov. 4.28, 4.29, 4.32, 4.34 en 4.37. Daarbij concentreert het hof zich op de geldigheid van de bepalingen over de canonherziening en over de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in de AB15/34/37:

"2.6 De grieven 4 en 8-11 lenen zich voor gezamenlijke behandeling, omdat zij alle betrekking hebben op de toetsing aan de artikelen 6:236 en 6:237 BW van de door de Gemeente gebruikte Algemene Bepalingen, zijnde algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 BW. Het hof stelt daarbij voorop dat ingevolge artikel 191 Ow afdeling 3 van titel 5 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek op de door de Gemeente gebruikte Algemene Bepalingen van toepassing is vanaf één jaar na de inwerkingtreding van bedoelde afdeling, derhalve vanaf 1 januari 1993, en dat in afwijking van artikel 79 Ow eerder overeengekomen strijdige bepalingen kunnen worden vernietigd.

2.6.1 In artikel 5 AB15 en artikel 6 AB34 en AB37 is geregeld dat de canon in het jaar voorafgaande aan het laatste jaar van de termijn van 75 jaar kan worden herzien en dat deze herziening geschiedt door deskundigen. Inschakeling van deskundigen kan achterwege blijven indien, zo vloeit uit artikel 25 AB15 of artikel 26 AB34 en AB37 voort, de erfpachter en de Gemeente onderling overeenstemming hebben bereikt over de nieuwe canon.

Volgens SEBA c.s. zijn de desbetreffende bepalingen ingevolge artikel 6:236n BW onredelijk bezwarend en derhalve vernietigbaar, omdat op die wijze een geschil tussen erfpachter en de Gemeente wordt beslecht door een ander dan de volgens de wet bevoegde rechter.

Het hof gaat er van uit dat [A] , [C] , [E] en [F] allen te beschouwen zijn als consumenten als bedoeld in de aanhef van artikel 6:236 BW. Hun beroep op de desbetreffende artikelen uit de Algemene Bepalingen gaat echter niet op omdat, zoals de rechtbank heeft overwogen

(rechtsoverweging 4.29) de onderhavige canonherziening geen geschilbeslechting betreft maar het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen. Het hof acht die overweging juist en maakt deze tot de zijne. De desbetreffende bepalingen behelzen immers een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW waarbij partijen ter voorkoming van onzekerheid zich op voorhand binden aan een vaststelling door derden. In hoger beroep hebben SEBA c.s. niets aangevoerd dat tot een ander oordeel kan leiden.

- 2.6.2 Verder beroepen SEBA c.s. zich op artikel 6:237 aanhef en sub c BW in verbinding met onderdeel j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG. Volgens hen geven de artikelen 5 AB15 en 6 AB34 en AB37 de Gemeente eenzijdig de mogelijkheid de algemene voorwaarden waaronder de erfpachtrechten zijn gevestigd te wijzigen om zich daarmee een prestatie te verschaffen die wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie.

Volgens de Gemeente slaagt het beroep op artikel 6:237 sub c BW niet, omdat bedoelde artikelen uit de Algemene Bepalingen haar niet de bevoegdheid geven zich een prestatie te verschaffen die wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie. De kern van de prestatie die een erfpachter dient te leveren is het verschaffen van het gebruik van de overeengekomen zaak, de erfpachter dient daartegenover indien bedongen een canon te betalen. De hoogte van de canon kan niet eenzijdig door de Gemeente gewijzigd [worden] maar wordt overeenkomstig de Algemene Bepalingen gewijzigd op de wijze als onder 2.6.1 aan de orde is geweest. In zover slaagt het beroep van SEBA c.s. niet.

Wel ziet het hof aanleiding om ambtshalve de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging als voorzien in lid 1 van artikel 5 of 6 van AB15, AB34 en AB37 te vernietigen, omdat deze mogelijkheid strijdig is met het bepaalde onder sub j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG. De verkoper, waaronder in dezen te begrijpen is de erfverpachter, is in de Algemene Bepalingen immers gemachtigd de voorwaarden van een door haar gesloten erfpachtovereenkomst te wijzigen zonder dat de overeenkomst daarvoor een geldige reden tot uitdrukking brengt. Dat beding, waarover niet is onderhandeld, is oneerlijk omdat daardoor het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen aanzienlijk wordt verstoord ten nadele van de consument. Deze heeft immers geen enkele inbreng bij eventueel nieuw in te voeren bepalingen terwijl de overeenkomsten ook geen toetsingskader daarvoor geven. Het door de Gemeente naar voren gebrachte verjaringsverweer kan daaraan niet afdoen. Aan een toetsing van andere artikelen van AB15, AB34 en AB37 komt het hof niet toe, omdat deze te weinig onderwerp van het partijdebat hebben uitgemaakt.

- 2.6.3 De onder 2.6 genoemde grieven slagen gedeeltelijk. Het hof zal hierna bezien wat het gevolg daarvan is voor de vorderingen van SEBA c.s.”

Het hof reageert hiermee ook op de kwesties die de rechtbank besprak in rov. 4.32, 4.34 en 4.37.

Grief 9 betrof de verwerping door de rechtbank in rov. 4.32 van de stelling dat art. 5 lid 2 AB15 en art. 6 lid 2 AB34/AB37 niet toelaat volledig nieuwe AB c.q. een geheel nieuw systeem van AB (in de vorm van de AB2000) vast te stellen (zie bij 3.7.2).

Grief 10 betrof de verwerping door de rechtbank in rov. 4.34 van de stelling dat de AB34/37, gezien art. 25 sub d AB34 en art. 26 sub d AB37, slechts in overeenstemming tussen partijen gewijzigd kunnen worden (zie bij 3.7.3). Vgl. rov. 2.6.1, tweede volzin.

Grief 11 betrof de verwerping door de rechtbank in rov. 4.37 van de stelling dat de wijzigingsbevoegdheid van de art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en AB37 geen betrekking heeft op kernbedingen van de erfpachtovereenkomst en dat de Gemeente daarom de bevoegdheid mist de AB94 of AB2000 van toepassing te verklaren voor zover het gaat om kernbedingen (zie bij 3.7.4). Grief 11 klaagde dat de rechtbank daarmee ongemotiveerd voorbij ging aan de stelling van Seba c.s. dat enkele bepalingen in de AB-en onredelijk bezwarend zijn.<sup>19</sup> Deze grief is door het hof in rov. 2.6.2, slotzin, verworpen met het argument dat het hof aan

toetsing van andere artikelen van AB15, AB34 en AB37 niet toekomt, omdat deze te weinig onderwerp hebben uitgemaakt van het partijdebat.

Rov. 2.6.3 wordt uitgewerkt in rov. 2.10 e.v. en het dictum (zie hieronder bij 3.21).

*- Welke maatstaven gelden voor de bepaling van de herziene canon?*

3.16 Volgens het hof ziet deze vraag op de kern van het betoog van Seba c.s. Zij stellen:

"2.3 (...) dat erfpachters na ommekomst van de termijn van 75 jaar worden geconfronteerd met een canon die zij bij de vestiging van hun erfpachtrechten niet hadden kunnen en hoeven voorzien en die niet objectief redelijk is, omdat de wijze waarop de canon volgens de diverse Algemene Bepalingen moet worden aangepast ondoorzichtig en onbepaalbaar is. Volgens SEBA c.s. kan aan de onduidelijkheid een eind worden gemaakt indien wordt vastgesteld dat de canon moet worden herzien aan de hand van de geldontwaarding."

3.17 Evenals de rechtbank, ziet ook het hof geen ruimte om concrete maatstaven voor de canonherziening te formuleren:

"2.7 Ook de grievens 5-7 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. SEBA c.s. hebben daarin de bezwaren verwoord die zij hebben tegen de wijze waarop volgens AB15, AB34 en AB37 na ommekomst van de termijn van 75 jaar een nieuwe erfpachtcanon moet worden bepaald. Volgens hen is de bedoeling van het wettelijk erfpachtstelsel dat de Gemeente geen winst zal maken op de in erfpacht uitgegeven terreinen. De canon moet volgens de wetgever gesteld worden op een matig bedrag en dat dient ook het uitgangspunt te zijn voor de hoogte van de canon na herziening daarvan. Volgens SEBA c.s. is de meest objectieve en logische methode een indexatie van de canon aan de hand van de inflatie. Volgens hen wordt met die methode voldaan aan artikel 1 van het Eerste Protocol van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, omdat alleen op die wijze een evenwichtige toedeling van de waardeverhoging van de grond wordt verkregen.

2.7.1 SEBA betogen niet dat de waarde van de in de respectieve vestigingsaktes opgenomen canon niet juist is vastgesteld. Wat zij in wezen verlangen is dat het hof aan deskundigen een richtlijn geeft voor de vaststelling van toekomstige erfpachtcanons en wel door te beslissen althans te overwegen dat een erfpachtcanon die moet worden herzien zal worden geïndexeerd aan de hand van de inflatie, uitgaande van de oorspronkelijk overeengekomen canon. Aan dat verlangen kan het hof niet tegemoet komen. In de betreffende Algemene Bepalingen is - geldig - opgenomen dat een nieuwe erfpachtcanon door deskundigen wordt vastgesteld. De deskundigen zijn daarin in beginsel vrij, zoals ook de rechtbank heeft overwogen (rechtsoverweging 4.19) en mogen dat doen aan de hand van hun op kennis en ervaring gebaseerde intuïtief oordeel ten aanzien van de dan geldende marktwaarde van de in erfpacht uitgegeven grond, mits zij daarbij voldoende inzicht geven in hun gedachtegang. Indien en voor zover het door de deskundige uitgebrachte bindend advies niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, zal de rechter het desbetreffende advies kunnen vernietigen zoals de rechtbank in het geval van [A], [C], [E] en [F] ook heeft gedaan. Alleen indien de overeenkomst zelf of wettelijke regels dienaangaande een toetsingskader bieden, welk kader in dit geval ontbreekt, dienen deskundigen dat kader te volgen en kan de burgerlijke rechter een meer inhoudelijke toetsing geven. Indien SEBA c.s. menen dat de Amsterdamse erfpachtvoorwaarden wijziging behoeven in de door hen gewenste zin, dienen zij daarover in onderhandeling te treden met de Gemeente. Het ligt niet op de weg van de rechter om de Algemene Voorwaarden in die zin aan te passen, nog daargelaten dat zulks niet is gevorderd. SEBA c.s. hebben dus evenmin succes met hun vijfde tot en met zevende grief."

*- Zijn de vier uitgebrachte taxatierapporten geldig?*

3.18 De vernietiging van de uitgebrachte deskundigenadviezen was in hoger beroep volgens het hof geen punt van discussie meer.

Formeel spelen deze vorderingen ook in hoger beroep, maar er waren geen grieven tegen de beslissing van de rechtbank gericht, zodat het hof het vonnis in zoverre bekrachtigt (rov. 2.10.1 ten aanzien van vorderingen A, B en C onder I meer subsidiair).

De grieven, die waren gericht tegen overwegingen van de rechtbank dat de deskundigen vrij zijn in de bepaling van de uitgangspunten en rekenmethoden voor de bepaling van de nieuwe canon, heeft het hof in rov. 2.7.1 in meer algemene zin opgevat en behandeld.

*- Heeft de Gemeente onrechtmatig gehandeld?*

3.19 Evenals de rechtbank verwerpt het hof de stelling dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld:

"2.8 SEBA c.s. stellen verder, grief 12, dat de gemeente niet alleen de kopers van erfpachtrechten maar ook de Amsterdamse burgers, zittende erfpachters, potentiële erfpachters, makelaars, taxateurs en andere derden voldoende en correct dient voor te lichten over het Amsterdamse erfpachtstelsel. Dat had de Gemeente behoren te doen vanaf het moment van eerste uitgifte en wel over het feit dat zij de Algemene Voorwaarden zo uitlegt dat zij na elk tijdvak de regels volledig naar eigen inzicht mag wijzigen, dat een Amsterdamse erfpachter elke vijftig jaar de volledige waarde van de grond afdraagt en dat erfpachtrechten aanzienlijk minder waard zijn dan vol eigendom. De voorlichting van de Gemeente is eenzijdig en niet juist, hetgeen in strijd is met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en daarmee onrechtmatig, aldus SEBA c.s..

2.8.1 Het hof stelt voorop dat in deze zaak alleen [A] , [C] , [E] en [F] ieder voor zich en SEBA als beschermer van de belangen van de zittende Amsterdamse erfpachters tegenover de Gemeente staan. Een mogelijke onrechtmatige daad van de Gemeente jegens anderen is derhalve thans niet aan de orde. Op het verwijt van onrechtmatig handelen van de Gemeente jegens [A] , [C] , [E] en [F] komt het hof hierna terug bij de bespreking van de diverse vorderingen.

Kennelijk meent SEBA dat de Gemeente allen die voornemens zijn een erfpachtrecht te kopen, ter zake indringend dient voor te lichten over de gevolgen daarvan. Ten aanzien van hen die een erfpachtrecht kopen van een zittende erfpachter valt niet in te zien dat de Gemeente daarvan vooraf op de hoogte is of daarin gekend wordt, zodat evenmin valt in te zien dat de Gemeente de desbetreffende kopers vooraf kan waarschuwen. Voor dezen en degenen die een nieuw uit te geven erfpachtrecht willen verwerven geldt bovendien dat particuliere kopers van woningen op erfpachtgrond zich kunnen en veelal ook zullen laten [bijstaan]<sup>20</sup> door ter zake deskundige Amsterdamse makelaars. Ook al zou de voorlichting van de Gemeente te kort schieten, zij betwist het, dan nog is dat niet voldoende om aan te nemen dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens degenen waarvoor SEBA opkomt. Indien uit het betoog van SEBA c.s. nog zou moeten worden begrepen dat voor de gemeente een algemene zorgplicht geldt tegenover de in de eerste zin van rechtsoverweging 2.8 genoemden, dan heeft te gelden dat een zodanige algemene zorgplicht noch op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur noch anderszins kan worden aangenomen. De twaalfde grief slaagt daarom niet."

*- Profiteren ook erfpachters die de herzieningsakte al hebben getekend van een uitspraak ten gunste van Seba c.s.?*

3.20 Evenals de rechtbank beantwoordt het hof deze vraag ontkennend:

"2.9 Met grief 13 betoogt SEBA dat ook anderen dan [A] , [C] , [E] en [F] zich moeten kunnen beroepen op de uitkomst van deze procedure. Met name doelt zij daarbij op de mogelijkheid dat ook deze anderen alsnog een beroep doen op de vernietigbaarheid van een ten aanzien van ieder van hen uitgebracht bindend advies van deskundigen.

Ook deze grief is tevergeefs opgeworpen. In artikel 7:904 BW is uitgewerkt op welke wijze een

partij de vernietigbaarheid van een bindend advies kan invoeren. Daarvoor is een op grond van artikel 3:49 BW steeds een op vernietiging gerichte buitengerechtelijke verklaring of rechterlijke uitspraak nodig, waarbij een verjaringstermijn van drie jaar geldt vanaf de dag dat de bevoegdheid de vernietiging in te roepen is ontstaan. Zij voor wie die termijn nog niet is verstreken, kunnen alsnog een beroep op vernietiging doen, zodat zij geen belang hebben bij deze vordering. Voor anderen geldt dat niet, maar het is in strijd met de rechtszekerheid indien na het verstrijken van een verjaringstermijn als deze alsnog anders dan bij wijze van exceptief verweer een beroep op de vernietiging van een bindend advies zou kunnen worden gedaan. Daarbij komt dat de vraag of zo een advies kan worden vernietigd afhankelijk is van de inhoud daarvan, zodat een algemene uitspraak dat degenen voor wie SEBA opkomt alsnog een beroep op dit arrest kunnen doen, ook daarom niet kan worden gegeven.”

*- Oordelen over de vorderingen*

3.21 Het hof komt op basis van het voorgaande tot de volgende oordelen over de vorderingen:

“2.10 Uit het voorgaande vloeit ten aanzien van de door SEBA c.s. bij memorie van grieven geformuleerde vorderingen het volgende voort.

2.10.1 De vorderingen A, B en C onder I primair en subsidiair komen niet voor toewijzing in aanmerking, zo vloeit voort uit het vorenoverwogene. De vorderingen A, B en C onder I meer subsidiair zijn al toegewezen in het vonnis als beslissing 5.1. Daartegen is geen grief gericht, zodat het vonnis in zoverre kan worden bekrachtigd. De vorderingen A, B en C onder I meest subsidiair komen niet meer aan bod, omdat de meer subsidiaire vordering al is toegewezen. De vorderingen A, B en C onder II zullen worden toegewezen als hierna te doen.

2.10.2 Vordering D is alleen door SEBA ingesteld. Van die vordering zullen de onderdelen a en c worden afgewezen. Onderdeel b van vordering D betreft een vordering van SEBA als bedoeld in artikel 6:240 BW, zodat ingevolge artikel 6:241 BW het gerechtshof Den Haag bij uitsluiting bevoegd is. Dit hof dient de zaak dus in zoverre te verwijzen.

2.10.3 Volgens het petitum is vordering E ingesteld door zowel SEBA als [A], [C], [E] en [F]. Voor zover de vorderingen E I en II door SEBA zijn ingesteld zal de zaak in zoverre ook op grond van artikel 6:241 BW worden verwezen naar het Haagse hof. Ten aanzien van [A], [C], [E] en [F] zullen deze vorderingen worden afgewezen omdat de gronden daarvoor te summier zijn toegelicht en weinig onderdeel hebben uitgemaakt van het partijdebat. Onderdeel III van vordering E is niet toewijsbaar. (...)”

### **3 Beslissing**

Het hof:

vernietigt het vonnis met betrekking tot beslissing 5.3, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

vernietigt ambtshalve de leden 1 van de artikelen 5 AB15, 6 AB34 en 6 AB37 voor zover overeengekomen tussen enerzijds [A], [C], [E] en [F] en anderzijds de Gemeente;

bekrachtigt het vonnis voor het overige voor zover gewezen tussen enerzijds [A], [C], [E] en [F] en anderzijds de Gemeente;

bepaalt dat enerzijds [A], [C], [E] en [F] en anderzijds de Gemeente de eigen proceskosten van het hoger beroep moeten dragen;

wijst af hetgeen [A], [C], [E] en [F] in hoger beroep meer of anders hebben gevorderd;

verwijst de zaak naar het gerechtshof Den Haag voor de beoordeling van vordering D onder b en de vordering E onder I en II van SEBA;

bekrachtigt het vonnis voor het overige voor zover gewezen tussen SEBA en de Gemeente;



reserveert een beslissing omtrent de kosten van het hoger beroep tussen SEBA en de Gemeente; wijst af de overige vorderingen van SEBA in hoger beroep.”

### *c. De procedure bij de Hoge Raad*

3.22 Partijen hebben tegen dit arrest, ieder voor zich, cassatie ingesteld. In het cassatieberoep van Seba c.s. met rolnummer 15/00044 concludeert de Gemeente met betrekking tot het achtste cassatiemiddel (inzake de verwijzing van Seba's vorderingen E.I en E.II naar het Gerechtshof Den Haag) tot referte, en voor het overige tot verwerping. In het cassatieberoep van de Gemeente met rolnummer 15/00063 concludeert Seba c.s. tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en vervolgens gereageerd op de toelichting van de andere partij.

Seba c.s. heeft twee afzonderlijke schriftelijke toelichtingen ingediend, een toelichting op haar eigen middelen in de zaak met nr. 15/00044 (hierna: Seba c.s. s.t.) en een op het middel van de Gemeente in de zaak met nr. 15/00063 (hierna: Seba c.s. s.t. II). Het stuk met haar repliek in zaak met nr. 15/00044 en dupliek in de zaak met nr. 15/00063 wordt hierna Seba c.s. Repliek/Dupliek genoemd.

De Gemeente heeft haar standpunt in beide zaken steeds in één stuk uiteengezet (hierna Gemeente s.t. en Gemeente Repliek/Dupliek).

## **4 De cassatieberoepen**

4.1. Seba c.s. voeren acht middelen aan die verschillende overwegingen van het hof betreffen. De Gemeente richt één middel, dat bestaat uit vier onderdelen, tegen rov. 2.6.2. Ik bespreek de klachten zo veel mogelijk per onderwerp.

4.2 Onder 5 bespreek ik de vragen of de canonherzieningsbepaling in de erfpachtaakte moet staan en of de canonherzieningsbepaling in de AB voldoende bepaalbaar is. Aansluitend behandel ik middelen 1 en 2 van Seba c.s.

4.3 Vanuit de invalshoek dat de AB-en algemene voorwaarden zijn, behandel ik onder 6 of de canonherzieningsbepaling valt onder art. 6:236 sub n BW (Seba c.s. middel 3) en of het hof ook de canonherzieningsbepaling ambtshalve had moeten toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen (Seba c.s. middel 4).

Tevens bespreek ik daar de bezwaren van de Gemeente tegen het feit dat het hof ambtshalve heeft getoetst of het eenzijdige wijzigingsbeding oneerlijk is en tegen zijn oordeel dat dit beding oneerlijk is (Gemeente onderdeel A).

Op de rechtsverhouding tussen [C] en de Gemeente zijn de AB2000 van toepassing. Dit aspect speelt een rol bij de behandeling van Seba c.s. middelen 3 en 4 en Gemeente onderdelen A en B en wordt afzonderlijk aan de orde gesteld in Gemeente onderdeel C.

4.4 Onder 7 bespreek ik Seba c.s. middel 5 inzake de maatstaven voor de bepaling van de herziene canon.

Onder 8 bespreek ik de vraag of de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld (Seba c.s. middel 6).

Onder 9 behandel ik Seba c.s. middel 8 dat gaat over de verwijzing van een aantal vorderingen van (alleen) Seba naar het gerechtshof Den Haag in verband met het bepaalde in art. 6:240 BW. Aansluitend bespreek ik daar een nog restende klacht (Seba c.s. middel 7)

Onder 10 ga ik in op de verwerping van het beroep op verjaring van de bevoegdheid om de algemene voorwaarden te vernietigen (Gemeente onderdeel B).

## 5 Regeling van de canonherziening in de Algemene Bepalingen; bepaaldheid

- 5.1 In de aktes waarbij het erfpachtrecht van [A] , [C] , [E] en [F] is gevestigd is een aanvangscanon bepaald. In deze aktes wordt verwezen naar de AB15, AB34 of AB37. In art. 5 AB15 en art. 6 AB34/AB37 is opgenomen dat deze canons kunnen worden herzien en is daarvoor een procedure beschreven.
- 5.2 Seba c.s. middelen 1 en 2 betreffen de vragen of de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte moet staan en of de canonherzieningsbepaling in de AB voldoende bepaald of bepaalbaar is. Ook de Gemeente wenst een oordeel van de Hoge Raad over deze principiële vragen, hoewel zij meent dat de genoemde middelen van Seba c.s. reeds op andere gronden falen (s.t. Gemeente nrs. 21 en 39).
- 5.3 Ik schets daarom eerst de juridische kaders voor de beantwoording van deze vragen en bespreek daarna beide middelen.

### *a. Juridisch kader*

- 5.4 Art. 767 (oud) BW bepaalde:

"1. Erfpachtsregt is een zakelijk regt om het vol genot te hebben van een aan een ander toebehorend onroerend goed, onder gehoudenis om aan laatstgemelden, als eene erkenning van deszelfs eigendom eene jaarlijksche pacht te voldoen, hetzij in geld, hetzij in voortbrengselen of vruchten.

2. De titel van aankomst van het erfpachtsregt moet in de openbare daartoe bestemde registers worden overgeschreven."

Art. 5:85 BW bepaalt:

"1. Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken.

2. In de akte van vestiging kan aan de erfpachter de verplichting worden opgelegd aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom - de canon - te betalen."

- 5.5.1 Naar oud recht was de canon een bestaansvereiste voor het erfpachtrecht.<sup>21</sup> Naar huidig recht is de canon geen bestaansvereiste meer.<sup>22</sup>

5.5.2 Dit verschil tussen oud en huidig recht markeert een ontwikkeling in het denken over erfpacht. Oorspronkelijk was de erfpachtfiguur een middel om woeste gronden te ontginnen. De grondeigenaar verschafte de erfpachter een langdurig gebruiksrecht op zijn woeste gronden en kreeg de grond aan het eind van de pachtperiode ontgonnen terug; de erfpachter kreeg zo langdurig gronden tot zijn beschikking waarvan hij de eigendom niet kon betalen.<sup>23</sup> Aanvankelijk werd de canon daarom gezien als een erkenning van het eigendomsrecht van de erfverpachter, zoals art. 767 (oud) BW tot uitdrukking bracht. Later kreeg erfpacht met name voor overheden meer tot doel om regels te kunnen stellen ten aanzien van het gebruik van grond (bijv. natuurbeheer) of om controle te kunnen uitoefenen ten aanzien van de persoon van de erfpachter (bijv. uit sociale overwegingen).<sup>24</sup> Al voor inwerkingtreding van het huidige BW is men de canon steeds meer gaan zien als tegenprestatie voor het genot van het onroerend goed, nu de erfpachter de grond doorgaans niet meer hoeft te ontginnen of de waarde anderszins te verhogen,<sup>25</sup> en de erkenning van het eigendomsrecht is geborgd door het stelsel van de openbaarheid van de

registers.<sup>26</sup> Beheersmatige doelen kunnen tegenwoordig vaak ook via een bestemmingsplan worden bereikt.

5.6 De verplichting om een canon te betalen behoort naar oud recht tot het wezen van het erfpachtrecht. Zonder een canonverplichting was er geen erfpachtrecht. Naar huidig recht kan een erfpachtrecht bestaan zonder dat een canon verschuldigd is. Indien er wel een verplichting is om een canon te betalen, behoort deze tot de kernelementen van de erfpachtverhouding, zodat deze verplichting bij overgang van het erfpachtrecht onder bijzondere titel komt te rusten op de nieuwe erfpachter.<sup>27</sup>

5.7 Daarvoor is wel vereist, zowel naar oud recht als naar huidig recht (vgl. art. 5:85 lid 2 BW), dat de verplichting om een canon te betalen is opgenomen in de – in de daartoe bestemde openbare registers ingeschreven notariële – akte van vestiging van het erfpacht.

5.8.1 In de erfpachttakten, die in deze zaak spelen, is een aanvangscanon genoemd (zie rov. 2.4, derde volzin) en zijn diverse AB-en (dat wil zeggen algemene voorwaarden) van toepassing verklaard. Deze AB-en voorzien in de mogelijkheid van canonherziening.

5.8.2 In cassatie kan voorts worden aangenomen dat de AB-en zijn ingeschreven in de openbare registers.<sup>28</sup> Dit is van belang, omdat daarmee wordt vermeden dat een bepaling in de AB reeds bij gebrek aan inschrijving slechts obligatoir tussen partijen en niet jegens opvolgende erfpachters zou werken.<sup>29</sup>

5.8.3 Tegen deze achtergrond moet de vraag worden beantwoord of ten aanzien van de mogelijkheid (en de wijze) van canonherziening geldt dat deze moet worden genoemd in de erfpachtakte dan wel dat kan worden volstaan met een vermelding in erfpachtakte van de toepasselijke AB waarin de herziening is geregeld.

5.9 Deze vraag heeft verschillende aspecten. De Gemeente betoogt dat een regeling over herziening van de canon ook mag staan in algemene bepalingen die in de openbare registers zijn ingeschreven. Dit is het aspect van de plek waar de regeling moet staan. Seba c.s. betogen dat de herziening van de canon en de wijze waarop de nieuwe canon wordt berekend moet blijken uit de vestigingsakte. Dit voegt toe het aspect van onmiddellijke kenbaarheid en het aspect van inhoudelijke duidelijkheid van de regeling.

5.10.1 De Gemeente (s.t. nr. 25. e.v.) wijst op art. 46 Kadasterwet:

“1. Naast feiten die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn, kunnen in de openbare registers tevens algemene voorwaarden, modelreglementen en andere stukken, die niet op een bepaald registergoed betrekking hebben, worden ingeschreven, met het uitsluitend doel dat daarnaar in later ter inschrijving aangeboden stukken kan worden verwezen. De artikelen 18, 19, 20, eerste lid, eerste zin, 22 en 30 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek en 117, eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing.  
(...)”

4. (...) Bij regeling van Onze Minister worden regels gesteld met betrekking tot de wijze waarop de verwijzing in de latere stukken geschiedt.

5. Een verwijzing als bedoeld in het vierde lid heeft tot gevolg dat het stuk waarnaar in een ter inschrijving aangeboden stuk wordt verwezen, deel uitmaakt van de inschrijving die op grond van het aangeboden stuk plaatsvindt.”

Hierop sluit aan art. 12 Uitvoeringsregeling Kadasterwet:

“1. Ingeval een ter inschrijving aangeboden stuk betrekking heeft op een bepaald reeds eerder ingeschreven stuk als bedoeld in artikel 19, eerste lid, van de wet, bevat het een

verwijzing naar dit eerdere stuk door de vermelding van het kantoor van de Dienst waar het eerdere stuk is ingeschreven, het soort register waarin inschrijving plaatsvond, alsmede deel en nummer van inschrijving.

2. Het eerste lid is tevens van toepassing op de in artikel 46, vierde lid, van de wet bedoelde verwijzing.”

5.10.2 De regeling beoogt bij de inschrijving van feiten die de rechtstoestand van een registergoed betreffen (art. 3:16 e.v. BW) de verwijzing naar dit soort algemene voorwaarden (die zelf niet dergelijke inschrijfbaar feiten zijn) te faciliteren,<sup>30</sup> in aansluiting op de bestaande praktijk:<sup>31</sup>

“Er worden ingevolge artikel 3.1.2.1 nieuw BW openbare registers gehouden, waarin feiten die voor de rechtstoestand van registergoederen van belang zijn, worden ingeschreven. Onder het huidige recht worden echter in de openbare registers ook bepaalde stukken openbaar gemaakt, die als zodanig geen zelfstandige betekenis hebben voor de rechtstoestand van registergoederen, maar waarnaar in ter inschrijving aangeboden stukken die wel een zelfstandige betekenis hebben voor de rechtstoestand van registergoederen, wordt verwezen. Men denke bijvoorbeeld aan algemene hypotheekvoorwaarden en modelreglementen. Bij deze openbaarmakingen gaat het dus niet om inschrijvingen in de zin van afdeling 3.1.2 nieuw BW. Het betreft hier in feite een depot van algemene voorwaarden e.d. ten kantore van de Rijksdienst. Thans worden deze stukken echter administratief op dezelfde wijze behandeld als «gewone» ter overschrijving aangeboden stukken, d.w.z. geboekt in het dagregister en overgeschreven in het register van overschrijving. Naar het oordeel van de ondergetekenden is het niet nodig dit systeem te veranderen en derhalve is ten behoeve van dit «depot» de mogelijkheid van inschrijving gehandhaafd. Artikel 47 [thans 46, AG] maakt deze stukken inschrijfbaar en geeft een uitgewerkte regeling betreffende de inschrijving van deze stukken. Aangezien het hier geen inschrijving betreft van feiten in de zin van afdeling 3.1.2 nieuw BW, zijn de in aanmerking komende artikelen van die afdeling in het eerste lid van overeenkomstige toepassing verklaard.

(...)

Het vierde en vijfde lid sluiten aan bij hetgeen in het huidige artikel 875e, eerste lid, onder d, van het Burgerlijk Wetboek en het overeenkomstige artikel 5.10.1.4, onder d, nieuw BW is bepaald omtrent het daar bedoelde modelreglement. In het voormalige artikel 638f, onder 4°, BW (destijds vervangen door het huidige artikel 875e BW) werd er nog vanuit gegaan dat het gehele reglement in de akte van splitsing moest worden opgenomen, maar dit stelsel is wegens de daaraan verbonden bezwaren van omslachtigheid en nodeloze kostbaarheid verlaten. Het onderhavige artikel trekt deze lijn in die richting door dat de mogelijkheid van verwijzing naar een modelstuk in voormelde trant thans tot alle gevallen waar dit te pas kan komen, is uitgebreid. Als voorbeelden waarvoor dit van belang is, kunnen worden vermeld de algemene voorwaarden van een hypotheekbank of een groep van hypotheekbanken, of aan de uitgifte door een gemeente van grond of erfpacht op bepaalde vaste voorwaarden. In het vijfde lid is uitgedrukt dat het stuk waarnaar verwezen wordt geacht wordt deel uit te maken van de «inschrijving» die op grond van het aangeboden stuk plaatsvindt. De vraag of bijv. algemene voorwaarden door de verwijzing steeds geacht moeten worden deel uit te maken van het ingeschreven stuk zelf en dus van de daarin neergelegde rechtshandeling, is een vraag van burgerlijk recht die niet aan de hand van het onderhavige artikel moet worden beantwoord.

In het algemeen zal de verwijzing dit wel tot gevolg hebben, maar het is denkbaar dat aan de hand van de omstandigheden anders geoordeeld moet worden, bijv. in verband met de wetgeving omtrent algemene voorwaarden, die thans in voorbereiding is; men zie ook artikel 6.5.1.3 nieuw BW, ten aanzien waarvan het de bedoeling is dat het in die wetgeving opgaat. Ten slotte verdient nog opmerking dat indien het eenmaal tot een verwijzing naar het

daartoe bestemde stuk is gekomen, de artikelen 3.1.2.7-3.1.2.8a nieuw BW voor de dan tot stand gekomen inschrijving, waarvan het stuk waarnaar verwezen wordt, geacht wordt deel uit te maken, wél van belang zijn.<sup>32</sup> Zo zal bijv. jegens latere verkrijgers slechts een beroep kunnen worden gedaan op de in de verwijzing vermelde algemene voorwaarden, zoals zij op het tijdstip van zijn verkrijging blijken het stuk waarnaar verwezen wordt luiden, en kunnen eventuele latere, toen nog niet ingeschreven versies van deze voorwaarden aan hem niet worden tegengeworpen.”

5.10.3 De slotpassage wijst op de kwestie van toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Die is thans niet aan de orde. De slotpassage maakt ook duidelijk dat alleen de algemene voorwaarden, die zijn ingeschreven op het tijdstip van inschrijving van de akte van vestiging, deel gaan uitmaken van die akte van vestiging. De passage gaat niet in op de mogelijkheid dat in de reeds ingeschreven algemene voorwaarden een wijzigingsbeding is opgenomen op grond waarvan gewijzigde voorwaarden, die op hun beurt zullen worden ingeschreven, van toepassing worden.

5.11 Hieruit volgt, dat een akte tot vestiging van een erfpachtrecht, die verwijst naar reeds ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden, wordt geacht die algemene erfpachtvoorwaarden tevens te omvatten.<sup>33</sup>

5.12 Daaruit kan worden afgeleid, dat – in ieder geval voor wat betreft het aspect van de plek van de canonherzieningsregeling – in technische zin is voldaan aan het vereiste dat de betreffende bepaling “in de akte” is opgenomen. Volgens de Gemeente (s.t. nrs. 27-28) is daarmee ook voldaan aan het beginsel van publiciteit dat ten grondslag ligt aan de eis van inschrijving in de openbare registers.

5.13 Een groot deel van de literatuur lijkt dat standpunt te onderschrijven.<sup>34</sup> In dit opzicht is er enige ruimte voor twijfel, want volgens een wat strengere opvatting dient de akte van vestiging meer te bevatten dan een verwijzing naar de AB. Van Velten heeft betoogd dat bepaalde afwijkingen van de wet zoals het opleggen van een canonverplichting of de uitsluiting van de opzeggingsmogelijkheid van de erfpachter (art. 5:87 lid 1 BW):<sup>35</sup>

“van dien aard [zijn] dat men die niet mag ‘verstoppen’ in met algemene woorden van toepassing verklaarde algemene erfpachtbepalingen. Wel zal men deze in de akte van uitgifte in het kort mogen opnemen met een verwijzing naar een met name genoemd artikel van die algemene bepalingen alwaar de desbetreffende materie nader wordt uitgewerkt, bijvoorbeeld de mogelijkheid van herziening der canon of een beperking van het wegnemingsrecht.”

Een wat meer uitgebreide verwijzing in de akte naar de AB kan bijdragen aan het voorkómen van misverstanden tussen de partijen die het erfpachtrecht vestigen over de vraag wat zij hebben afgesproken. Als ten aanzien van een bepaald onderwerp de vestigingsakte zelf iets (of niets) vermeldt en de eerder ingeschreven algemene voorwaarden, waarnaar in de akte op correcte wijze wordt verwezen, vermelden iets anders (of wel iets) dan kan de vraag rijzen wat tussen partijen is overeengekomen omtrent de inhoud van het erfpachtrecht.<sup>36</sup> Een wat meer uitgebreide verwijzing in de akte naar de AB komt de kenbaarheid daarvan ook ten goede.

5.14.1 Nu menen Seba c.s. (Repliek/Dupliek nr. 2.6) dat het wettelijk systeem vereist dat essentiële bepalingen, die van wezenlijk belang zijn voor het erfpachtrecht, in de akte zelf zijn opgenomen zodat degene die de akte licht daarvan direct kennis kan nemen. Dit standpunt berust naar mijn mening op een onjuiste rechtsopvatting.

5.14.2 Seba c.s. geven het voorbeeld (zo begrijp ik) van een akte, die is ingeschreven met verwijzing naar algemene voorwaarden welke algemene voorwaarden later aldus worden gewijzigd dat een canon verschuldigd wordt, terwijl aanvankelijk geen canon verschuldigd was. Volgens Seba c.s. zou dan onder oud recht alsnog een erfpachtrecht ontstaan waar dat

eerder niet bestond. Daaruit zou blijken dat de bepalingen over de canon de rechtstoestand van het registergoed betreffen.

De onderhavige gevallen wijken hiervan af; er een aanvangscanon bepaald conform art. 767 (oud) BW. Meer in het algemeen miskent dit voorbeeld mijns inziens dat het erfpachtrecht eerst ontstaat op het moment dat aan de wettelijke voorwaarden is voldaan. Naar oud recht was er zonder canon geen erfpachtrecht, zodat de vraag rijst welk recht aanvankelijk was gevestigd (partijen vestigden kennelijk geen erfpachtrecht) en daarmee de vervolgvraag of latere 'toevoeging' van een canon het aanvankelijke gevestigde recht alsnog een erfpachtrecht maakt.

Seba c.s. wijzen ook op het voorbeeld dat naar oud recht de herziene canon op nihil wordt gesteld. Dat is echter een probleem dat (zich niet alleen in de onderhavige gevallen niet voordoet, maar ook) geheel los staat van de vraag of de herzieningsbepaling in de akte dan wel in de algemene voorwaarden mag staan.

Anders dan Seba c.s. aannemen, betekent inschrijving van de herziene canon niet dat art. 46 Kadasterwet niet van toepassing is, maar dat ook het bedrag van de herziene canon voor derden uit de registers kenbaar is (vgl. Gemeente s.t. nr. 28, noot. 24).

- 5.15 Naar mijn mening is aan art. 767 (oud) BW respectievelijk art 5:85 lid 2 BW voldaan indien in de vestigingsakte een aanvangscanon is opgenomen en de vestigingsakte op correcte wijze verwijst naar in de openbare registers ingeschreven algemene voorwaarden waarin een canonherzieningsbepaling is opgenomen.
- 5.16 Hiermee is ook het aspect van onmiddellijke kenbaarheid van de regeling behandeld. Dan resteert het bij 5.9 nog genoemde aspect van inhoudelijke duidelijkheid van de regeling.
- 5.17 Seba c.s. zijn wat dit betreft voor verschillende ankers gaan liggen. Ik bespreek nu niet de kwestie van bepaaldheid/bepaalbaarheid (zie daarvoor 5.20 e.v.). Thans gaat het om de stelling dat het wettelijk systeem meebrengt dat een erfpachter of derde steeds uit de openbare registers de omvang van de canonverplichting moeten kunnen opmaken aan de hand van daarin genoemde maatstaven (vgl. de MvG nrs. 3.10-3.11). De Gemeente (s.t. 28) betwist dat er dergelijke inhoudelijke eisen moeten worden gesteld aan de canonherzieningsbepaling (zie ook MvA nr. 4.9 e.v.).
- 5.18 Ik meen dat een dergelijke eis niet in de wet besloten ligt. Art. 767 (oud) BW vereiste slechts de betaling van een canon, maar stelde verder geen inhoudelijke eisen aan de (kenbaarheid van de) herziening ervan.<sup>37</sup> Hetzelfde geldt voor de optionele canon van art. 5:85 lid 2 BW.
- 5.19 Ik wijs in dit verband, naast hetgeen in besprak bij 5.13 en 5.15, voorts op de discussie in de literatuur over de vraag hoe moet worden bepaald of een wijziging van de erfpachtvoorwaarden, zoals een herziening van de canon, nog is te beschouwen als een wijziging van het bestaande erfpachtrecht en wanneer dat leidt tot een nieuw erfpachtrecht. Die vraag is van belang met het oog op bijvoorbeeld de positie van de hypotheekhouder. Uit deze discussie blijkt dat het antwoord op deze vraag onder meer ervan afhangt of de canonherziening die is geregeld in de toepasselijke (algemene) erfpachtvoorwaarden voorziet in (voldoende uitgewerkte) maatstaven voor herziening.<sup>38</sup>
- Uit deze discussie blijkt niet dat het ontbreken van inhoudelijke herzieningsmaatstaven in die zin wordt geproblematiseerd, dat zonder dergelijke maatstaven herziening niet mogelijk is. Dat impliceert mijns inziens het oordeel dat de erfpachter ook dan krachtens de erfpachtvoorwaarden (en dus niet slechts obligatoir) gehouden kan zijn tot medewerking aan de herziening en, na herziening, inschrijving van de herziene canon (waarbij ik thans terzijde kan laten of dan sprake is van een gewijzigd of een nieuw erfpachtrecht).
- 5.20 Ten slotte bespreek ik de vraag of het vereiste van bepaaldheid respectievelijk bepaaldheid meebrengt dat de canonherzieningsbepaling objectieve factoren voor de herziening moet

bevatten zodat derden aan de hand daarvan kunnen bepalen wat de omvang van de canon zal zijn. Ik zie eerst de bepaalbaarheid, daarna de bepaaldheid.<sup>39</sup>

#### 5.21 De parlementaire geschiedenis vermeldt over het vereiste van bepaalbaarheid respectievelijk bepaaldheid:<sup>40</sup>

“Naar in de toelichting bij art. 6.5.2.10 (Parl. Gesch. Boek 6, blz. 895) [6:227; AG] is opgemerkt, geldt het vereiste van een bepaald onderwerp voor alle rechtshandelingen, doch behoeft dat niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld; wel is het wenselijk geacht om voor de verbintenisscheppende overeenkomst de regel van de rechtspraak vast te leggen dat bepaalbaarheid voldoende is. Dit laatste wordt vervolgens aldus uitgewerkt, dat een verbintenis bepaalbaar is, wanneer de vaststelling kan geschieden naar van tevoren vaststaande criteria, die een subjectief element kunnen inhouden, in die voege dat de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde, ja zelfs aan een der partijen kan worden opgedragen, in welk laatste geval de vaststelling moet plaatsvinden met inachtneming van hetgeen door de redelijkheid en de billijkheid wordt gevorderd.

Zoals uit het bovenstaande blijkt, is art. 6.5.2.10 bedoeld als een versoepeling voor de obligatoire overeenkomst van de voor alle rechtshandelingen geldende eis van een bepaald onderwerp, en wel één die niet los gezien kan worden van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de obligatoire overeenkomst blijkens art. 6.5.3.1 mede wordt beheerst. De regel van art. 6.5.2.10 [6:227 BW, AG] leent zich dan ook niet voor toepassing op alle andere rechtshandelingen dan obligatoire overeenkomsten. Dat voor de zakelijke overeenkomst een iets strikter stelsel geldt, blijkt uit de artt. 3.4.2.2 lid 2, 3.4.2.4 en 3.4.2.11 [3:84, 3:89 en 3:98; AG] waarvan zeker het eerste artikel overigens op een ruime uitleg aanspraak kan maken, in het bijzonder wanneer het om overdracht bij voorbaat van toekomstige goederen gaat, zoals hieronder nog uitvoerig aan de orde zal komen in verband met het derde punt, dat door de commissie aan de orde is gesteld bij de artikelen 3.4.2.10, 3.4.2.2 lid 1, 3.4.2.7 lid 1 en artikel 475 Rv. (...)”

5.22.1 De eis van een bepaald onderwerp ofwel bepaalbaarheid in art. 1356 jo 1359 (oud) BW<sup>41</sup> en art. 6:227 BW ziet op de verbintenissen van partijen. Art. 1359 bracht het beginsel tot uitdrukking dat uit de verbintenis op voldoende wijze moet kunnen worden afgeleid tot hoever de gebondenheid van de schuldeiser gaat.<sup>42</sup> Een strenge eis is dit niet. Voldoende is dat er een inhoudelijk aangrijpingspunt is om de inhoud van de verbintenis te gaan bepalen of een procedure om dat te doen, zoals een nadere vaststelling van de inhoud van de verbintenis door een derde.<sup>43</sup>

5.22.2 De laatst genoemde afspraak (art. 7:900 lid 2 BW) levert een vaststelling op die kan worden getoetst aan art. 7:904 BW. In dat verband heeft Uw Raad (overigens in een zaak die zag op een canonherziening door deskundigen als bedoeld in de AB15) het toetsingskader geschetst. Dat kader omvat ook het geval dat deskundigen een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienden vast te stellen.<sup>44</sup> Een dergelijk onbepaald element kan zien op de omvang van een financiële vergoeding.<sup>45</sup>

5.22.3 Van de vaststelling van een vergoeding was ook sprake in HR 6 mei 1960, NJ 1961/366, welke door de Gemeente is genoemd in haar s.t. nr. 41 en waarop is gereageerd door Seba c.s. bij Repliek/Dupliek nr. 3.5. Ik lees de conclusie van P-G Langemeijer voor bedoeld arrest niet zo, dat er van onbepaaldheid sprake is indien in het contract maatstaven ontbreken om de tegenprestatie vast te stellen. In die zaak moest de waarde van een inbreng worden vastgesteld aan de hand van een op te maken balans. Een bepaald onderwerp zou zijns inziens ontbreken indien “ten aanzien van de bij de balans aan te leggen maatstaf verschillende meningen zonder enig waardeonderscheid mogelijk zouden zijn” (p. 769, onderaan, en 770), maar daarvan was geen sprake waar “de rechter op redelijke gronden vóór een bepaalde opvatting zou mogen kiezen. Immers deze opvattingen worden toch ook met redelijke argumenten verdedigd, zij berusten in zoverre niet op willekeur van haar

aanhangers." (p. 771, l.k.).

5.23.1 Volgens Seba c.s. (s.t. nr. 2.3 en 2.5 en Repliek/Dupliek nr. 3.2 e.v.) dient de canonherzieningsbepaling de criteria of een maatstaf te bevatten aan de hand waarvan de canon (door de deskundigen) moet worden vastgesteld en voldoen de onderhavige herzieningsbepalingen daaraan niet zodat zij te onbepaald zijn. Daarmee wordt volgens mij miskend, dat in de parlementaire geschiedenis met "vaststaande criteria, die een subjectief element kunnen inhouden" (zie bij 5.21) niet wordt bedoeld dat de afspraak een inhoudelijke maatstaf moet bevatten (aan de hand waarvan de derde de inhoud ervan nader kan vaststellen) om te voldoen aan het bepaalbaarheidsvereiste. Er wordt mee bedoeld dat aan het bepaalbaarheidsvereiste in beginsel ook is voldaan indien de afspraak een procedure voorschrijft, zoals de vaststelling door een derde van de inhoud van de verbintenis.

Dat de door Seba c.s. verdedigde opvatting van het bepaalbaarheidsvereiste naadloos zou aansluiten bij het transparantievereiste van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Seba c.s. s.t. nr. 2.8), doet, wat daar verder van zij, niet ter zake. Dit vereiste betreft immers alleen de duidelijkheid en begrijpelijkheid waarmee de algemene voorwaarden waarop deze richtlijn ziet, moeten worden geformuleerd.<sup>46</sup> Dit betreft niet de kwestie van bepaalbaarheid van verbintenissen.

5.23.2 Evenmin onderschrijf ik de opvatting, dat aan het bepaalbaarheidsvereiste niet is voldaan wanneer er verschillende methoden of maatstaven zijn om de inhoud van de verbintenis nader vast te stellen zonder dat kan worden aangegeven welke daarvan door de deskundigen gehanteerd moeten worden (vgl. het betoog van Seba c.s. Repliek/Dupliek nr. 3.5-3.6 e.v.). Juist in dat geval kan een beroep op deskundigen zinvol zijn om de inhoud van de verbintenis nader te bepalen. Dat het formuleren van door de deskundigen in acht te nemen maatstaven de voorspelbaarheid van het resultaat kan bevorderen, en daarom zinvol kan zijn, staat er niet aan in de weg dat ook zonder dergelijke maatstaven de verbintenis voldoende bepaalbaar is.

Volgens Seba c.s. (Repliek/Dupliek nr. 3.7) doet het probleem zich overigens niet voor indien de rechter zich uitlaat over de toe te passen maatstaven, bijvoorbeeld op de voet van art. 7:904 lid 2 BW. Die gedachte veronderstelt mijns inziens dat de afspraak waarover de rechter zich zou moeten uitlaten (anders dan Seba c.s. aanvoeren) wél voldoende bepaalbaar is.

5.24 De afspraak dat de inhoud van de verbintenis om de canon te betalen nader, gemotiveerd, zal worden vastgesteld door drie deskundigen zoals bedoeld in de AB-en voldoet in beginsel aan de eis van bepaalbaarheid, zo meen ik met de Gemeente s.t. nr. 42.

5.25 Het is denkbaar dat anders geoordeeld moet worden in het licht van de aard van de afspraak en de overige omstandigheden van het geval.<sup>47</sup> Daarmee kom ik aan het beroep van Seba c.s. op de eis van bepaaldheid.

5.26.1 De eis van bepaaldheid doelt op art. 3:84 lid 2 BW. Volgens de letter van deze bepaling moet bij de titel het goed met voldoende bepaaldheid omschreven zijn. Nu art. 3:84 lid 2 BW verwijst naar de *titel* is onduidelijk wat de bepaling precies toevoegt aan art. 6:227 BW. Men zou eruit kunnen opmaken dat de aan de overdracht van een goed of vestiging van een beperkt recht ten grondslag liggende rechtsverhouding (de titel) de levering of vestiging moet rechtvaardigen.<sup>48</sup>

5.26.2 Blijkens literatuur en rechtspraak gaat het er echter om dat bij de *levering* (c.q. bij de vestiging van een beperkt recht) het goed met voldoende bepaaldheid wordt omschreven, met andere woorden dat het goed voldoende geïndividualiseerd is. In die betekenis voegt art. 3:84 lid 2 BW iets toe aan art. 6:227 BW en is zij ook is "iets strikter" geformuleerd zoals de MvA II Inv. opmerkte. Dit bepaaldheidsvereiste (ook wel de 'specialiteitseis' of



'individualiseringseis' genoemd) gold ook onder oud recht.<sup>49</sup>

5.27 Bij de vestiging of overdracht van een erfpachtrecht betekent dit bepaaldheidsvereiste dat de in de openbare registers in te schrijven akte moet vermelden de aard van de onroerende zaak, de plaatselijke aanduiding zo deze er is en de kadastrale aanduiding (art. 20 Kadasterwet). Voorts is vereist dat de akte de titel en de wettelijke benaming van het recht vermeldt (art. 3:89 jo 98 BW en art. 24 Kadasterwet). Aan de hand hiervan kan dus worden vastgesteld op welke zaak welk recht (een erfpachtrecht) is gevestigd.

De door art. 3:89 BW vereiste "nauwkeurige vermelding van de titel" beoogt dat derden over gegevens kunnen beschikken om te beoordelen of de rechtsovergang geldig tot stand is gekomen. Zij betreft onder meer bedingen, die meebrengen dat de overdracht aan een voorwaarde is onderworpen. Tot de nauwkeurige vermelding van de titel behoort niet de vermelding van de koopprijs. Art. 46 van de Wet op het notarisambt verplicht de notaris weliswaar om in de akte de geldelijke tegenprestatie te vermelden, maar het ontbreken daarvan staat niet in de weg aan inschrijving van de akte in de openbare registers.<sup>50</sup>

5.28 Bij de overdracht of verpanding van vorderingen is voldaan aan art. 3:84 lid 2 BW wanneer de akte van levering zodanige gegevens bevat dat aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vorderingen het gaat.<sup>51</sup> Seba c.s. (s.t. nr. 2.6) verwijzen naar deze regel, maar die ziet niet op de vestiging of overdracht van een erfpachtrecht; daarvoor geldt het bij 5.26.2 geschetste kader.

Bovendien vertalen Seba c.s. deze regel zo, dat daaruit zou blijken dat in de akte "objectieve gegevens moeten zijn opgenomen aan de hand waarvan de inhoud van de verbintenis kan worden vastgesteld". Deze regel betreft echter het object van het recht (welke vorderingen worden overgedragen of verpand) en niet de inhoud van het recht.<sup>52</sup>

5.29 Uit de bij 5.28 bedoelde regel kan dus niet, ook niet indirect, worden afgeleid, dat de eis van bepaaldheid van (thans) art. 3:84 lid 2 BW zou meebrengen dat de inhoud van het erfpachtrecht op het punt van de canonherziening aan de hand van in de akte vermelde objectieve gegevens zou moeten worden bepaald. Een dergelijke eis volgt evenmin uit het bij 5.27 geschetste kader.

Zij volgt ook niet uit de uitleg naar objectieve maatstaven van in de openbare registers ingeschreven notariële akten tot vestiging of overdracht van een beperkte recht.<sup>53</sup> Dat laatste wordt – terecht – ook niet aangevoerd door Seba c.s. (vgl. de s.t. nr. 2.2).

5.30 Ik kom tot de slotsom dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn voor de opvatting dat de eisen van bepaalbaarheid of bepaaldheid zich verzetten tegen de canonherzieningsbepaling in de AB-en.

5.31.1 Ik heb mij nog afgevraagd of uit de aard van het beperkte recht van erfpacht volgt dat de inhoud van de in de toekomst verschuldigde herziene canon reeds moet kunnen worden bepaald aan de hand van in de akte respectievelijk de AB-en opgenomen maatstaven. De gedachte zou dan zijn, dat de toekomstige financiële verplichting van de erfpachter voldoende moet vast staan. Een concreet aanknopingspunt voor die gedachte (anders dan hierboven werd besproken) heb ik niet gevonden.

5.31.2 Het erfpachtrecht wordt goeddeels bepaald door de erfpachtvoorwaarden, dat wil zeggen afspraken tussen de erfverpachter en de erfpachter die, voor zover zij niet strijdig zijn met het wezen van het beperkte recht, goederenrechtelijke werking krijgen. In dit opzicht heeft erfpacht een 'contractueel' karakter.<sup>54</sup> Over de afbakening van 'het wezen' kan men van mening verschillen,<sup>55</sup> maar een canonverplichting is er niet mee in strijd.

Onzekerheid over toekomstige financiële verplichtingen is m.i. evenmin in strijd met het wezen van het erfpachtrecht. Ik verwijs naar 5.13 en 5.19.

Ik wijs in dit verband voorts nog op de preadviezen van Plantenga en Treurniet die werden

uitgebracht in 1957, dus op een moment dat al geruime tijd ervaring was opgedaan met bepalingen als de AB15/34/37. Beide auteurs bespreken de onderhavige of vergelijkbare canonherzieningsbepalingen. De door mij opgeworpen vraag stellen zij niet aan de orde. Volgens Plantenga is op zichzelf de herziening billijk (waarmee hij doelt op de mogelijkheid van herziening als zodanig) "mits zo geregeld, dat bij de taxatie van de nieuwe canon geen acht wordt geslagen op verbeteringen door de erfpachter aangebracht en dat een objectieve wijze van vaststelling voor ieder tijdvak, zo nodig aan de hand van een bindend advies door deskundigen, is gewaarborgd." Van een dergelijke objectieve wijze van vaststelling was volgens Plantenga sprake bij vaststelling door deskundigen zoals geregeld in bepalingen als de onderhavige. Treurniet, die opmerkt dat "de wisselende canon (...) geen zeldzaamheid [is]. Meest in deze vorm, dat beide partijen periodiek het recht hebben de canon opnieuw te doen vaststellen door deskundigen", bespreekt wel de effecten van een hogere of lagere canon op bijvoorbeeld de positie van de hypotheekhouder, maar problematiseert niet dat de hoogte van de herziene canon vooraf onzeker is.<sup>56</sup>

5.32 Hiermee wil ik niet afdoen aan de door Seba c.s. genoemde bezwaren die zijn verbonden aan het systeem van de besproken AB-en. Onzekerheid over de herziene canon leidt tot problemen.<sup>57</sup> Ik kom echter tot de slotsom, kort gezegd, dat het Nederlandse registergoederenrecht niet de conclusie rechtvaardigt dat (i) de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte zelf moet staan in plaats van in de AB-en of (ii) dat de canonherzieningsbepaling in de besproken AB-en onvoldoende bepaalbaar of bepaald is.

*b. Bespreking van Seba c.s. middelen 1 en 2*

5.33 Het hof verwerpt in rov. 2.4 het standpunt van Seba c.s. dat de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte (en niet in de AB) moet staan. Art. 767 (oud) BW was destijds van toepassing en is gezien art. 69a Overgangswet NBW ook na invoering van art. 5:85 BW van toepassing gebleven. Aan art. 767 (oud) BW is – onbetwist – voldaan. Het hof laat in het midden of art. 5:85 lid 2 BW vereist dat de wijze van wijziging van de canon in de vestigingsakte dient te staan (rov. 2.4).

5.34.1 Het eerste cassatiemiddel van Seba c.s. komt op tegen de overweging in rov. 2.4, dat aan art. 767 (oud) BW – onbetwist – is voldaan. Volgens het middel hebben Seba c.s. in MvG nrs. 3.6-3.20 wel betwist dat aan art. 767(oud) BW is voldaan.

5.34.2 Deze klacht is naar mijn mening gegrond. Grief 1 van Seba c.s. hield niet alleen in dat art. 5:85 lid 2 BW van toepassing is geworden op de onderhavige erfpachtrechten (zoals het hof in rov. 2.4 heeft vermeld), maar klaagde óók (subsidiar) over het oordeel van de rechtbank dat aan art. 767 (oud) BW was voldaan. In dat verband hebben Seba c.s. betoogd, kort gezegd, dat "de hoogte van de canon onder het oude recht kenbaar moest zijn uit de ingeschreven vestigingsakte." (MvG nr. 3.18; vgl. ook MvG nrs. 3.8 en 3.11 over de betekenis die Seba c.s. toekenden aan 'de' canon). Op deze kwestie is het hof niet kenbaar ingegaan.

5.34.3 De tegenwerpingen van de Gemeente (s.t. nr. 22) gaan mijns inziens niet op.<sup>58</sup>

De passage in de MvG nr. 3.16 e.v. dat "het overgangsrecht geen directe werking heeft" beoogt het subsidiaire standpunt in te leiden en dient klaarblijkelijk zo te worden gelezen dat art. 5:85 lid 2 BW geen directe (ofwel onmiddellijke) werking heeft volgens de Overgangswet NBW.

Anders dan de Gemeente aanvoert, kan niet gezegd worden dat de stellingen van Seba c.s. intrinsiek tegenstrijdig zijn. Volgens de Gemeente monden de stellingen erin uit dat geen geldige erfpachtrechten zouden zijn gevestigd, maar dat miskent de strekking van de grief van Seba c.s., namelijk dat "zowel de verplichting voor de erfpachter om een jaarlijkse canon te voldoen als de wijze waarop deze kan worden gewijzigd in de akte van vestiging moet zijn opgenomen" (rov. 2.4, eerste volzin). Het ging Seba c.s. om het laatste (vgl. rov. 2.4, derde volzin en voorts rov. 2.5.1, tweede volzin). Daarop stuit ook af het betoog van de

Gemeente dat grief 1 de nietigheid en niet de zakenrechtelijke werking van de herzieningsbepaling aan de orde stelde. De nietigheid betrof immers het door Seba c.s. gestelde ontbreken van het rechtsgevolg van behoren tot de inhoud van het erfpachtrecht (vgl. rov. 4.1 en 4.32 van het vonnis van 5 juni 2013 en de formulering van vordering E.I onder a op MvG p. 78).<sup>59</sup>

5.35 Hoewel het eerste middel van Seba c.s. slaagt, kan dit niet tot cassatie leiden. Gezien de bij 5.32 bereikte slotsom – dat het Nederlandse registergoederenrecht niet de conclusie rechtvaardigt dat (i) de canonherzieningsbepaling in de erfpachtakte zelf moet staan in plaats van in de AB-en of (ii) dat de canonherzieningsbepaling in de besproken AB-en onvoldoende bepaalbaar of bepaald is – missen Seba c.s. immers belang bij deze klacht.

5.36 Om deze reden komt ook geen belang toe aan de vraag of, zoals de Gemeente (s.t. nr. 31) aanvoert, het eerste middel van Seba c.s. ten onrechte de kwestie van de bepaalbaarheid van het in de AB genoemde herzieningsmechanisme betreft op rov. 2.5.4.

Ten overvloede: ik ben geneigd het standpunt van de Gemeente te volgen. Seba c.s. menen kennelijk dat deze kwestie wel door rov. 2.5.4 wordt bestreken. Volgens het eerste middel onder 8 wordt zowel in de inleiding van de MvG als in de toelichting op grief 1 het bepaalbaarheidsvereiste genoemd. In de toelichting op grief 1 lees ik slechts dat de methode en de maatstaven van herziening van de canon uit de akte dienen te blijken (MvG nr. 3.11) en dat de vraag wordt opgeworpen of de canon kan worden herzien indien de bevoegdheid daartoe en de maatstaven aan de hand waarvan dat kan gebeuren niet uit de akte blijken (MvG nr. 3.15). Het hof heeft dit – kennelijk en niet onbegrijpelijk – opgevat als uitwerking van het betoog van grief 1 over de inhoud van de erfpachtakte en niet betrokken op de bepaalbaarheidskwestie (die met zoveel woorden in grief 2 aan de orde werd gesteld).

5.37.1 Het tweede cassatiemiddel van Seba c.s. komt in onderdeel 1 (eerste klacht) op tegen de verwerping van grief 2 in rov. 2.5.1 met het argument, kort gezegd, dat het overgangsrecht eraan in de weg staat dat de onder het oude recht geldig gevestigde erfpachtrechten niet nietig kunnen worden doordat het recht nadien wijzigt. Het hof zou daarbij over het hoofd zien dat de nietigheid schuilt in het niet voldoen aan het bepaalbaarheidsvereiste, dat zowel gold onder het oude als het huidige BW, zodat het overgangsrecht hier feitelijk geen rol speelt.

Onderdeel 1 (tweede klacht) bestrijdt voorts de overweging in rov. 2.5.1, dat de vermelding dat de canon zal worden herzien door deskundigen voldoende duidelijk is omschreven. Deze overweging is volgens de klacht onbegrijpelijk, omdat voorbij wordt gegaan aan het betoog dat deze vermelding te onbepaald is door het ontbreken van elke parameter of aanwijzing die deskundigen daarbij in acht moeten nemen.

5.37.2 De eerste klacht faalt, want zij gaat langs het oordeel van het hof. Ook als de canonherzieningsbepalingen in de AB-en onvoldoende bepaald zouden zijn, laat dat de vestiging van de erfpachtrechten onverlet. In cassatie dient tot uitgangspunt dat in de betrokken erfpachtrechten een aanvangscanon was opgenomen (rov. 2.4, derde volzin) en dat gesteld noch gebleken is dat deze rechten ten tijde van de vestiging nietig waren (rov. 2.5.1, tweede volzin).

Bovendien faalt zij op grond van de bij 5.32 bereikte conclusie. Ik laat daarom in het midden of de Gemeente (s.t. 34) terecht aanvoert rov. 2.5.1 alleen ziet op de bepaalbaarheid en niet op de bepaaldheid.

5.37.3 Ook de tweede klacht faalt bij gebrek aan belang gezien de bij 5.32 bereikte conclusie. Ik laat daarom in het midden of de Gemeente (s.t. 38) terecht aanvoert dat dat dit deel van rov. 2.5.1 alleen ziet op de verwerping van grief 3 (inzake het formele rechtszekerheidsbeginsel).

5.38 Het tweede cassatiemiddel van Seba c.s. komt in onderdeel 2 op tegen de verwerping van het

beroep op het formele rechtszekerheidsbeginsel.

5.39.1 Het hof overwoog: "Daargelaten dat een in algemene bepalingen opgenomen artikel deel uitmaakt van een overeenkomst en geen overheidsbesluit (meer) is (..)".

Volgens de klacht is het vaststellen van algemene voorwaarden wel degelijk een overheidsbesluit.

5.39.2 De klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest, omdat het hof met de bestreden overweging niet oordeelt over de situatie van vaststelling van algemene voorwaarden door de overheid maar over de situatie dat algemene voorwaarden deel zijn gaan uitmaken van een privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de Gemeente en een erfpachter.

Ook de klacht dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door te miskennen dat het formele rechtszekerheidsbeginsel van toepassing was (Seba c.s. s.t. nr. 2.11), berust dus op een onjuiste lezing van het arrest. De Gemeente wijst er overigens terecht op dat deze klacht tardief is.

5.40.1 Het hof heeft voorts geoordeeld dat "de vermelding dat de canon door deskundigen zal worden vastgesteld, voldoende duidelijk is omschreven".

Tegen dit oordeel richt het middel kennelijk – de Gemeente s.t. nr. 45 leest het middel anders – de klacht, dat de formele rechtszekerheid ontbreekt bij een overeenkomst met algemene voorwaarden die onvoldoende handvatten bieden voor het vaststellen van de nieuwe canon.

5.40.2 Die klacht faalt. Het oordeel van het hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is voldoende gemotiveerd. De eis dat besluiten duidelijk en ondubbelzinnig zijn geformuleerd en dat de betekenis ervan niet afhankelijk mag zijn van de uitleg door een ander, zoals het formele rechtszekerheidsbeginsel wel wordt geformuleerd,<sup>60</sup> strekt ertoe dat burgers kunnen weten wat hun rechten en verplichtingen zijn. Het staat overigens niet in de weg aan een zekere mate van vaagheid in publiekrechtelijke normstelling.

5.40.3 Het formele rechtszekerheidsbeginsel laat zich mijns inziens bezwaarlijk transponeren naar een privaatrechtelijke context voor wat betreft de inhoud van de afspraken, die de overheid met een private partij maakt.<sup>61</sup> Het zou, indien de opvatting van Seba c.s. juist is, dergelijke partijen immers kunnen belemmeren om afspraken te maken die privaatrechtelijk niet op bezwaren stuiten en daarmee de contractsvrijheid beperken (men denke bijvoorbeeld aan een besluit van een orgaan van de gemeente om een (voor)overeenkomst met een projectontwikkelaar aan te gaan, waarbij de verplichtingen van partijen nog nauwelijks zijn uitgewerkt omdat daarover nog onderhandeld moet worden). Het zou mogelijk ook de rechtszekerheid die partijen aan een gesloten overeenkomst ontleen in gevaar kunnen brengen indien (zoals Seba c.s. lijken te betogen) een (partiële) nietigheidssanctie zou moeten worden verbonden aan het niet (voldoende) in acht nemen van dat beginsel.

Ik zie ook geen noodzaak voor een in dit opzicht verscherpte toets voor overeenkomsten met de overheid. Op het terrein van algemene voorwaarden speelt het transparantiebeginsel van de Richtlijn oneerlijke bedingen, dat eisen stelt aan de duidelijkheid en begrijpelijkheid van jegens consumenten gebruikte algemene voorwaarden. Schending van dat beginsel betekent dat kernbedingen getoetst kunnen worden als algemene voorwaarden (art. 6:231 sub a BW) en speelt voorts een rol bij de uitleg (art. 6:238 lid 2 BW) en het oordeel over de eerlijkheid van de voorwaarden.

5.40.4 Het privaatrechtelijke bepaalbaarheidsvereiste is voorts geen specialis van het publiekrechtelijke formele rechtszekerheidsbeginsel, anders dan het middel nog aanvoert. Mocht de strekking van de klacht echter zijn dat het formele rechtszekerheidsbeginsel dezelfde eisen stelt als het bepaalbaarheidsvereiste (vgl. Seba c.s. Repliek/Dupliek nr. 3.9), dan faalt omdat Seba c.s. uitgaan van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de inhoud van dat vereiste.

5.41 Ik komt tot de slotsom dat eerste middel van Seba c.s. slaagt, maar niet tot cassatie kan leiden en dat het tweede middel van Seba c.s. faalt.

## **6 Zijn de Algemene Bepalingen onredelijk bezwarend?**

6.1 In rov. 2.6.1 en 2.6.2 staat centraal dat de AB-en het karakter van algemene voorwaarden hebben. Seba c.s. klagen in middel 3 over het oordeel in rov. 2.6.1, dat de canonherzieningsregeling in de AB-en geen beding als bedoeld in art. 6:236 onder n BW is. Dit is een kwestie die kan worden beoordeeld op basis van het nationale recht zonder invloed van de Europese Richtlijn oneerlijke bedingen.

6.2.1 Deze Richtlijn staat juist centraal bij de klachten tegen rov. 2.6.2.

6.2.2 De Gemeente klaagt in onderdeel A dat het hof de wijzigingsbevoegdheid in de AB-en niet ambtshalve aan de Richtlijn oneerlijke bedingen mocht toetsen nu de Richtlijn niet ziet op de onderhavige rechtsverhoudingen, en dat deze toetsing ook overigens niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet. De klacht van Seba c.s. in middel 4 houdt daarentegen in dat het hof ook de canonherzieningsbepaling ambtshalve had moeten toetsen. Ik bespreek daarom eerst de klacht van de Gemeente en daarna die van Seba c.s.

6.3 Bij de bespreking van deze klachten verdient de verhouding tussen de Gemeente en [C] bijzondere aandacht omdat het daarin gaat om de toepasselijkheid van de AB2000. Deze verhouding komt voor het eerst aan de orde bij de bespreking van Seba c.s. middel 3 en aansluitend bij onderdeel C van het middel van de Gemeente. Bij de bespreking van achtereenvolgens Gemeente onderdeel A.2.A, Seba c.s. middel 4 en Gemeente onderdeel B kom ik er op terug.

*a. Art. 6:236 sub n BW (Seba c.s. middel 3)*

6.4 Het derde middel van Seba c.s. bestrijdt het oordeel in rov. 2.6.1 dat de canonherziening geregeld in art. 5 AB15 en art. 6 AB34/AB37 geen geschilbeslechting betreft, maar het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen conform art. 7:900 BW, waarbij partijen ter voorkoming van onzekerheid zich op voorhand binden aan een vaststelling door derden.

6.5 Onderdeel A.2.B van het middel van de Gemeente stelt de hoedanigheid van consument ter discussie. Ik laat dat in het midden. Onderdeel A.2.B ziet overigens niet op de rechtsverhouding tussen de Gemeente en partij [F] .

6.6 Middel 3 klaagt dat het hof toepassing van art. 6:236 onder n BW verwerpt met het argument dat de AB-en een vaststellingsovereenkomst inhouden (Seba c.s. middel nr. 13 en s.t. nrs. 3.3-3.4) terwijl wel degelijk sprake is van een geschil (Seba c.s. middel nr. 14 en s.t. nrs. 3.5 e.v.). Het hof heeft ook nog eens nagelaten te kijken naar de AB2000 die geldig zijn voor [C] en waarin de gemeente zelf spreekt van een geschil zoals blijkt uit art. 34 lid 2 AB2000.

6.7.1 Vooraf merk ik het volgende op. Er is een onderscheid tussen een zuiver bindend advies en een onzuiver bindend advies. Bij het zogeheten zuiver bindend advies is tussen partijen geen geschil, maar spreken zij af de vaststelling van hun onbepaalde of slechts gedeeltelijk bepaalde rechtsverhouding over te laten aan een derde, aan wiens oordeel zij zich bij voorbaat binden. De derde spreekt dan geen recht, maar schept nieuwe feiten in de rechtsverhouding tussen partijen. Zijn bindend advies heeft tussen hen de kracht van een overeenkomst. Bij een oneigenlijk of onzuiver bindend advies geven partijen een derde

opdracht een bindende beslissing te nemen in een bestaand geschil. Deze tweede vorm betreft dus een instrument voor conflictbeslechting, net als arbitrage of overheidsrechtspraak.<sup>62</sup>

6.7.2 Dit onderscheid kwam aan de orde in HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, waarin het ging om een bindend advies door deskundigen op basis van de AB15. In verband met de vraag of de deskundigen hun oordeel moesten motiveren, werd overwogen:

"3.4 (...) Partijen, de hiervoor in 3.1 onder (iv) bedoelde erfpachters en de Gemeente, hebben aan de deskundigen als bindend adviseurs opgedragen de canon te herzien die is verschuldigd door de erfpachters van het bouwblok waarvan het perceel van [K] deel uitmaakt. Op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, valt geen algemeen antwoord te geven. In beginsel heeft te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.

In het onderhavige geval hield de opdracht aan de deskundigen in dat zij een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienden vast te stellen. Op zichzelf wijst dit erop dat aan hun oordeel weinig of geen motiveringseisen behoeften te worden gesteld. Anderzijds mochten zij bij de vaststelling van de gewijzigde canon niet louter intuïtief te werk gaan. Art. 6 lid 2 van de AB 1915 luidt immers als volgt:

'De herziening der pachtsummen geschiedt door deskundigen (...); door de deskundigen zal van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal aan het Gemeentebestuur worden ingezonden.'

Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de eis dat sprake moet zijn van 'een gemotiveerd proces-verbaal' aldus uitgelegd, dat het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) in belangrijke mate diende te berusten op een vergelijking met andere in Amsterdam gelegen percelen/ bouwblokken die in erfpacht waren uitgegeven, welke zich voor een zodanige vergelijking leenden. Bij dit uitgangspunt mogen in zoverre wel degelijk motiveringseisen aan het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) worden gesteld. (...)."

6.7.3 Uitgangspunt in het arrest van 20 mei 2005 was dat de opdracht aan de deskundigen inhield dat zij een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienden vast te stellen. Dat uitgangspunt werd in die zaak, anders dan in de onderhavige zaak, niet geproblematiseerd.

Ook HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, rov. 3.4.2, betitelde in een Limburgse zaak een opdracht aan makelaars om de herziene canon vast te stellen als het vast stellen van een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen.<sup>63</sup>

6.7.4 Art. 6:236 onder n BW ziet blijkens de parlementaire geschiedenis op het bindend advies bij wege van geschillenbeslechting.<sup>64</sup> De indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen vermeldt bedingen die ertoe strekken "het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden (...)."

6.8 In de onderhavige zaak overwoog de rechtbank:

"4.29. Met betrekking tot het beroep van Seba c.s. op artikel 6:236 aanhef en sub n BW wordt als volgt geoordeeld. Dit artikel bepaalt dat bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een

wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt een in de algemene voorwaarden voorkomend beding, dat voorziet in de beslechting van een geschil door een ander dan hetzij de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, hetzij een of meer arbiters. Volgens Seba c.s. is artikel 6 van de AB-en onredelijk bezwarend, nu het voorschrijven van een bindend advies als enige vorm van geschilbeslechting voorkomt op de zwarte lijst onder artikel 6:236 aanhef en onder n BW. De rechtbank deelt dit standpunt van Seba c.s. niet.

Niet gezegd kan immers worden dat bij het vaststellen van de waarde van de canon reeds sprake was van een geschil. Met de Gemeente is de rechtbank van oordeel dat de onderhavige canonherziening geen geschilbeslechting betreft maar het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen. Het beroep van Seba c.s. op artikel 6:236 aanhef en sub n BW wordt dan ook verworpen. (...)”

Het hof overweegt:

“Hun beroep op de desbetreffende artikelen uit de Algemene Bepalingen gaat echter niet op omdat, zoals de rechtbank heeft overwogen (rechtsoverweging 4.29) de onderhavige canonherziening geen geschilbeslechting betreft maar het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen. Het hof acht die overweging juist en maakt deze tot de zijne. De desbetreffende bepalingen behelzen immers een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW waarbij partijen ter voorkoming van onzekerheid zich op voorhand binden aan een vaststelling door derden.”

6.9 Ik denk dat het middel rov. 2.6.1 verkeerd leest voor zover het veronderstelt dat het hof het beroep op art. 6:236 onder n BW heeft afgewezen omdat sprake is van een vaststellingsovereenkomst. In zoverre faalt middel 3 bij gebrek aan feitelijke grondslag.

Het hof heeft zich immers aangesloten bij de uitleg die de rechtbank aan de AB-en had gegeven. Het hof heeft dus ook geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat bij het vaststellen van de waarde van de canon reeds sprake was van een geschil. Daarom leest het hof de onderhavige bepalingen zo, dat zij geen geschilbeslechting betreft maar het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen.

Uit de bewoordingen van art. 7:900 lid 1 BW volgt dat een vaststellingsovereenkomst kan worden gesloten “ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil”. In de hierboven geciteerde passage geeft het hof aan dat de canonherzieningsregeling in de AB-en 15/34/37 niet ziet op de geschilbeslechtsingsvariant van de vaststellingsovereenkomst, maar op de variant waarbij partijen ter voorkoming van onzekerheid zich op voorhand binden aan een vaststelling door derden.

6.10.1 De klacht dat wel degelijk sprake is van een geschil – dat wil zeggen een bepaling die betrekking heeft op geschilbeslechting – stuit af op de aan het hof voorbehouden uitleg van de AB-en. In de uitleg die het hof aan de AB-en heeft gegeven is immers geen sprake van een beding als bedoeld in art. 6:236 onder n BW.<sup>65</sup>

6.10.2 Het hof heeft blijkens rov. 2.6.1, eerste en tweede volzin, de AB-en zo gelezen dat (i) de canon wordt herzien door deskundigen en dat (ii) de inschakeling van deskundigen achterwege kan blijven indien erpachter en Gemeente onderlinge overeenstemming hebben bereikt over de nieuwe canon. Het middel verdedigt een andere uitleg, namelijk dat als partijen er niet uitkomen (en dus een geschil hebben) de deskundigen moeten worden ingeschakeld om dat op te lossen. Dat is op zichzelf een denkbare uitleg. Maar de uitleg van het hof (in navolging van het standpunt van de Gemeente) is ook verdedigbaar. Onbegrijpelijk is de uitleg van het hof niet te noemen. Ik licht dat toe.

6.10.3 Het antwoord op de vraag of een beding waarbij deskundigen worden ingeroepen om de canon vast te stellen een beding als bedoeld in art. 6:236 onder n BW is, is niet in het

algemeen te geven. Dit hangt af van de uitleg van het beding.<sup>66</sup>

Rutgers noemt in zijn noot onder HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, de vaststelling van de erfpachtcanon als een voorbeeld van een zuiver bindend advies, omdat in 1924 niet was te voorzien wat na 75 jaar een reële canon zou zijn. Partijen komen in dergelijke gevallen met elkaar overeen dat een bepaald gedeelte van een tussen hen gesloten overeenkomst – door een derde – nader zal worden aan- c.q. ingevuld.<sup>67</sup>

Andere auteurs zijn minder stellig. Volgens Sniijders zouden de onderhavige bindend-adviesprocedures wel degelijk gezien kunnen worden als geschillen, omdat partijen het voorafgaande aan de procedures niet eens zijn over de hoogte van de nieuwe canon.<sup>68</sup> Ook Vonck lijkt dit type beding wat meer in de sfeer van geschilbeslechting te plaatsen, maar hij betreft dat vooral op de motiveringsplicht van de deskundigen.<sup>69</sup>

Volgens Ernste moet per geval worden beoordeeld of art. 6:236 onder n BW van toepassing is op de waardering van de erfpachtcanon. Zij meent dat art. 6:236 onder n BW niet van toepassing is in het geval dat het bindend advies in de algemene voorwaarden bepaalt dat indien de erfpachter zich niet kan verenigen met de door de erfverpachter voorgestelde canon de grondwaarde bindend wordt bepaald door deskundigen. Haar argument is dat de bepaling van de erfpachtcanon niet door de rechter kan plaatsvinden.<sup>70</sup> Dit argument hangt samen met het bij 6.10.4 te bespreken punt.

Ik houd voor onjuist het argument van de Gemeente (Repliek/Dupliek nr. 34, slot), dat de nadere bepaling van de inhoud van de overeenkomst niet de door de rechter kan geschieden. Mijn inziens zal het antwoord op de vraag of de rechter, zo nodig voorzien van een deskundigenadvies, een nieuwe canon kan vaststellen afhangen van de inhoud van de erfpachtvoorwaarden.

6.10.4 Anders dan Seba c.s. (s.t nr. 3.4 en Repliek/Dupliek nrs. 4.10-4.13) aanvoeren, heeft het hof niet verondersteld dat het gaat om een situatie waarin de deskundigen aan de hand van een formule de herziene canon bepalen. Het hof heeft aangenomen dat de deskundigen een onbepaald element moeten vast stellen.

Dat de deskundigen daarbij maatstaven zullen moeten kiezen, betekent naar mijn mening niet, anders dan Seba c.s. aanvoeren, dat dus sprake is van een beding ter zake van een geschil als bedoeld in art. 6:236 onder n BW. Ernste wijst op de onduidelijke afbakening tussen een zuiver en een onzuiver bindend advies: "In een ogenschijnlijk zuivere waarderingkwesitie ligt echter al snel de beoordeling van een rechtsgeschil besloten, bijvoorbeeld over de wijze van waardering, waarvoor nadere uitleg van de in de overeenkomst neergelegde waarderingmethode nodig is. Dit kan ook het geval zijn bij de vaststelling van de erfpachtcanon." In het onderhavige geval gaat het naar het kennelijke oordeel van het hof niet om de situatie dat een geschil bestaat over de uitleg van de in de overeenkomst neergelegde waarderingmethode, nu de AB-en daarover geen regeling bevatten (vgl. ook rov. 2.7.1).<sup>71</sup>

6.10.5 Onbegrijpelijk is de uitleg van het hof niet te noemen. Voor het overige is de uitleg van de AB-en als een feitelijke kwestie aan het hof voorbehouden en kan daarover in cassatie niet nader worden geklaagd.

6.11 Dat canonherzieningsbepalingen in andere erfpachtvoorwaarden wel als geschilbeslechtingclausules zijn uitgelegd, doet daarom niet af aan het oordeel van het hof in deze zaak.<sup>72</sup>

Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, kwam inderdaad tot een ander oordeel dan het Amsterdamse hof, maar gaf daarbij aan dat het ging om (iets) anders geformuleerde erfpachtvoorwaarden (rov. 4.6).<sup>73</sup> In de annotaties bij het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden wordt gewezen op het aanstaande oordeel van de Hoge Raad in de onderhavige zaak. Verwerping van middel 3 van Seba c.s. om de door mij aangegeven redenen zegt echter alleen iets over de vraag of het hof Amsterdam tot zijn uitleg van de AB-en kon komen.



De Gemeente (Repliek/Dupliek nrs. 32 en 37) stuurt ook aan op een meer algemeen luidend oordeel van Uw Raad over de aard van bepalingen als de onderhavige, waarin wordt voorzien in de vaststelling van de canon door deskundigen. Daarbij zouden "triviale, louter semantische verschillen" niet bepalend mogen zijn, maar de "strekking van dergelijke bepalingen" die volgens de Gemeente meebrengt dat sprake is van een zuiver bindend advies.

Ik meen dat Uw Raad niet kan voorzien in deze behoefte aan een eenduidige oplossing voor allerlei gevallen. Uiteindelijk blijft de uitleg van de concrete rechtsverhouding doorslaggevend.

6.12.1 Volgens middel 3 heeft het hof ook nog eens nagelaten te kijken naar de AB2000 die geldig zijn voor [C] en waarin de gemeente zelf spreekt van een geschil zoals blijkt uit art. 34 lid 2 AB2000 (middel onder nr. 14).

6.12.2 Art. 34 lid 2 AB2000 spreekt over de situatie dat de Gemeente voornemens is een geschil ter beslissing voor te leggen aan deskundigen en houdt, kort gezegd, in dat de erfpachter gedurende een maand na ontvangst van de kennisgeving van dat voornemen de gelegenheid heeft om het geschil voor te leggen aan de bevoegde rechter. Art. 11 lid 5 AB2000 houdt, kort gezegd, in dat deskundigen de nieuwe canon vaststellen indien de erfpachter tijdig aangeeft de door de Gemeente bij het einde van het tijdvak vastgestelde nieuwe canon niet te accepteren.

6.12.3 De regeling in de AB2000 behoeft het hof niet te weerhouden van zijn oordeel over de uitleg van de AB15/34/37. Dit argument doet daarom niet af aan de bij 6.10.5 bereikte conclusie.

*b. De verhouding tussen de Gemeente en [C] (Seba c.s. middel 3 en Gemeente onderdeel C)*

6.13 In verband met Seba c.s. middel 3 (en aansluitend Gemeente onderdeel C) moet thans nader aandacht worden besteed aan de verhouding tussen de Gemeente en [C] .

6.14 De rechtbank had namelijk geoordeeld dat ten aanzien van [C] de AB2000 van toepassing zijn als gevolg van splitsing in appartementsrechten op 2 augustus:

"4.27. Met de Gemeente wordt geoordeeld dat ten aanzien van [C] de AB2000 van toepassing zijn als gevolg van splitsing in appartementsrechten op 2 augustus 2007. Blijkens de splitsingsakte heeft [C] de voorwaarden verbonden aan de goedkeuring voor splitsing (zie hiervoor onder 2.3.) uitdrukkelijk aanvaard en niet is betwist dat sprake is van een tijdige aanzegging aan [C] ."

Die voorwaarden hielden onder meer toepasselijkheid van de AB2000 in (rov. 2.3 van het vonnis). Tegen het oordeel omtrent de toepasselijkheid van de AB2000 is geen grief gericht. Wel deed [C] bij MvG nr. 64 (in de toelichting op grief 4) een beroep op de vernietigbaarheid van art. 11 AB2000 wegens strijd met art. 6:236 onder n BW.

6.15 De vraag rijst of Seba c.s. met middel 3 tevens hebben beogen te klagen dat het hof geen oordeel heeft gegeven over de vraag of de canonherzieningsregeling in de AB2000 jegens [C] onredelijk bezwarend is.

Het hof heeft op dat beroep niet kenbaar gereageerd in rov. 2.6.1 en overigens ook niet aan het slot van rov. 2.6.2 (het hof reageert daar op grief 11, die zag op onder meer art. 34 AB2000, maar niet op art. 11 AB2000). Mogelijk meende het hof dat die reactie niet nodig was, omdat de in rov. 2.3 van het vonnis bedoelde voorwaarden óók vermelden dat de canonherziening nog volgens de procedure van de AB34 zou geschieden (waarop de Gemeente bij MvA nr. 3.13 en CvD nr. 3.6 had gewezen). Helemaal duidelijk is dit overigens niet, omdat de rechtbank haar toetsing van de AB15/34/37 in rov. 4.29 niet mede op [C] betreft.

Een en ander kan echter in het midden blijven. In cassatie wordt de vernietigbaarheid van art. 11 AB2000 eerst aan de orde gesteld in Seba c.s. s.t. nr. 3.17. Ik meen dat de Gemeente terecht

aanvoert dat dit punt tardief is (Repliek/Dupliek nrs. 37-38).

6.16 Ik kom tot de slotsom dat Seba c.s. middel 3 dient te falen.

6.17.1 Omdat ook onderdeel C van het middel van de Gemeente de verhouding tussen haar en [C] aan de orde stelt, is het praktisch om thans dat onderdeel te bespreken.

6.17.2 Het onderdeel wijst op rov. 4.27 van het in appel bestreden vonnis, waarin de rechtbank de stelling gegrond bevond dat [C] de toepasselijkheid van de AB2000 reeds had geaccepteerd bij de splitsing in appartementsrechten op 2 augustus 2007, en waarin zij de vordering van [C] tot vernietiging van art. 6 lid 1 AB34 op die grond afwees. Het onderdeel merkt op dat tegen dat oordeel door [C] geen (kenbare) grief is gericht, zodat het hof in rov. 2.6.2 en zijn dictum ten opzichte van [C] de grenzen van de rechtsstrijd in appel heeft miskend, althans een onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven door zonder enige kenbare, laat staan voldoende, motivering voorbij te gaan aan voormelde essentiële stelling van de Gemeente.

6.17.3 De klacht ziet niet op het punt van de canonherziening in de verhouding tussen de Gemeente en [C] (zie daarover Seba c.s. middel 3), maar op de bevoegdheid van de Gemeente als bedoeld in de leden 1 van de art. 5 AB15, 6 AB34 en 6 AB37 om de AB-en eenzijdig te wijzigen. Het hof heeft deze bedingen in rov. 2.6.2 ambtshalve getoetst aan de Richtlijn oneerlijke bedingen en in het dictum vernietigd "voor zover overeengekomen tussen enerzijds [A] , [C] , [E] en [F] en anderzijds de Gemeente".

6.17.4 [C] heeft erkend dat jegens haar de AB2000 van toepassing zijn (Seba c.s. s.t. II nr. 8.1). Desondanks meent zij dat de klacht van de Gemeente niet slaagt, omdat het hof ten aanzien van haar slechts heeft geoordeeld dat art. 6 lid 1 AB34 nietig is voor zover het op haar van toepassing is. Dat is volgens [C] geen onjuist oordeel.

6.17.5 Onderdeel C van het middel van de Gemeente slaagt. Nu geen grief was gericht tegen rov. 4.27 van het vonnis stond in het hoger beroep vast dat op de rechtsverhouding tussen de Gemeente en [C] de AB2000 van toepassing zijn en, voor zover thans van belang (vgl. bij 6.15), niet langer de AB34. Het hof kon daarom niet in de verhouding tussen de Gemeente en [C] de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van art. 6 lid 1 AB34 toetsen en vernietigen. Ik merk op dat het hof in rov. 2.6.2 en het dictum alleen een oordeel heeft gegeven over de AB15/34/37, maar niet over AB2000. Zie ook bij 6.31 in verband met onderdeel A.2.A van de Gemeente.

*c. Toepassing van de Richtlijn oneerlijke bedingen (Gemeente onderdeel A)*

6.18 In rov. 2.6.2 heeft het hof de bevoegdheid van de Gemeente om de AB-en eenzijdig te wijzigen als bedoeld in de leden 1 van de art. 5 AB15, 6 AB34 en 6 AB37, ambtshalve getoetst aan de Richtlijn oneerlijke bedingen en geoordeeld dat deze in strijd is met het bepaalde onder j van de indicatieve lijst bij deze Richtlijn en het beding, voor zover overeengekomen tussen de Gemeente en de eisers sub 2-5, vernietigd. Seba c.s. (in middel 4) en de Gemeente (in onderdeel A) stellen beide dit oordeel aan de orde. De klacht van de Gemeente heeft de meest vergaande strekking en bespreek ik daarom als eerste.

6.19 De Gemeente voert aan dat het hof niet ambtshalve mocht toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen (onderdelen A.1 t/m A.4), dat het oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de te hanteren maatstaf en onvoldoende gemotiveerd is (onderdeel A.5 en A.6) en dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden (onderdeel A.7).

6.20 Duidelijk is dat het hof in rov. 2.6.2 toepassing heeft willen geven aan de rechtspraak van het HvJEU en de Hoge Raad ter zake van de verplichting van de rechter om oneerlijke bedingen ambtshalve te toetsen. Ik geef hieronder aan in welke gevallen die plicht speelt.

6.21.1 De verplichting tot ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen vloeit volgens vaste rechtspraak van het HvJEU voort uit de Richtlijn oneerlijke bedingen. <sup>74</sup>Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad wordt zij daarop gebaseerd.<sup>75</sup>

6.21.2 Hieruit volgt dat de verplichting tot ambtshalve toetsing ziet op gevallen die vallen binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn. Daarom moet de rechter, indien deze over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van de Richtlijn valt daarnaar onderzoek doen (vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 ( [G/H] ), rov. 3.9.1). Omgekeerd betekent dit dat de rechter niet tot ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen is gehouden indien de overeenkomst niet onder het bereik van de richtlijn valt.

6.21.3 De Richtlijn ziet op oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument (art. 1 lid 1 Richtlijn). De bedoelde overeenkomsten, zoals nader uitgewerkt in de art. 1 lid 1, 3, leden 1 en 2, en 4 lid 2, zien kort gezegd op algemene voorwaarden. De Richtlijn geldt in de verhouding tussen 'consumenten' (in art. 2 onder b Richtlijn omschreven als: "iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen;") en 'verkopers' (in art. 2 onder c Richtlijn omschreven als: "iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.")

De Richtlijn is van toepassing op overeenkomsten die na 31 december 1994 worden gesloten (art. 10 lid 1 Richtlijn).

6.22.1 De Richtlijn is niet rechtstreeks van toepassing in de Nederlandse rechtsorde. Een richtlijnconforme uitleg van het Nederlandse recht brengt echter mee dat de Nederlandse rechter op grond van art. 6:233 BW gehouden is het hiervoor bedoelde onderzoek ambtshalve te verrichten in geval de Richtlijn oneerlijke bedingen die verplichting meebrengt (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 ( [G/H] ), rov. 3.7.1).

6.22.2 De verplichting tot richtlijnconforme uitleg, die voor de nationale rechter voortvloeit uit het recht van de EU, is van toepassing binnen het toepassingsbereik van de betreffende richtlijn.<sup>76</sup>

Dit sluit overigens in beginsel niet uit dat de nationale rechter, zonder daartoe verplicht te zijn, 'vrijwillig' zijn nationale recht uitlegt en toepast in overeenstemming met een richtlijn.<sup>77</sup>

6.22.3 Art 6:233 sub a BW is (als onderdeel van de regeling van algemene voorwaarden in afd. 6.5.3 BW) met ingang van 1 januari 1993 van toepassing op algemene voorwaarden die op 1 januari 1992 reeds in overeenkomsten werden gebruikt (art. 191 Overgangswet NBW).

6.23.1 Onderdeel A.1 klaagt dat het hof de in art. 5 lid 1 AB15, resp. art. 6 lid 1 AB34 en AB37 opgenomen mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden niet (kenbaar) aan de norm van art. 6:233 sub a en/of art. 6:248 BW toetst. De Richtlijn waarnaar het hof verwijst heeft geen directe werking in de Nederlandse rechtsorde en volgens vaste rechtspraak van het HvJEU strekt de mogelijkheid van rechtstreekse werking van niet of niet tijdig geïmplementeerde bepalingen uit een richtlijn zich niet uit tot zgn. horizontale verhoudingen zoals de onderhavige.<sup>78</sup> Zodoende kon het hof het wijzigingsbeding niet rechtstreeks toetsen aan de bepalingen van de Richtlijn en de indicatieve lijst.

6.23.2 Deze klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest en moet daarom falen bij gebrek aan feitelijke grondslag. In rov. 2.6 stelt het hof het kader voorop waarbinnen het in de rov. 2.6.1 en 2.6.2 de grieven 4 en 8-11 behandelt. Daaruit blijkt dat het hof zijn oordeel geeft in

het kader van afd. 6.5.3 BW. Dit wordt bevestigd doordat het hof in zijn dictum de bedoelde bepalingen in de AB-en 'vernietigt' en daarmee toepassing geeft aan art. 6:233 sub a BW.

(Dit punt is wel te onderscheiden van de vraag of het hof kon volstaan met toetsing aan de elementen van onderdeel j van de lijst bij de Richtlijn om te komen tot vernietiging. De Gemeente stelt die vraag aan de orde in de onderdelen A.5 en A.6. Ik merk dit op omdat de Gemeente bij Repliek/Dupliek nr. 23 deze vraag in verband brengt met onderdeel A.1.)

6.23.3 Hieruit volgt dat de op onderdeel A.1 voortbouwende klacht van onderdeel A.3 (het hof heeft miskend, dat de rechtspraak over ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen niet beoogt af te doen aan de rechtspraak dat richtlijnen geen directe werking hebben in horizontale verhoudingen) eveneens dient te falen.

6.23.4 Om dezelfde reden moet ook de op onderdeel A.1 voortbouwende klacht van onderdeel A.4 falen voor zover daarin wordt betoogd dat het hof niet heeft bedoeld art. 6:233 sub a BW toe te passen met een richtlijnconforme interpretatie.<sup>79</sup>

6.24.1 Nu klaagt onderdeel A.4 óók dat het hof niet kon toekomen aan een richtlijnconforme interpretatie van art. 6:233 sub a BW, omdat de Richtlijn niet van toepassing is, zoals wordt betoogd bij onderdeel A.2.

Onderdeel A.2 stelt het toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen aan de orde. Het onderdeel slaagt naar mijn mening (zie hieronder) en in zoverre slaagt ook onderdeel A.4.

6.24.2 De gedachte dat het hof, zonder daartoe door de Richtlijn te worden verplicht, 'vrijwillig' afd. 6.5.3. BW richtlijnconform heeft uitgelegd en toegepast, gaat niet op. Hiervan blijkt immers niet uit het arrest (vgl. Seba c.s. s.t.II nr. 3.4).

6.24.3 Bovendien zou die gedachte afstuiten op het gegeven, dat de verplichting tot ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen zich naar Nederlands recht niet uitstrekt tot overeenkomsten buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn.<sup>80</sup>

Weliswaar staat de Richtlijn toe om haar bepalingen ook van toepassing te verklaren op niet door de Richtlijn geregelde gevallen, maar anders dan Seba c.s. (s.t.II nrs. 3.5-3.15) betogen volgt uit de omzetting van de Richtlijn in het Nederlandse recht, uit art. 191 Overgangswet NBW en uit de rechtspraak van de Hoge Raad daaromtrent niet, dat het Nederlandse recht ook buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen de rechter ertoe verplicht ambtshalve te onderzoeken of bedingen oneerlijk zijn in de zin van deze Richtlijn.

Seba c.s. wijzen op HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998/6 (Assoud/SNS), rov. 3.4.2, maar daarin werd, voor zover thans van belang, slechts in algemene zin overwogen dat "de Nederlandse regels betreffende algemene voorwaarden, waarvan de wetgever heeft geoordeeld dat zij de richtlijn incorporeren, aldus moeten worden uitgelegd dat zij aan — kort gezegd — consumenten tenminste dezelfde bescherming bieden als de richtlijn, terwijl de richtlijn aan een verdergaande bescherming in het Nederlandse recht niet in de weg staat." Dat daarbij geen onderscheid werd gemaakt tussen overeenkomsten van voor en na 31 december 1994, betekent niet dat de rechter gehouden is om buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn algemene voorwaarden ambtshalve te toetsen.

6.25 Subonderdeel A.2.A betoogt dat het hof blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen, nu de erfpachtovereenkomsten en daarbij behorende AB15, AB34 en AB37 zijn aangegaan vóór 31 december 1994. Art. 10 lid 1, tweede zin, Richtlijn vergt, naar het hof heeft miskend, daarentegen uitsluitend dat nationale bepalingen worden geïmplementeerd met betrekking tot overeenkomsten die ná 31 december 1994 worden gesloten. Onderdeel A.3 bouwt hierop voort door te klagen dat het hof heeft miskend, dat de rechtspraak over ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen beperkt is tot

gevallen waarop de Richtlijn ziet en dat het hof had moeten constateren dat de Richtlijn niet ziet op de onderhavige overeenkomsten.

- 6.26 Voor zover ik kan nagaan, wordt deze vraag thans voor het eerst in cassatie opgeworpen. In de literatuur over algemene erfpachtvoorwaarden wordt de vraag of afd. 6.5.3 BW van toepassing is op een erfpachtverhouding in het licht van art. 6:216 BW bevestigend beantwoord. Vervolgens wordt onder meer geproblematiseerd hoe omgegaan moet worden met het gegeven dat opeenvolgende erfpachters soms wel en soms niet consument zijn (de kwestie van onderdeel A.2.B).<sup>81</sup> De temporele afbakening van de Richtlijn oneerlijke bedingen wordt daarbij niet geproblematiseerd; dat is ook niet nodig voor zover het louter gaat om toepassing van afd. 6.5.3 BW op 'oude' erfpachtvoorwaarden.<sup>82</sup> Voor de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie c.q. de verplichting tot ambtshalve toetsing van bedingen speelt het punt echter wel.<sup>83</sup>
- 6.27 Volgens de rechtspraak van het HvJEU bepaalt de Richtlijn oneerlijke bedingen de overeenkomsten waarop zij van toepassing is aan de hand van de hoedanigheid van de contractspartijen.<sup>84</sup> De aard van de overeenkomst doet niet ter zake. In die zaken speelde echter niet art. 10 lid 1 Richtlijn. De Richtlijn ziet alleen op na 31 januari 1994 gesloten overeenkomsten.
- 6.28 Volgens art. 4 lid 1 Richtlijn worden voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van een beding "alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen". Gelezen in verband met art. 10 lid 1 Richtlijn wordt alleen ten aanzien van na 31 januari 1994 gesloten overeenkomsten getoetst of zij oneerlijk zijn. De richtlijn biedt geen aanknopingspunt voor de gedachte dat zij alsnog van toepassing zou kunnen worden op vóór 31 januari 1994 gesloten overeenkomsten.
- 6.29 Voor zover het gaat om opvolgende erfpachters die uitsluitend vanwege het zakelijk karakter van het erfpachtrecht gebonden zijn geraakt aan de algemene erfpachtvoorwaarden die de inhoud van dat recht bepalen, moet daarom worden aangesloten bij het moment waarop deze voorwaarden voor het eerst van toepassing werden in de rechtsverhouding tussen de Gemeente als erfverpachter en de eerste erfpachter. Op dat moment immers werd de overeenkomst inclusief de erfpachtvoorwaarden gesloten. Het middel van de Gemeente (zie ook s.t. nrs. 63 en 65, Repliek/Dupliek nrs. 24-25) gaat daar terecht vanuit.
- 6.30 Ten aanzien van de rechtsverhoudingen tussen enerzijds [A] , [E] en [F] en anderzijds de Gemeente staat vast dat zij hun recht hebben ontleend aan een voor 31 januari 1994 gesloten erfpachtovereenkomst respectievelijk gevestigd erfpachtrecht (zie rov. 2.2, 2.4 en 2.5 van het rechtbankvonnis van 5 juni 2013 en rov. 2.1 van het bestreden arrest).
- 6.31 Ten aanzien van de rechtsverhouding tussen [C] en Gemeente geldt dat de toepasselijkheid van de AB2000 is overeengekomen (zie hierboven bij 6.17.5). Nu het hof in rov. 2.6.2 niet de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de AB2000 heeft getoetst, is dit gegeven voor onderdeel A.2.A van het middel van de Gemeente verder niet relevant.
- 6.32 Subonderdeel A.2.A en de daarop voortbouwende klacht van onderdeel A.3 slaagt. Nu de Richtlijn oneerlijke bedingen slechts ziet op na 31 december 1994 gesloten overeenkomsten, is de rechter niet verplicht het Nederlandse recht richtlijnconform toe te passen c.q. bedingen ambtshalve te toetsen bij vóór 1 januari 1995 gesloten (erfpacht)overeenkomsten. Hij is tot ambtshalve toetsing niet bevoegd, nu de betreffende bepalingen overigens niet van openbare orde zijn.
- Dit staat er niet aan in de weg dat de rechter de 'oude' voorwaarden kan beoordelen in het kader van een beroep op art. 6:233 sub a of 6:248 lid 2 BW, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Bij die beoordeling mag de rechter acht overigens slaan op de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen, ook indien hij niet verplicht is tot een richtlijnconforme interpretatie,

wanneer de rechter meent dat de inhoud van deze lijst relevante informatie biedt aangaande de opvattingen over de toelaatbaarheid van bepaalde bedingen.

6.33 In het verlengde hiervan slaagt ook de klacht van onderdeel A.7. Blijkens HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 ( [G/H] ), rov. 3.9.1 dient de rechter het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen en partijen in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over zijn vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen valt en een beding bevat dat oneerlijk is en, zo nodig, hun stellingen daaraan aan te passen.<sup>85</sup> Uit het bestreden arrest blijkt niet dat het hof dit heeft gedaan.

6.34 Subonderdeel A.2.B betoogt dat het hof ook blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting over het materiële toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen. De Gemeente heeft ter afwering van de vorderingen van [A] , [C] en [E] – onbetwist – gesteld dat het erfpachtrecht van [A] was uitgegeven aan N.V. [L] , het erfpachtrecht van [C] was uitgegeven aan [M] N.V. en het erfpachtrecht van [E] was uitgegeven aan N.V. [N] . De Richtlijn is, naar het hof heeft miskend, blijkens art. 1 lid 1 uitsluitend van toepassing op overeenkomsten waarbij de wederpartij van de verkoper een consument is. De omstandigheid dat [A] , [C] en [E] consumenten zijn, kan 's hofs toepassing van de Richtlijn niet dragen omdat bij de toetsing of een beding oneerlijk is, het relevante toetsingsmoment blijkens art. 4 Richtlijn bestaat uit het moment waarop de overeenkomst is gesloten. Later intredende omstandigheden, waaronder met name een opvolgende verkrijging door een consument, zijn dus niet rechtens relevant.

Voor zover het hof in rov. 2.6.1, derde alinea, impliciet zou hebben geoordeeld dat nu [A] , [C] en [E] zijn aan te merken als consumenten, zij een beroep kunnen doen op art. 6:236 sub n BW, is dat oordeel volgens de Gemeente dus rechtens onjuist.

Onderdeel A.3 bevat een hierop voortbouwende klacht.

6.35 Nu onderdeel A.2.A slaagt, kan een bespreking van deze klachten, voor zover zij zien op het toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen en zijn gericht tegen rov. 2.6.2, achterwege blijven.

Voor zover onderdeel A.2.B ziet op de toepassing van art. 6:236 onder n BW en is gericht tegen rov. 2.6.1, kan bespreking eveneens achterwege blijven. Bij de klacht bestaat in zoverre geen belang nu Seba c.s. middel 3 dient te falen.

6.36 Onderdeel A.5 klaagt dat het hof heeft miskend dat onderdeel j van de indicatieve lijst niet is overgenomen in Nederlandse regelgeving en dat een eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in algemene voorwaarden naar Nederlands recht in beginsel niet kan worden aangemerkt als onredelijk bezwarend. Weliswaar kan een beding waarmee aan de gebruiker een eenzijdige bevoegdheid tot wijziging van de algemene voorwaarden wordt toegekend, onder omstandigheden worden getoetst aan de norm van art. 6:233 sub a BW en art. 6:248 BW, maar het hof heeft art. 5 lid 1 AB15, resp. art. 6 lid 1 AB34 en AB37 niet getoetst aan die normen.

Onderdeel A.6 klaagt dat het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd door alleen te toetsen aan onderdeel j van de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen. Subonderdeel A.6.1 wijst erop dat volgens de rechtspraak van het HvJEU deze lijst niet bindend maar indicatief is en dat op de lijst opgenomen bedingen niet per se onder alle omstandigheden oneerlijk mogen worden genoemd,<sup>86</sup> alsmede dat een op de omstandigheden van het geval afgestemde motivering, zoals vereist door HR 21 september 2012,<sup>87</sup> ontbreekt. Subonderdeel A.6.2 klaagt dat het hof in zijn motivering geen aandacht heeft geschonken aan enige omstandigheden waarop de Gemeente zich had beroepen, kort gezegd (1) het moment waarop de erfpachtrechten zijn gevestigd en de opvattingen (destijds) omtrent eenzijdige wijzigingsbedingen, (2) dat partijen destijds wensten dat de voorwaarden na 75 jaar geactualiseerd zouden worden, waarbij voorzienbaar was dat de Gemeente en erfpachter dan belang zouden hebben bij actualisering ervan en (3) dat de Gemeente ten aanzien van de aan een rechtspersoon uitgegeven erfpachtrechten geen rekening behoefde te houden met latere regelgeving ter bescherming van de consument.

6.37 Zoals bleek bij de bespreking van subonderdeel A.1, heeft het hof getoetst aan punt j van de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen in het kader van een toepassing van art. 6:233 sub a BW. Voor zover onderdeel A.5 van een andere lezing van het arrest uitgaat, faalt het.

6.38 De kernklacht<sup>88</sup> van de onderdelen A.5 en A6 slaagt echter. De constatering dat de bedoelde bedingen voldoen aan de omschrijving van onderdeel j van de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen, brengt op zichzelf nog niet mee dat sprake is van een onredelijk bezwarend beding als bedoeld in art. 6:233 sub a BW.<sup>89</sup> In ieder geval dient het oordeel dat een eenzijdig wijzigingsbeding als het onderhavige onredelijk bezwarend is, nadere motivering in het licht van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de rechtsverhouding tussen de Gemeente als erfverpachter en de erfpachters en de strekking van de wijzigingsbevoegdheid.<sup>90</sup> Voorts speelt daarbij een rol dat naar Nederlandse opvattingen eenzijdige wijzigingsbedingen in beginsel geldig worden geacht (althoewel denkbaar is dat de Richtlijn wel enige invloed heeft op die opvattingen) en dat de uitoefening daarvan kan worden getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.<sup>91</sup>

*d. Meer ambtshalve toetsing? (Seba c.s. middel 4)*

6.39 Waar de Gemeente heeft bestreden dat het hof ambtshalve kon toetsen aan de Richtlijn oneerlijke bedingen, klagen Seba c.s. in middel 4 (nr. 17-18) dat het hof in rov. 2.6.2 heeft nagelaten ambtshalve te onderzoeken of ook de canonherzieningsbepaling<sup>92</sup> op andere dan door eisers aangevoerde gronden onredelijk bezwarend zijn. Het middel stelt dat het hof dit ambtshalve had moeten doen, mede gezien de arresten HvJEU 21 maart 2013 (RWE Vertrieb)<sup>93</sup> en HR 13 september 2013 ( [G/H] ).

Het hof had immers uit het geheel van grieven en het standpunt van eisers tot cassatie in eerste aanleg en in hoger beroep moeten begrijpen dat het voornaamste bezwaar tegen de canonherziening erin gelegen was dat deze herziening tot een willekeurig en onvoorspelbaar resultaat leidt en dat de hoogte van de canon ook nog in grote mate afhangt van de persoon van de aangewezen deskundigen. Eisers tot cassatie hebben uiteengezet dat de canon bij aanvang op een andere grondslag is vastgesteld dan nu door deskundigen gebeurt, dat de canon op grond van de toen geldende wet andere betekenis had dan nu door de deskundigen wordt gehanteerd en dat ten slotte de wijze waarop de deskundigen de canon vaststellen, steeds weer anders is. Daarnaast is gewezen op het feit dat de erfpachter geen recht heeft het erfpachtrecht op te zeggen indien hij zich niet in de herziene canon kan vinden (en de bij opzegging op andere gronden verkregen vergoeding een dergelijk recht op opzegging ook illusoir maakt), waarnaast ook nog eens is opgemerkt dat het vaststellen van de canon door de deskundigen steeds weer hoge kosten met zich meebrengt, aldus het middel.

6.40.1 Uit het slagen van onderdeel A.2.A van het middel van de Gemeente volgt, dat dit middel faalt.<sup>94</sup> De AB15/34/37 vallen buiten het temporele toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen.

6.40.2 Hieromtrent zou wellicht anders geoordeeld moeten worden in de verhouding tussen de Gemeente en [C] . Zoals eerder werd opgemerkt, zijn in die verhouding de AB2000 van toepassing geworden met dien verstande dat de canonherziening nog volgens de procedure van de AB34 zou geschieden. Ten aanzien van de canonherzieningsbepaling ligt de situatie dus anders dan ten aanzien van de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de AB2000. Het is een feitelijke vraag of de rechtsverhouding tussen [C] en de Gemeente inhoudt dat de canonherzieningsbepaling van de AB34 van toepassing is gebleven dan wel dat de toepasselijkheid van die bepaling (als een afwijking van de AB2000) in verband met de splitsing opnieuw werd overeengekomen. In het laatste geval zou de afspraak vallen binnen het temporele toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen. Hieromtrent is door het hof echter niets vastgesteld, terwijl in cassatie over deze feitelijke kwestie geen oordeel

kan worden gegeven en er ook geen klacht op is gericht. Ik laat het punt daarom verder rusten.

6.41.1 Voorts is volgens Seba c.s. middel vier (nr. 19), kort gezegd, (i) de overweging aan het slot van rov. 2.6.2 in strijd met de genoemde rechtspraak van het HvJEU over de Richtlijn oneerlijke bedingen en heeft (ii) het hof de devolutieve werking van het appel miskend omdat in MvG nr. 3.201 werd verwezen naar relevante vindplaatsen.

6.41.2 De klacht onder (i) tegen de overweging dat het hof aan toetsing van andere artikelen van de AB15/34/37 niet toekomt omdat deze te weinig onderwerp van het partijdebat hebben uitgemaakt, is een variant op de eerste klacht van middel vier en faalt om dezelfde reden als die klacht.

6.41.3 In de MvG wordt verwezen naar passages uit de eerste aanleg (in de dagvaarding en conclusie van repliek), waarin bezwaren worden uiteengezet tegen de art. 25 AB15, 26 AB34, 27 AB37, 20, 26, 28 en 33 AB94, en 19, 26, 29 en 34 AB2000. Anders dan klacht (ii) aanvoert, heeft het hof de devolutieve werking van het appel niet miskend. Het hof heeft immers blijkens rov. 2.6.2, slot, en 2.10.3 gereageerd op deze stellingen. De klacht faalt daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag.

## **7 Maatstaven voor de bepaling van de herziene canon (Seba c.s. middel 5)**

7.1 Het vijfde middel van Seba c.s. bestrijdt de overweging in rov. 2.7.1. dat het hof voor zichzelf geen taak ziet weggelegd om parameters vast te stellen ten behoeve van de deskundigen. Het middel klaagt dat het hof eraan voorbijziet dat er in casu bindend adviezen zijn vernietigd, voor welk geval art. 7:904 lid 2 BW er in voorziet dat de rechter een beslissing kan geven.

Volgens het middel (nr. 21) is onbegrijpelijk dat het hof van zijn bevoegdheid uit art. 7:904 lid 2 BW geen gebruik heeft gemaakt, zulks feitelijk ongemotiveerd doet en eisers tot cassatie maar verwijst naar de Gemeente. Gezien de reeds zeer lang tussen partijen lopende discussie acht het middel duidelijk dat die discussie tot niets leidt en dan is een rechterlijk ingrijpen geboden. Ten onrechte heeft het hof dat nagelaten; eisers hebben het hof ook gedetailleerd en goed onderbouwd uitgelegd waarom het te dezen een beslissing zou moeten en kunnen geven.

Het middel (nr. 22) voegt daaraan toe dat eisers in de processtukken hebben aangegeven dat de werkelijke betekenis van de canon ten tijde van de uitgifte in 1915, 1934 en 1937 slechts een gematigd bedrag was ter erkenning van de eigendom van de Gemeente, dat het matige karakter van de vergoeding bij de vaststelling van de nieuwe canon niet ineens anders kan worden en dat de huidige invulling die de deskundigen aan de herzieningsbepaling geven, daar totaal geen rekening mee houdt.

7.2 Seba c.s. (s.t. nr. 5.13) geven aan dat hun belang bij dit middel is te voorkomen dat deskundigen bij het bepalen van de grondwaarde aansluiting zoeken bij de actuele waarde van de grond in plaats van bij de betekenis van het begrip canon ten tijde van de uitgifte, dat volgens Seba c.s. zag op een gematigd bedrag ter erkenning van eens anders eigendom. Het hof geeft dit betoog in rov. 2.7 weer. Het hof is, evenals de rechtbank, echter van oordeel dat de deskundigen in dit opzicht niet gebonden zijn.

7.3 Volgens het hof (rov. 2.7.1) verlangen Seba c.s. in wezen dat het hof aan deskundigen een richtlijn geeft voor de vaststelling van de toekomstige canons. Het hof oordeelt dat het dat niet kan doen. Kort gezegd, omdat (i) volgens de AB-en de deskundigen in beginsel vrij zijn in het vaststellen van de canon, mits hun vaststelling voldoende wordt gemotiveerd, en (ii) dat zelfs indien de rechter de AB-en wel zou mogen aanpassen, zulks niet is gevorderd.



7.4 Art. 7:904 lid 2 BW bepaalt dat indien een bindend advies wordt vernietigd, de rechter een beslissing kan geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen.<sup>95</sup> Het hof heeft dit niet miskend, maar geoordeeld dat Seba c.s. iets anders verlangen, namelijk aanpassing van de erfpachtvoorwaarden, en aangegeven waarom het dat niet kan doen. Verder wordt in cassatie niet bestreden de – zelfstandig dragende – grond dat zelfs indien de rechter de AB-en wel zou mogen aanpassen, zulks niet is gevorderd.<sup>96</sup> Voorts heeft het hof in de MvG (met name de toelichting op de grieven 5-7 op p. 30-52 en de vorderingen op p. 76-80) kennelijk niet gelezen, dat Seba c.s. wensten dat alsnog toepassing zou worden gegeven aan art. 7:904 lid 2 BW nadat de rechtbank de taxatierapporten met betrekking tot de percelen van eisers sub 2-5 had vernietigd. Het middel geeft niet aan, waarom die lezing onbegrijpelijk zou zijn. Het hof was, anders dan het middel veronderstelt, niet gehouden ambtshalve van deze bevoegdheid gebruik te maken. Het middel dient daarom te falen.

## **8 Heeft de Gemeente onrechtmatig gehandeld? (Seba c.s. middel 6)**

- 8.1 Seba c.s. hebben met hun vordering E onder III gevorderd "te verklaren voor recht dat de Gemeente jegens de erfpachters onrechtmatig handelt, door hen te houden aan de door de deskundigen vastgestelde canon terwijl zij hen niet tijdig en voldoende heeft geïnformeerd over de wijziging van de canonberekeningsgrondslag, en dat de Gemeente gehouden is de als gevolg van deze onrechtmatige daad ontstane schade te vergoeden."
- 8.2 In rov. 2.10.3 oordeelt het hof: "Onderdeel III van vordering E is niet toewijsbaar."
- 8.3 Het middel maakt een onderscheid tussen de positie van [A] , [C] , [E] en [F] (onderdeel 6.I) en de positie van Seba (onderdeel 6.II).
- 8.4 Onderdeel 6.I klaagt dat het hof in rov. 2.8.1 en rov. 2.10.3 had moeten motiveren waarom onderdeel III van vordering E niet toewijsbaar is jegens de natuurlijke personen die tot eisers tot cassatie behoren. De klacht wijst erop dat het hof in rov. 2.8.1 overwoog: "Op het verwijt van onrechtmatig handelen van de Gemeente jegens [A] , [C] , [E] en [F] komt het hof hierna terug bij de bespreking van de diverse vorderingen." om vervolgens in rov. 2.10.3 zonder enige motivering deze vordering jegens (ook) [A] , [C] , [E] en [F] af te wijzen.
- 8.5 Aan Seba c.s. kan worden toegegeven dat de wijze van motivering summier is.<sup>97</sup> De klacht moet naar mijn mening echter falen, omdat uit het arrest voldoende blijkt waarom het hof heeft geoordeeld dat onderdeel III van vordering E niet toewijsbaar is jegens ook [A] , [C] , [E] en [F] . In rov. 2.8.1 geeft het hof aan dat Seba opkomt voor de zittende erfpachters en verwerpt het hof de stelling dat de Gemeente onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens degenen die een nieuw uit te geven erfpachtrecht willen kopen of jegens allen die voornemens zijn om een erfpachtrecht te kopen.
- Deze overwegingen gaan ook op voor de positie van [A] , [C] , [E] en [F] die zittende erfpachters zijn en behoren tot de categorieën van kopers van nieuwe of bestaande erfpachtrechten (meer precies tot deze laatste categorie blijkt rov. 2.2-2.5 van het eindvonnis van 5 juni 2013). Het middel geeft niet aan dat het verwijt van onrechtmatig handelen dat [A] , [C] , [E] en [F] maakten afweek van het door Seba aan de Gemeente verweten onrechtmatig handelen. Onderdeel 6.I moet daarom falen.
- 8.6 Onderdeel 6.II ziet op de inhoudelijke overwegingen waarmee het hof Seba's verwijt van onrechtmatig handelen heeft verworpen.
- 8.7 De klacht (in nr. 25) faalt, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof heeft, anders dan de klacht veronderstelt, niet miskend dat een belangenorganisatie in de zin van art.

3:305a BW op grond van art. 3:302 BW een verklaring voor recht kan vragen dat de gemeente jegens hen die zij vertegenwoordigt, onrechtmatig handelt. Het hof heeft in rov. 2.2 onder (ii) – in cassatie onbestreden – overwogen dat Seba een stichting als bedoeld in art. 3:305a BW is met als doel de behartiging van de belangen van erfpachters van de door de Gemeente in erfpacht uitgegeven terreinen. Daarop sluiten aan de omschrijving van Seba als beschermer van de belangen van de zittende erfpachters en de overweging dat een mogelijke onrechtmatige daad van de Gemeente jegens anderen niet aan de orde is (rov. 2.8.1, tweede en derde volzin). Blijkens rov. 2.8 betrok Seba haar verwijt van onrechtmatig handelen door de Gemeente immers ook op bepaalde anderen, zoals makelaars en taxateurs. Het hof geeft aan dat het niet gaat om de positie van die anderen, maar om de positie van de zittende erfpachters. Dat zijn erfpachters die hun recht hebben gekocht van een andere zittende erfpachter of hebben verkregen bij eerste uitgifte.<sup>98</sup>

8.8 In rov. 2.8 omschrijft het hof de aan de Gemeente verweten onrechtmatige daad, kort gezegd, het nalaten voldoende en correct voor te lichten, vanaf het moment van eerste uitgifte, over het feit dat de Gemeente de AB zo uitlegt dat zij na elk tijdvak de regels volledig naar eigen inzicht mag wijzigen, dat een Amsterdamse erfpachter elke vijftig jaar de volledige waarde van de grond afdraagt en dat erfpachtrechten aanzienlijk minder waard zijn dan vol eigendom. De overige klachten van onderdeel 6.II betreffen de redenen waarom volgens het hof geen sprake is van dit onrechtmatig handelen.

8.9.1 De eerste klacht van nr. 26 ziet op de overweging: "Kennelijk meent SEBA dat de Gemeente allen die voornemens zijn een erfpachtrecht te kopen, ter zake indringend dient voor te lichten over de gevolgen daarvan." Volgens de klacht heeft het hof de stelling in MvG nr. 3.208 en pleitnota nrs. 5.5-5.14 niet goed gelezen, omdat het hof zou hebben miskend dat de inzet van Seba was een algemene juiste voorlichting van de Gemeente jegens iedereen. De klacht faalt, want zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof geeft immers in rov. 2.8 de stelling van MvG nr. 3.208 nagenoeg letterlijk weer en besteedt in rov. 2.8.1 juist ook aandacht aan het verwijt dat geen voorlichting is gegeven.

8.9.2 Volgens de tweede klacht van nr. 26 borduurt het hof voort op deze onjuiste aanname met zijn daarop volgende overweging: "Ten aanzien van hen die een erfpachtrecht kopen van een zittende erfpachter valt niet in te zien dat de Gemeente daarvan vooraf op de hoogte is of daarin gekend wordt, zodat evenmin valt in te zien dat de Gemeente de desbetreffende kopers vooraf kan waarschuwen." Het hof reageert met deze overweging kennelijk op een stelling die het ook in de MvG nr. 3.208 heeft gelezen, namelijk dat de Gemeente een waarschuwingsplicht had jegens kopers. Onbegrijpelijk is die lezing niet, nu Seba c.s. daar hebben gesteld "De Gemeente had niet zozeer (althans niet alleen) op het tijdstip van een overdracht hoeven inlichten. Het gaat er niet (alleen) om dat kopers worden ingelicht maar dat Amsterdamse burgers (...) worden voorgelicht." Ook deze klacht faalt daarom.

8.10 De klacht van nr. 27 is gericht tegen de overweging, dat particuliere kopers van woningen op erfpachtgrond zich kunnen en veelal ook zullen laten bijstaan door ter zake deskundige Amsterdamse makelaars. De klacht bevat een feitelijk betoog, dat erop neerkomt dat de makelaarswereld onkundig is van de parameters van de wijziging van de canon en de hoogte van de nieuw vast te stellen canon. De klacht faalt, omdat dit feitelijke betoog niet voor het eerst in cassatie kan worden aangevoerd en overigens ook niet afdoet aan de overweging dat "ter zake deskundige Amsterdamse makelaars" aan de kopers van erfpachtrechten relevante informatie kunnen geven ook al zou dat niet de specifieke informatie zijn waarop de klacht doelt.

Het hof heeft voorts niet overwogen, anders dan het onderdeel veronderstelt, dat de inschakeling van een makelaar de Gemeente ontheft van haar voorlichtingsplicht. Het hof heeft een voorlichtingsplicht zoals door Seba verdedigd verworpen, onder meer omdat particuliere kopers zich kunnen en veelal ook zullen laten bijstaan door deskundige makelaars.

8.11.1 De klacht van nr. 28 is gericht tegen de overweging: "Ook al zou de voorlichting van de Gemeente te kort schieten, zij betwist het, dan nog is dat niet voldoende om aan te nemen dat de Gemeente onrechtmatig heeft gehandeld jegens degenen waarvoor SEBA opkomt." De klacht verwijst naar het betoog van Seba c.s. bij pleidooi (pleitnota nrs. 5.12-5.14) waarin wordt betoogd (i) dat de Gemeente met sommige erfpachters een contractuele relatie heeft, (ii) dat op haar een 'bijzondere zorgplicht' rust, zoals ook op banken en verzekeraars die ingewikkelde financiële producten op de markt brengen (waarop ook wordt gewezen in nr. 29) en (iii) dat een parallel getrokken kan worden met gevaarzetting.

8.11.2 De klacht dient naar mijn mening te falen. Het hof oordeelt dat ook (eventueel) tekortschietende voorlichting van de zijde van de Gemeente onvoldoende is om te oordelen dat de Gemeente daardoor onrechtmatig heeft gehandeld jegens erfpachters die hun recht hebben gekocht van een zittende erfpachter of bij uitgifte hebben verkregen. Aan dit oordeel ligt mede ten grondslag de overweging dat particuliere kopers van woningen op erfpachtgrond zich kunnen en veelal ook zullen laten bijstaan door ter zake deskundige Amsterdamse makelaars.<sup>99</sup> Hierin ligt volgens het kennelijke oordeel van het hof besloten (niet alleen dat de Gemeente geen voorlichtingsplicht heeft, maar ook) dat met die bijstand eventuele tekortschietende voorlichting van de zijde van de Gemeente voldoende kan worden gecompenseerd. Anders dan de klacht veronderstelt, ontbreekt dus niet elke motivering voor de bestreden overweging.

8.11.3 Voor het overige is de beoordeling of de Gemeente jegens kopers van erfpachtrechten een zorgplicht heeft geschonden door tekortschietende voorlichting afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het oordeel van het hof is niet onbegrijpelijk en getuigt evenmin van een onjuiste rechtsopvatting. Daaraan kan niet afdoen het sterk feitelijk getinte betoog van Seba c.s. in haar schriftelijke toelichting (nr. 6.6. e.v.). Dit wordt niet anders in het licht van de onder (i) t/m (iii) bedoelde stellingen, wat daar verder van zij, die kennelijk via verschillende invalshoeken beogen te beargumenteren dat hogere eisen kunnen worden gesteld aan de door de Gemeente te betrachten zorg. Ook dan geldt dat de reikwijdte van de zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval.<sup>100</sup> Reeds om deze reden kunnen ook de in Seba c.s. s.t. nrs. 6.9-6.11 en 6.34 gemaakte parallellen met productenaansprakelijkheid, misleidende reclame en non-conformiteit buiten beschouwing blijven.

8.12 De klacht van nr. 29 is gericht tegen de overweging: "Indien uit het betoog van SEBA c.s. nog zou moeten worden begrepen dat voor de gemeente een algemene zorgplicht geldt tegenover de in de eerste zin van rechtsoverweging 2.8 genoemden, dan heeft te gelden dat een zodanige algemene zorgplicht noch op grond van algemene beginselen van behoorlijk bestuur noch anderszins kan worden aangenomen."

De klacht houdt in dat het hof dit oordeel niet motiveert en werkt verder de parallel met de zorgplicht van banken uit. Wat dat laatste betreft, verwijs ik naar nr. 8.11.

Voor het overige faalt de klacht, omdat zij zich naar mijn mening richt tegen een overweging ten overvloede. Het hof heeft een zorgplicht met de inhoud als door Seba c.s. bepleit immers reeds afgewezen jegens de kopers van erfpachtrechten, zodat deze overweging kennelijk alleen nog ziet op de 'anderen' als bedoeld in rov. 2.8. Een onderscheid tussen personen die niet en personen die gebrekkig zijn geïnformeerd, lees ik, anders dan Seba c.s. (Repliek/Dupliek nr. 6.12), niet in deze overweging.

8.13 De klacht van nr. 30 betreft het transparantievereiste van de Richtlijn oneerlijke bedingen en strekt er kennelijk toe dat het hof daaraan ambtshalve had moeten toetsen in het kader van de aan de Gemeente verweten onrechtmatige daad. De klacht faalt, omdat de Richtlijn ziet op algemene voorwaarden en niet, althans niet zonder meer, een rol speelt in het kader van de onrechtmatige daad. Het middel geeft voorts niet aan dat deze (nadere) grondslag voor het aan de Gemeente verweten onrechtmatig handelen in feitelijke instanties is aangevoerd, wat in dat

kader wel vereist is. Middel 6 faalt.

## 9 Verwijzing naar het gerechtshof Den Haag

9.1 In rov. 2.10.3 verwijst het hof de vorderingen E I en II voor zover deze door Seba zijn ingesteld naar het gerechtshof Den Haag omdat het vorderingen in de zin van art. 6:240 BW zijn.<sup>101</sup> Hierover wordt geklaagd door Seba c.s. middel 8 en door de Gemeente in onderdeel D. Ik bespreek eerst de klacht van de Gemeente.

*a. Geen gebondenheid Gemeente jegens Seba in verwijzing (Gemeente onderdeel D)*

9.2 Onderdeel D van het middel van de Gemeente merkt – terecht – op dat de vernietiging van de in art. 5 lid 1 AB15 en art. 6 lid 1 AB34 en AB37 opgenomen mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden in het dictum zich niet uitstrekt tot de rechtsverhouding tussen de Gemeente en Seba.

Het onderdeel verbindt daaraan de conclusie dat het hof in rov. 2.6.2 dan ook niet heeft bedoeld eindbeslissingen te geven in de rechtsverhouding tussen Seba en de Gemeente. Het onderdeel klaagt dat, voor zover het hof dit echter wel mocht hebben bedoeld, dit blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat met de verwijzing is gegeven dat het Haagse hof de betreffende vorderingen van Seba moet beoordelen en het Amsterdamse hof zich dan ook in zoverre dient te onthouden van het geven van enige (inhoudelijke) beslissing daaromtrent.

9.3 Het onderdeel probeert kennelijk te voorkomen dat in een procedure op de voet van art. 6:240 BW tussen Seba en de Gemeente bij het Gerechtshof Den Haag, Seba een beroep zou kunnen doen op het gezag van gewijsde van het in rov. 2.6.2 gegeven oordeel dat de in art. 5 lid 1 AB15 en art. 6 lid 1 AB34/AB37 opgenomen mogelijkheid van eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden een oneerlijk beding is.

De Gemeente gaat er terecht vanuit dat dat het hof in rov. 2.6.2 niet heeft bedoeld eindbeslissingen te geven in de rechtsverhouding tussen Seba en de Gemeente. Ook Seba c.s. (s.t. II nr. 9.1) stellen zich op dat standpunt.

9.4 De klacht, die uitgaat van een andere lezing van het arrest, faalt daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag.

*b. Vorderingen in de zin van art. 6:240 BW? (Seba c.s. middel 8)*

9.5 Middel 8 van Seba c.s. bestrijdt rov. 2.10.3 met het betoog dat de vorderingen E I en II voor zover deze door Seba zijn ingesteld geen vorderingen op basis van art. 6:240 BW zijn, maar vorderingen van andersoortige aard, die niet op grond van art. 6:240 BW ingesteld kunnen worden. Dit betekent volgens het middel dat het hof de vorderingen zelf had moeten beoordelen en niet had mogen verwijzen. De Gemeente heeft zich ten aanzien van dit middel aan het oordeel van de Hoge Raad gerefereerd.

9.6.1 Volgens art. 6:241 lid 1 BW is het Gerechtshof Den Haag bij uitsluiting bevoegd tot kennisneming van vorderingen als bedoeld in art. 6:240 BW. De verwijzing van de zaak naar dit hof betekent dat het Gerechtshof Amsterdam zich onbevoegd acht om een uitspraak te doen over de bedoelde vorderingen. In zoverre is sprake van een eindarrest.<sup>102</sup> Toch rijst de vraag of het middel niet reeds afstuit op de niet-ontvankelijkheid ervan.

9.6.2 Het gaat hier immers om een verwijzing naar een andere rechter van gelijke rang in een situatie waarin de wet niet met zoveel woorden regelt of tegen een dergelijke verwijzing een hogere voorziening open staat. Uw Raad heeft deze leemte opgevuld en geoordeeld dat

in dergelijke gevallen geen hogere voorziening openstaat.<sup>103</sup>

9.6.3 Nu ging dit om gevallen waarin de aard van de rechtsverhouding de competentie van de rechter bepaalt. HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0050, betrof een verwijzing door het hof Amsterdam naar de pachtkamer van het hof Arnhem, omdat volgens het verwijzende hof de vordering betrekking had op pacht. Uw Raad overwoog dat ook tegen een onbevoegdverklaring en een verwijzing naar de pachtrechter geen hogere voorziening openstaat en dat de rechter naar wie de zaak is verwezen, aan die verwijzing is gebonden, dat het voorgaande ook van toepassing is ten aanzien van een onbevoegdverklaring door de pachtkamer van de rechtbank en verwijzing van de zaak naar een andere gewone rechter, en dat in al de hiervoor genoemde gevallen de maatstaf van art. 71 lid 3 Rv dient te worden aangelegd (rov. 3.4.3).

HR 31 oktober 2008, ECLI:NL:HR:BF0473, betrof een geval waarin de vordering in conventie uitging van het bestaan van een huurverhouding en de vordering in reconventie van het bestaan van pacht. De kantonrechter oordeelde dat van een huurovereenkomst sprake is, waarin besloten ligt dat zij zich dus ook beschouwde als de bevoegde rechter, en wat tot gevolg had dat de vordering in reconventie niet toewijsbaar was. Uw Raad overwoog dat tegen een oordeel als zojuist bedoeld omtrent de eigen (on)bevoegdheid - en in voorkomend geval de daaruit voortvloeiende verwijzing naar een andere rechter - in een geval als het onderhavige geen hogere voorziening openstaat, omdat het gaat om een beslissing omtrent de vraag of de zaak naar een andere rechter van gelijke rang moet worden verwezen (vgl. HR 28 april 2006, nr. C05/053, NJ 2007/89). Ook de rechter die in hoger beroep over de zaak oordeelt, is gebonden aan het bevoegdheidsoordeel van de eerste rechter en blijft de absoluut bevoegde rechter in hoger beroep, ook indien hij tot een ander oordeel komt over de aard van de rechtsbetrekking. Uw Raad tekende daarbij nog aan, dat een andere opvatting voor de praktijk tot nodeloze complicaties zou leiden, omdat de ene partij het geschil aan de gewone burgerlijke rechter en de andere partij hetzelfde geschil aan de pachtrechter zou moeten voorleggen.

9.6.4 Ik meen dat er reden is om anders te oordelen bij een verwijzing als de onderhavige. Het gaat thans niet om een verwijzing naar de andere rechter in verband met het voorlopige oordeel van de verwijzende rechter omtrent de aard van de rechtsverhouding die in geschil is, maar om een competentie die wordt gebaseerd op de aard van de in te stellen rechtsovereenkomst.<sup>104</sup> Het gerechtshof Den Haag als de in art. 6:241 BW bedoelde rechter kan oordelen over collectieve vorderingen met betrekking tot algemene voorwaarden als bedoeld in art. 6:240 BW waarover andere hoven niet kunnen oordelen. Omgekeerd kan deze rechter wel oordelen over collectieve vorderingen met betrekking tot algemene voorwaarden als bedoeld in art. 3:305a BW, maar hij doet dat dan niet in zijn hoedanigheid van de in art. 6:241 BW bedoelde rechter. Dit verschil in vorderingen wordt hieronder (bij 9.9 e.v.) nog nader toegelicht. De rechtspraak van Uw Raad strekt ertoe het oordeel over de bevoegdheid eenmalig te doen zijn, waarmee wordt voorkomen dat partijen 'van het kastje naar de muur worden gestuurd'. Een dergelijke verwijzing heeft verder geen invloed op de verdere beoordeling van de zaak door de rechter naar wie is verwezen. Dat effect treedt wel op bij een verwijzing als de onderhavige, omdat de een op art. 6:240 BW gebaseerde vordering unieke rechtsgevolgen heeft.

9.6.5 Voor het geval dat middel 8 van Seba c.s. niet afstuit op de hiervoor bedoelde niet-ontvankelijkheid, bespreek ik de inhoud ervan.

9.7.1 Ik stel dan voorop, dat het hof naar mijn mening heeft bedoeld (maar niet met zoveel woorden tot uitdrukking heeft gebracht) om de vorderingen van Seba onder E.I en E.II te verwijzen voor zover het hof deze vorderingen niet reeds ook met betrekking tot Seba had behandeld. Een andere lezing van het arrest zou onzinnig zijn; dan zou het hof eerst bepaalde vorderingen van Seba zelf inhoudelijk beoordelen (en verwerpen) om de zaak

vervolgens te verwijzen naar het hof Den Haag om die vorderingen nogmaals te beoordelen. Dat heeft het hof Amsterdam evident niet willen doen. Het gaat immers om vorderingen die volgens het arrest alleen door het hof Den Haag kunnen worden beoordeeld.

#### 9.7.2 Het gaat om de volgende vorderingen (MvG p. 78-79).

(i) *"E De SEBA c.s. verzoekt uw hof het vonnis van de rechtbank te vernietigen en bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:*

*I a. te verklaren voor recht dat artikel 6 van de AB15, de AB34 en de AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon nietig of vernietigbaar is, althans zakenrechtelijke werking mist;"*

In rov. 2.4 zijn verschillende gronden waarop elementen van deze vordering berusten door het hof behandeld en verworpen. Dan resteert nog de mogelijkheid dat een deel van de vordering – het deel dat "artikel 6 van de AB15, de AB34 en de AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon nietig of vernietigbaar is" – ook berust op de grondslag dat sprake is van een onredelijk bezwarend beding. Ik ga ervan uit dat het hof heeft bedoeld de zaak met betrekking tot vordering E.I.a slechts in zoverre te verwijzen.

(ii) *"b. te verklaren voor recht dat artikel 6 van de AB15, de AB34 en de AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon, onvoldoende bepaalbaar is en/of in strijd met de formele rechtszekerheid;*

*c. te verklaren voor recht dat de deskundigenrapporten die zijn opgesteld conform de richtlijn van de MvA, althans zoals op de wijze die nu gebruikelijk is, nietig of vernietigbaar zijn;"*

In rov. 2.5.1 respectievelijk 2.7.1 zijn de gronden voor deze vorderingen door het hof behandeld en verworpen. De verwijzing ziet dus kennelijk niet op vorderingen E.I.b en E.I.c.

(iii) *"II a. te verklaren voor recht dat artikel 5 van de AB15 en artikel 6 van de AB34 en de AB37, voor zover zij zien op wijziging van de algemene bepalingen, onredelijk bezwarend zijn en daarmee nietig of vernietigbaar;"*

In het voetspoor van rov. 2.6.2-2.6.3 heeft het hof ten aanzien van de eisers sub 2-5 de vorderingen A, B en C onder II toegewezen op de wijze als vermeld in het dictum: "vernietigt ambtshalve de leden 1 van de artikelen 5 AB15, 6 AB34 en 6 AB37 voor zover overeengekomen tussen enerzijds [A], [C], [E] en [F] en anderzijds de Gemeente;". Daarom had alleen Seba nog belang bij toewijzing van vordering E.II.a. Met betrekking tot deze vordering heeft het hof kennelijk de zaak verwezen.

(iv) *"b. te verklaren voor recht dat artikel 5 van de AB15 en artikel 6 van de AB34 en de AB37 niet toelaten dat de Gemeente geheel nieuwe algemene bepalingen van toepassing verklaart;*

*c. te verklaren voor recht dat artikel 25 van de AB34 en artikel 26 van de AB37 slechts wijziging van de algemene bepalingen toelaat in overeenstemming tussen partijen en met instemming van de hypotheekhouder;*

*d. te verklaren voor recht dat artikel 5 van de AB15 en artikel 6 van de AB34 en de AB37 geen eenzijdige wijziging van de kernbedingen toelaat; waarbij als kernbedingen te beschouwen zijn de artikelen 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 22, 24, 26, 28 en 33 van de AB94 en de artikelen 5, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 16, 19, 22, 23, 25, 26, 29 en 34 AB2000, althans één of enkele daarvan;"*

Deze vorderingen berusten op een bepaalde door Seba c.s. bepleite uitleg van deze bepalingen, welke door de rechtbank was verworpen (zie bij 3.7.2-3.7.4) en door het hof in rov. 2.6.2 is behandeld (zie bij 3.15). Het hof heeft aan deze uitlegkwesties geen afzonderlijke aandacht besteed, omdat het hof het eenzijdige wijzigingsbeding in de AB15/34/37 in de verhouding tot [A], [C], [E] en [F] reeds had vernietigd in verband met het

bepaalde in punt j van de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen.

Voor de betekenis van het eenzijdige wijzigingsbeding zijn de in de vorderingen E.II.b, E.II.c en E.II.d aan de orde gestelde kwesties echter wel van belang. Ik ga er daarom van uit, dat in de visie van het hof de vorderingen onder E.II.b, E.II.c en E.II.d het lot van vordering E.II.a volgen. De verwijzing ziet dus kennelijk mede op vorderingen E.II.b, E.II.c en E.II.d.

*( v ) "e. artikelen 25 en 29 AB15, artikelen 26 en 30 AB34, artikelen 27 en 31 AB37, artikelen 20, 26, 28 en 33 van de AB94 en artikelen 19, 26, 29 en 34 van de AB2000, althans één of enkele daarvan, te vernietigen."*

Deze vordering was door de rechtbank afgewezen (zoals vermeld bij 3.7.4) en ook door het hof in rov. 2.6.2, slotzin, met het argument dat het hof aan toetsing van andere artikelen van AB15, AB34 en AB37 niet toekomt, omdat deze te weinig onderwerp hebben uitgemaakt van het partijdebat. Uit rov. 2.10.3, derde volzin, maak ik op dat het hof dat argument in het bijzonder betreft op de eisers sub 2-5 en ten aanzien van Seba volstaat met de constatering dat de zaak in zoverre moet worden verwezen.

9.7.3 Ik kom tot de bevinding dat de door middel 8 van Seba c.s. bestreden verwijzing naar het hof Den Haag aldus moet worden verstaan, dat deze betrekking heeft op de vorderingen van Seba als bedoeld in de MvG bij E.I.a (voor zover het betreft de gevorderde verklaring dat "artikel 6 van de AB15, de AB34 en de AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon nietig of vernietigbaar is"), bij E.II.a (jo E.II.b, E.II.c en E.II.d) en bij E.II.e. Voor zover middel 8 van Seba c.s. uitgaat van een andere lezing van het arrest mist het feitelijke grondslag.

9.8 Het middel poneert de stelling dat de vorderingen van Seba onder E.I en E.II die het hof heeft verwezen niet vallen onder de reikwijdte van art. 6:240 BW, althans dat het hof zijn oordeel in dit opzicht onvoldoende heeft gemotiveerd. Ik onderzoek de juistheid van deze stelling voor de zojuist genoemde vorderingen E.I.a, E.II.a (jo E.II.b, E.II.c en E.II.d) en E.II.e.

9.9 Art. 6:240 BW ziet op vorderingen die er toe strekken om 'bepaalde bedingen in bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend' te verklaren.<sup>105</sup> Deze collectieve actie betreft de zogenaamde (preventieve) 'abstracte toetsing' van algemene voorwaarden. De toetsing vindt plaats los van een concreet geschil tussen een gebruiker van algemene voorwaarden en diens wederpartij in de zin van art. 6:231 BW. Zij kan preventief plaatsvinden, dat wil zeggen voordat de algemene voorwaarden daadwerkelijk worden gebruikt. Hanteert de gebruiker jegens wie het hof uitspraak heeft gedaan het beding toch, dan geldt dat beding als vernietigbaar (art. 6:243 BW).

De regeling beoogt volgens de wetsgeschiedenis in de eerste plaats te verzekeren dat collectieve belangenbehartigers met opstellers van algemene voorwaarden in onderhandeling kunnen treden.<sup>106</sup> Daarom stelt art. 6:240 lid 4 BW voorafgaand overleg als vereiste voor de ontvankelijkheid van de vordering.<sup>107</sup> Dat overleg vindt dan plaats in de wetenschap dat een gang naar de rechter tot de mogelijkheden behoort. Het geding gaat tussen enerzijds een representatieve belangenorganisatie als bedoeld in het derde lid en anderzijds de gebruiker of diens brancheorganisatie als bedoeld in het tweede lid van art. 6:240 BW. Het kan bijvoorbeeld gaan om een geding tegen een gemeente in verband met door deze gehanteerde erfpachtvoorwaarden.<sup>108</sup> In 1003-1006 Rv staan enige bijzondere proceduregels voor een op de voet van 6:240 BW en 6:242 BW ingestelde vordering.

Het Gerechtshof Den Haag toetst of het beding onredelijk bezwarend is. Aan de uitspraak van het hof, dat een beding onredelijk bezwarend is, kunnen worden verbonden (a) een verbod van het gebruik van de door de uitspraak getroffen bedingen of van het bevorderen daarvan, (b) een gebod om een aanbeveling tot het gebruik van deze bedingen te herroepen en (c) een veroordeling tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak (art. 6:241 lid 3 BW). Het Gerechtshof Den Haag kan in zijn uitspraak aangeven op welke wijze het onredelijke karakter van de bedingen waarop de uitspraak betrekking heeft, kan worden weggenomen (art.

6:241 lid 4 BW).

9.10.1 Bij de totstandkoming van de algemene regeling voor een collectieve actie van art. 3:305a BW is de bijzondere collectieve actie van art. 6:240 BW gehandhaafd, met name omdat die voorziet in de mogelijkheid van een declaratoire uitspraak met algemene werking.<sup>109</sup> Dat uit zich in de vernietigingsmogelijkheid van art. 6:243 BW. Art. 3:305a BW leidt daarentegen tot een uitspraak die juridisch alleen bindende kracht heeft tussen partijen, al zal de uitspraak ook feitelijke werking jegens derden hebben.<sup>110</sup>

9.10.2 Handhaving van art. 6:240 BW betekent niet dat art. 3:305a BW niet zou kunnen worden toegepast op het terrein van algemene voorwaarden. Buiten het terrein van de bijzondere collectieve actie van art. 6:240 BW is dat wel mogelijk. Zo wordt in de MvT opgemerkt dat art. 3:305a BW zou kunnen worden gebruikt voor een collectieve actie die strekt tot vernietiging van algemene voorwaarden.<sup>111</sup> In de MvA wordt dit nader toegelicht:

“De leden van de fracties van CDA en VVD hebben enige vragen gesteld over de relatie tussen artikel 3:305a en de artikelen 6:240-241 BW. Meer in het bijzonder vroegen zij zich af of als gevolg van dit wetsvoorstel het de bedoeling is dat ook de vernietiging van onredelijke bezwarende bedingen door een belangenorganisatie kan worden gevorderd.

Zoals in de memorie van toelichting op p. 25 staat aangegeven, is dit inderdaad niet uitgesloten, al zal dit weinig voorkomen, reeds omdat in het sinds 1 januari 1992 geldende recht de vernietiging in de regel door een buitengerechterlijke verklaring zal plaatsvinden. In het oog dient te worden gehouden dat het hier uitsluitend zal kunnen gaan om algemene voorwaarden die van toepassing zijn in reeds gesloten overeenkomsten. Deze figuur verschilt derhalve principieel van de figuur van het verbod tot (toekomstig) gebruik van onredelijk bezwarende bedingen in de artikelen 6:240-241 BW.

In de praktijk zal behoefte aan vernietiging door de rechter uit hoofde van een collectieve actie kunnen bestaan bij grote groepen langlopende gelijkvormige overeenkomsten op basis van gelijke algemene voorwaarden. Men denke aan een huurdersvereniging die uit het oogpunt van rechtszekerheid voor een grote groep huurders bij een verhuurder in rechte de vernietiging van een vermeend onredelijk bezwarend beding in reeds lopende overeenkomsten vordert. Men denke voorts aan een collectieve vordering tot vernietiging in de zin van 6:243 BW. Een dergelijke toetsing zal overigens plaats moeten vinden door de rechter die daartoe volgens de gewone regels bevoegd is. Anders dan bij preventieve toetsing wordt hier de rechterlijke toetsing niet bij het Gerechtshof te 's Gravenhage geconcentreerd. Het verschil met de actie van artikel 6:240 BW is immers dat de vernietigingsactie betrekking moet hebben op concrete zich voorgedaan hebbende gevallen van hantering van litigieuze voorwaarden.”<sup>112</sup>

9.10.3 In overeenstemming hiermee neemt ook de literatuur aan dat een collectieve actie op de voet van art. 3:305a BW kan strekken tot vernietiging van onredelijk bezwarende algemene voorwaarden in reeds gesloten overeenkomsten.<sup>113</sup>

H.J. Snijders leidt overigens uit HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0629, af dat in een collectieve actie, anders dan de wetgever aannam, geen vernietiging (of ontbinding) van overeenkomsten kan worden gevorderd.<sup>114</sup> Dit probleem wordt omzeild door een verklaring voor recht te vorderen, dat bepaalde overeenkomsten vernietigbaar zijn.<sup>115</sup>

9.11.1 De afbakening tussen art. 6:240 en art. 3:305a BW is intussen niet glashelder.

9.11.2 De collectieve actie van art 6:240 BW is gericht op het bestrijden van bedingen in algemene voorwaarden die (i) reeds zijn en/of nog zullen worden gebruikt door (ii) de aangesproken gebruiker.<sup>116</sup> Daarbij geldt (iii) de eis dat het gaat om algemene voorwaarden die worden gebruikt of bestemd zijn om te worden gebruikt in overeenkomsten met personen wier belangen worden behartigd door de eisende rechtspersoon die, kort gezegd, ten doel heeft



de behartiging van belangen van consumenten (lid 3).

Deze actie kan niet strekken tot (iv) vernietiging van de onredelijk bezwarende bedingen – het gaat om een (preventieve) abstracte toetsing van bedingen in bepaalde algemene voorwaarden en niet om het gebruik ervan in concrete rechtsverhoudingen – maar wel heeft de uitspraak juridische werking ten gunste van derden omdat erdoor getroffen bedingen binnen de door art. 6:243 BW bepaalde grenzen door de wederpartijen van de gebruiker kunnen worden vernietigd.

Deze actie kan wel strekken tot onder meer (v) een verklaring voor recht dat een beding onredelijk bezwarend is.

9.11.3 De collectieve actie (in de zin van een groepsactie)<sup>117</sup> van art. 3:305a BW is, in de huidige context, gericht op het bestrijden van bedingen in algemene voorwaarden die (i) reeds zijn gebruikt in (ii) de rechtsverhoudingen tussen de aangesproken gebruiker en diens wederpartijen. Daarbij worden (iii) de belangen van de wederpartijen collectief behartigd door een stichting of vereniging als bedoeld in art. 3:305a BW, waarvoor is vereist dat de rechtsvordering strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen.<sup>118</sup> Deze actie kan (iv) strekken tot (volgens de parlementaire geschiedenis) vernietiging, althans een verklaring voor recht dat deze bedingen vernietigbaar zijn.

9.11.4 Om te beoordelen of een collectieve vordering valt onder art. 6:240 dan wel onder art. 3:305a BW is het dus nodig om verschillende elementen in onderlinge samenhang te bezien.

9.12.1 De vorderingen onder E.I.a (gedeeltelijk) en E.II.a kunnen gezamenlijk besproken worden. Zij betreffen verklaringen voor recht dat *“artikel 6 van de AB15, de AB34 en de AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon nietig of vernietigbaar is”* respectievelijk dat *“artikel 5 van de AB15 en artikel 6 van de AB34 en de AB37, voor zover zij zien op wijziging van de algemene bepalingen, onredelijk bezwarend zijn en daarmee nietig of vernietigbaar”*.

9.12.2 Mogelijk heeft het hof, ondanks het verschil in formulering, beide vorderingen aldus opgevat dat in de kern wordt gevorderd de in art. 6:240 lid 1 BW bedoelde verklaring dat deze bedingen onredelijk bezwarend zijn. Ook bij deze lezing van de vorderingen is dat oordeel naar mijn mening onjuist althans onvoldoende gemotiveerd.

Het is in beginsel niet in strijd met art. 6:240 BW om in een actie als bedoeld in art. 3:305a BW een verklaring voor recht te vorderen dat bepaalde bedingen in algemene voorwaarden onredelijk bezwarend en dus vernietigbaar zijn. Een dergelijke verklaring voor recht kan in een actie in de zin van art. 3:305a BW zien op de bedingen die deel uitmaken van de rechtsverhoudingen tussen de aangesproken gebruiker en diens wederpartijen wier belangen collectief worden behartigd door de in art. 3:305a BW bedoelde organisatie. Van een preventieve, abstracte toetsing met het effect als bedoeld in art. 6:243 BW is dan geen sprake (ook al zal de aard van de collectieve actie in de zin van art. 3:305a BW wel impliceren dat de toetsing een zeker abstract karakter heeft). Dit strookt qua resultaat met de eerder geciteerde uitlatingen in de parlementaire geschiedenis bij art. 3:305a BW.

9.12.3 Een conflict met art. 6:240 BW komt mogelijk wel aan de orde indien de vordering ook betrekking heeft op toekomstige rechtsverhoudingen tussen de gebruiker en leden van de groep wier belangen worden behartigd door de in art. 3:305a BW bedoelde organisatie. Ook voor dat geval lijkt mij de beste oplossing om de vordering toe te staan. De vordering van art. 6:240 e.v. BW zou dan gereserveerd kunnen worden voor die gevallen waarin (consumenten)organisaties uit zijn op het bereiken van de bijzondere rechtsgevolgen die aan een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag verbonden zijn, zoals met name de in art. 6:243 BW bedoelde vernietigbaarheid.

9.12.4 Deze oplossing past binnen het streven naar een efficiënte en effectieve rechtsbescherming, omdat daarmee wordt voorkomen dat in wezen dezelfde vorderingen

worden opgeknipt in verschillende delen die door verschillende rechters moeten worden beoordeeld. Het komt immers geregeld voor dat claimorganisaties en individuele leden van hun achterban in een procedure (in wezen) dezelfde vorderingen instellen tegen een gedaagde. Het opknippen van een vordering van een claimorganisatie voor wat betreft reeds gebruikte en nog te gebruiken algemene voorwaarden (zoals bedoeld bij 9.12.2-9.12.3) is evenmin aanlokkelijk.

9.12.5 De bij 9.12.3 bedoelde variant doet zich in het onderhavige geval overigens niet voor. Weliswaar zijn de vorderingen E.I.a en E.II.a in algemene termen geformuleerd, maar de strekking ervan is kennelijk beperkt tot de personen voor wie Seba opkomt. Dat zijn blijkens rov. 2.8.1 "de zittende Amsterdamse erfpachters tegenover de Gemeente". Het gaat dus om bestaande rechtsverhoudingen.

9.12.6 Het door het middel bestreden verwijzingsoordeel van het hof getuigt – in ieder geval voor wat betreft het onder 9.12.2 bedoelde aspect – ten aanzien van de vorderingen E.I.a (gedeeltelijk) en E.II.a van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dat oordeel onvoldoende gemotiveerd. In zoverre slaagt middel 8.

9.13 Nu, naar ik aanneem, het lot van de vorderingen E.II.b, E.II.c en E.II.d verbonden is aan dat van vordering E.II.a, geldt het voorgaande ook voor die vorderingen.

9.14.1 Dan resteert de vordering onder E.II.e. Deze strekt tot vernietiging van de art. 25 en 29 AB15, 26 en 30 AB34, 27 en 31 AB37, 20, 26, 28 en 33 AB94 en 19, 26, 29 en 34 AB2000.

9.14.2 Dit is geen vordering als bedoeld in art. 6:240 BW, zoals het middel terecht aanvoert.

9.14.3 Ik merk nog op dat na verwijzing jegens Seba mogelijk het argument zou kunnen gaan spelen waarmee het hof ten aanzien van [A], [C], [E] en [F] toetsing van andere artikelen van de AB15, AB34 en AB37 heeft afgedaan (namelijk dat deze te weinig onderwerp hebben uitgemaakt van het partijdebat; zie rov. 2.10.3, derde volzin). Ten aanzien van de AB2000 heeft het hof dat niet overwogen. Daarom kan niet gezegd worden dat ten aanzien van vordering E.II.e Seba geen belang heeft bij middel 8.

9.15 Aangenomen dat over de verwijzing naar het gerechtshof Den Haag kan worden geklaagd (zie bij 9.6.4), slaagt middel 8 van Seba c.s. gedeeltelijk.

#### *c. Seba c.s. middel 7*

9.16 Middel 7 van Seba c.s. klaagt dat vorderingen D onder a en c van (alleen) Seba in rov. 2.10.2 zonder enige motivering zijn afgewezen.

9.17 Het middel berust op een onjuiste lezing van het arrest en dient te falen.

De vordering D onder a betrof een verklaring voor recht dat ook erfpachters die reeds in het kader van de herziening van de canon en algemene bepalingen op grond van de AB15, de AB34 of de AB37 een herzieningsakte hebben getekend, zich op deze uitspraak kunnen beroepen. Deze vordering sluit aan op grief 13 (MvG p. 70 en 78). Het hof heeft dit punt in rov. 2.9 gemotiveerd verworpen.

De vordering D onder c betrof een verklaring voor recht dat het deskundigenrapport zoals overgelegd bij productie K niet voldoet aan de daaraan in het licht van artikel 7:904 BW te stellen eisen en dat de Gemeente een erfpachter niet gehouden kan achten aan een middels een gelijksoortig rapport vastgestelde canon. Deze vordering sluit aan op grief 7 (MvG p. 46 en 78). Het hof heeft dit punt in rov. 2.7.1 gemotiveerd verworpen.

Voor zover deze vorderingen ook zien op de aan de Gemeente verweten onrechtmatige handeling, dan geldt dat het hof een en ander in 2.8.1 heeft behandeld.

## 10. Ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen en verjaring (Gemeente onderdeel B)

10.1 In rov. 2.6.2 heeft het hof de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in de AB15/34/37 aangemerkt als een oneerlijk beding. Het hof verwerpt in rov. 2.6.2 vervolgens het beroep van de Gemeente op verjaring, met de overweging dat het verjaringsverweer 'daaraan' niet kan afdoen. Blijkens het dictum heeft het hof deze bepalingen over de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid in de AB15/34/37 vernietigd in de rechtsverhoudingen tussen [A] , [F] en [C] en de Gemeente (en [E] , maar die verhouding speelt thans geen rol).

10.2 Onderdeel B van het middel van de Gemeente klaagt hierover. De Gemeente heeft in CvA nr. 10.12 en CvD nr. 10.5 onbetwist<sup>119</sup> gesteld dat toen [A] , [F] en [C] voor het eerst de vernietiging inriepen, reeds drie jaren waren verstreken nadat de Gemeente jegens hen een beroep had gedaan op het wijzigingsbeding van art. 5 AB15 resp. art. 6 AB34. Het middel acht rechtens onjuist althans onbegrijpelijk dat het hof (a) in rov. 2.6.2, op één na laatste zin, dit verjaringsverweer van de Gemeente verwerpt met de overweging dat dit verweer niet af kan doen aan wat het hof heeft geoordeeld over het "oneerlijke" karakter van de wijzigingsbevoegdheid van art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en (b) in het dictum de vordering van [A] , [F] en Springers tot vernietiging toewijst.

10.3 Nu het door onderdeel B bestreden oordeel voortbouwt op de overweging die met succes door subonderdeel A.2.A wordt bestreden, kan de behandeling van onderdeel B bij gebrek aan belang achterwege blijven. Het hof kon in de rechtsverhoudingen tussen [A] respectievelijk [F] en de Gemeente immers niet aan de Richtlijn oneerlijke bedingen toetsen (zie bij 6.40.1). In haar verhouding met [C] kon het hof niet de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van art. 6 lid 1 AB34 toetsen (zie bij 6.17.5) en kan er in cassatie niet van worden uitgegaan dat het hof de canonherzieningsbepaling wel kon toetsen (zie bij 6.40.2). Ik maak ten overvloede enige opmerkingen over het punt omdat het ook buiten zaken als de onderhavige kan spelen.

10.4 Het oordeel van het hof houdt in dat een verjaringsverweer niet in de weg kan staan aan de verplichting van de rechter om een oneerlijk beding ambtshalve te toetsen en op de voet van art. 6:233 sub a BW te vernietigen.

10.5 Dit is door Loos verdedigd met de redenering dat indien een beroep op het beding is gedaan, dit onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd, zodat de rechter krachtens de Richtlijn oneerlijke bedingen ambtshalve moet toetsen. Indien hij dan tot het oordeel komt dat het beding 'oneerlijk' is, dient hij het buiten toepassing te laten, ook al is een beroep op een vernietigingsgrond niet meer mogelijk. Zou de rechter het beroep op verjaring honoreren, dan zou het beding de consument toch binden, wat nu juist door de Richtlijn wordt verboden.<sup>120</sup>

10.6 Volgens de rechtspraak van het HvJEU moeten nationale verjaringstermijnen worden getoetst aan de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.<sup>121</sup>

In HvJEG 21 november 2002 (Cofidis) werd een vervaltermijn om een beroep te doen op het oneerlijke karakter van een beding door het hof getoetst aan en in strijd bevonden met het doeltreffendheidsbeginsel.<sup>122</sup> De termijn kwam neer op twee jaren na het sluiten van de overeenkomst. Het Hof formuleert zijn oordeel in tamelijk algemene termen:

"38 In die omstandigheden moet op de gestelde vraag worden geantwoord, dat de door de richtlijn aan de consument verleende bescherming zich verzet tegen een nationale regelgeving die, in het kader van een vordering die door een verkoper is ingediend tegen een consument en is gebaseerd op een tussen hen gesloten overeenkomst, de nationale rechter na het verstrijken van een vervaltermijn verbiedt, ambtshalve of naar aanleiding van een door de consument opgeworpen exceptie vast te stellen dat een in een overeenkomst opgenomen beding oneerlijk is."

Uit HvJEU 6 oktober 2009, C-40/80, ECLI:EU:C:2009:615, NJ 2010/11 m.nt. M.R. Mok (Asturcom), punt 45, blijkt dat het bezwaar tegen de termijn die in Cofidis aan de orde was, met name zat in het feit dat de consument zich daardoor in een situatie kon bevinden waarin de termijn een aanvang neemt, of zelfs is verstreken, zonder dat hij ook maar kennis heeft van de gevolgen die het oneerlijke beding jegens hem heeft. Een termijn van twee maanden om een beroep te doen op de nietigheid van een arbitraal vonnis, dat was gebaseerd op een mogelijk oneerlijk arbitraal beding, waarbij dit bezwaar niet speelde, kon de toets der kritiek daarom doorstaan:

“41 In dit verband zij opgemerkt dat het volgens vaste rechtspraak met het gemeenschapsrecht verenigbaar is dat in het belang van de rechtszekerheid redelijke beroepstermijnen worden vastgesteld die gelden op straffe van verval van recht (zie in die zin arresten van 16 december 1976, Rewe-Zentralfinanz en Rewe-Zentral, 33/76, Jurispr. blz. 1989, punt 5; 10 juli 1997, Palmisani, C-261/95, Jurispr. blz. I-4025, punt 28, en 12 februari 2008, Kempter, C-2/06, Jurispr. blz. I-411, punt 58). Dergelijke termijnen maken immers de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk (zie in die zin arrest van 24 september 2002, Grundig Italiana, C-255/00, Jurispr. blz. I-8003, punt 34).

42 Derhalve moet worden nagegaan of een termijn van twee maanden, zoals de in artikel 41, lid 4, van Ley 60/2003 gestelde termijn, bij het verstrijken waarvan een arbitraal vonnis, wanneer geen vordering tot vernietiging is ingesteld, definitief wordt en aldus kracht van gewijsde verkrijgt, redelijk is.

43 In casu moet enerzijds worden vastgesteld dat, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, een termijn van zestig dagen voor het instellen van een vordering op zich geen aanleiding geeft tot kritiek (zie in die zin arrest Peterbroeck, reeds aangehaald, punt 16).

44 Een dergelijke vervaltermijn is immers redelijk in die zin dat hij het zowel mogelijk maakt om te beoordelen of er gronden zijn om een arbitraal vonnis te betwisten, als om in voorkomend geval de vordering tot vernietiging daarvan voor te bereiden. In dit verband moet worden opgemerkt dat in de onderhavige zaak geenszins is aangevoerd dat de nationale procesregels die het instellen van de vordering tot vernietiging van een arbitraal vonnis regelen, en inzonderheid de daartoe gestelde termijn van twee maanden, onredelijk zijn.

45 Anderzijds dient erop te worden gewezen dat volgens artikel 41, lid 4, van Ley 60/2003 deze termijn ingaat vanaf de betekening van het arbitraal vonnis. Derhalve kan de consument zich in het hoofdgeding niet in een situatie bevinden waarin de verjaringstermijn een aanvang neemt, of zelfs is verstreken, zonder dat hij ook maar kennis heeft van de gevolgen die het oneerlijke arbitragebeding jegens hem heeft.

46 In die omstandigheden is een dergelijke termijn voor het instellen van een vordering in overeenstemming met het doeltreffendheidsbeginsel, aangezien hij op zich de uitoefening van de rechten die de consument aan richtlijn 93/13 ontleent, niet in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (zie in die zin arrest van 27 februari 2003, Santex, C-327/00, Jurispr. blz. I-1877, punt 55).”

10.7 De toepassing die het HvJEU in verband met de Richtlijn oneerlijke bedingen aan het doeltreffendheidsbeginsel heeft gegeven, duidt er niet op dat een beroep op een (verjarings)termijn is uitgesloten. In het licht hiervan kan mijns inziens niet worden aangenomen dat de verjaringstermijn om een onredelijk bezwarend beding te vernietigen van drie jaren na de dag waarop een beroep op het beding is gedaan (art. 6:235 lid 4 jo. 3:52 lid 1 onder d BW) in beginsel in strijd is met het doeltreffendheidsbeginsel.

10.8 Het hiervoor besproken punt speelt niet wanneer sprake is van een verwerend beroep op het onredelijk bezwarende karakter van het beding (art. 3:51 lid 3 BW). Deze regel is mutatis mutandis ook van toepassing indien de consument nalaat zich ter afwering van een op een rechtshandeling (zoals een algemene voorwaarde) steunende vordering te beroepen op de vernietigingsgrond van art. 6:233 onder a BW en de rechter – binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn oneerlijke bedingen – gevolg geeft aan diens verplichting om ambtshalve te toetsen of

een beding oneerlijk is en, zo ja, dat beding ambtshalve te vernietigen. Om deze reden zal het probleem van de verjaring in veel gevallen niet spelen.

## 11 Slotsom

11.1 Ik kom tot de slotsom dat de door Seba c.s. en de Gemeente ingediende cassatiemiddelen gedeeltelijk opgaan.

11.2 Ten aanzien van de middelen van Seba c.s. in de zaak met nr. 15/00044 houdt dit in dat middel 1 niet tot cassatie kan leiden, de middelen 2 t/m 7 falen en dat middel 8 slaagt (mocht Uw Raad de zaak na cassatie verwijzen naar het gerechtshof Den Haag, dan is dat een gewone verwijzing en geen verwijzing naar de in art. 6:241 BW bedoelde rechter).

11.3 Ten aanzien van het middel van de Gemeente in de zaak met nr. 15/00063 houdt dit in dat onderdeel A gedeeltelijk slaagt en voor het overige faalt of, evenals onderdeel B, geen behandeling behoeft. Onderdeel C slaagt en onderdeel D faalt bij genrek aan feitelijke grondslag.

### Conclusie

De conclusie strekt in beide zaken (15/00044 en 15/00063) tot vernietiging van het bestreden arrest.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

---

<sup>1</sup> Gerechtshof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903.

<sup>2</sup> S.t. Gemeente nr. 6. Op het betoog over het erfpachtstelsel in de s.t. Gemeente nr. 11 e.v. is door Seba c.s. gereageerd bij Replik/Dupliek nr. 1.1. e.v.

<sup>3</sup> Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, Publicatieblad Nr. L 095 van 21/04/1993.

<sup>4</sup> Zie s.t. Gemeente nrs. 17-18; Seba c.s. Replik/Dupliek nr. 1.7-1.9; H. Bounjouh en H.D. Ploeger, WPNR 2015/7083, p. 943-944.

<sup>5</sup> Vgl. s.t. Gemeente nr. 10.

<sup>6</sup> Zie het vonnis van de Rb. Amsterdam van 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, NJF 2013/310, rov. 2.1-2.14. Het hof gaat uit van deze feiten en geeft daarvan zelf een verkorte weergave (rov. 2.1-2.2).

<sup>7</sup> Voor de leesbaarheid sluit ik in deze conclusie aan bij de keuze van rechtbank en hof om deze partijen gezamenlijk aan te duiden als partij [A] respectievelijk partij [E] .

<sup>8</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.5.

<sup>9</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.2.

<sup>10</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.3.

<sup>11</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.4.

<sup>12</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.6.

<sup>13</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.7.

<sup>14</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.8.

<sup>15</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.9.

<sup>16</sup> Rb. Amsterdam 5 juni 2013, rov. 2.10.

<sup>17</sup> Te verklaren voor recht dat art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en AB37 geen eenzijdige wijziging van kernbedingen toelaat; waarbij als kernbedingen te beschouwen zijn de artikelen 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 20, 22, 24, 26, 28 en 33 van AB94 en de artikelen 5, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 16, 19, 22, 23, 25, 26, 29 en 34 van AB00, althans één of enkele daarvan.

<sup>18</sup> De artikelen 25 en 29 AB15, artikelen 26 en 30 AB34, artikelen 27 en 31 AB37, artikelen 20, 26, 28 en 33 AB94 en artikelen 19, 26, 29 en 34 AB00, althans één of enkele daarvan, te vernietigen.

<sup>19</sup> Namelijk de artikelen genoemd in vordering 3.1.3.II.e in eerste aanleg: "De artikelen 25 en 29 AB15, artikelen 26 en 30 AB34, artikelen 27 en 31 AB37, artikelen 20, 26, 28 en 33 AB94 en artikelen 19, 26, 29 en 34 AB00, althans één of enkele daarvan, te vernietigen."

<sup>20</sup> Het arrest vermeldt abusievelijk 'bijstand'.

<sup>21</sup> Hof s'-Gravenhage 2 mei 1962, NJ 1963/163; J. de Jong, Erfpacht en opstal, Mon. NBW B28, Kluwer, 1986, nr. 20, p. 34.

<sup>22</sup> V.V. II, Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 300 (nr. 6) en MvA II (Parl. Gesch. BW Boek 5 1981, p. 301); Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/215; L.C. Hofmann, Het Nederlandsch Zakenrecht, Wolters, Groningen/Batavia:1944, p. 333; J. de Jong, Erfpacht en opstal, Mon. NBW B28, Kluwer, 1986, nr. 20.

<sup>23</sup> Zie over de achtergronden van het erfpachtrecht de brief van de Minister van 16 mei 2011, Kamerstukken II 2010-2011, 32 500 VII, nr. 107 (herdruk), p. 1-3; P.C.J. Nelisse, Stedelijke erfpacht, diss. UvA 2008, m.n. H. 4 en 5, te raadplegen op <http://dare.uva.nl/document/2/54280>; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/212-213; L.C. Hofmann, Het Nederlandsch Zakenrecht, Wolters, Groningen/Batavia:1944, p. 329-331; A.A. van Velten, Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht, Preadvies KNB 1995, §1.1; F.J. Vonck, De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden, WPNR 2007/6717, §2; idem, De flexibiliteit van het recht van erfpacht (diss. RUG), 2013. Specifiek op het erfpachtrecht in Amsterdam ziet Hoofdstuk 2 van het Advies van de grondwaardecommissie Eeuwigdurende Erfpacht d.d. 18 juni 2015, te raadplegen via: [https://www.amsterdam.nl/publish/pages/713480/gwc\\_rapport.pdf](https://www.amsterdam.nl/publish/pages/713480/gwc_rapport.pdf).

<sup>24</sup> Vgl. ook Gemeente s.t. nr. 11-14.

<sup>25</sup> F.J. Vonck, De zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden, WPNR 2007/6717, §2.2.

<sup>26</sup> A.E. de Vries, Het recht van erfpacht volgens BW en NBW, Studiepockets privaatrecht nr 33, Tjeenk Willink, 1984, p. 91.

<sup>27</sup> Art. 5:85 BW gaat uit van de constructie van een kwalitatieve verbintenis. Zie MvA II, Parl. Gesch. Boek 5, p. 301. Vgl. Vonck, GS Zakelijke rechten, art. 85, aant. 10.2; A.A. van Velten, privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed, 2015, p. 582; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, Goederenrecht, 2012/651.

<sup>28</sup> Gemeente s.t. nr. 24. Vgl. Seba c.s. Repliek/Dupliek nr. 2.4.

<sup>29</sup> Wijziging van het erfpachtrecht dient immers op dezelfde wijze te geschieden als vestiging ervan. Zie plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie voor HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, Gst. 2010/105 m.nt. L.J.M. Timmermans, NJ 2010/242 (Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier), onder 9, 2e alinea; F.J. Vonck, GS Zakelijke rechten, art. 5:85 BW, aant. 7.

<sup>30</sup> G.T. de Jong, T&C Vermogensrecht, 2015, Kadasterwet, art. 46, aant. 1; P.J. van der Plank, GS Vermogensrecht, art. 17, aant. 20.

<sup>31</sup> MvT, Tweede Kamer, zitting 1981-1982, 17 496, nr. 5, p. 78-80. Zie ook de toelichting bij art. 12 Uitvoeringsregeling Kadasterwet, Stcrt. 1994, 81 ("Het betreft de wijze waarop in ingeschreven stukken moet worden verwezen naar een reeds eerder ingeschreven stuk. Artikel 12 sluit aan bij de tot 1 januari 1992 en ook nadien gehanteerde werkwijze waarbij het deel en nummer van inschrijving van het eerdere stuk wordt vermeld."). Zie over het 'oude' recht in het algemeen verder H.J. Rijtma, Het kadaster (diss. Groningen), 1966, en P.G.H.T. Konings, De openbare registers ten hypotheekkantore (diss. Nijmegen), 1990.

<sup>32</sup> Over deze opmerking wordt later in de MvA II, Kamerstukken II 1986-1987, 17 496, nr. 23, p. 37, opgemerkt: "Artikel 47 1. Bij dit artikel heeft de commissie terecht de vinger gelegd op een onjuiste opmerking in de memorie van toelichting. Inderdaad vloeit uit artikel 47, vierde lid, reeds voort dat een verwijzing geen betrekking kan hebben op stukken die pas na de inschrijving van het stuk waarin de verwijzing opgenomen is, in de registers zijn ingeschreven. Men komt hier derhalve aan toepassing van de artikelen 3.1.2.7 - 3.1,2.8a nieuw B.W. niet toe."

<sup>33</sup> Vgl. voor een geval waarin de bevoegdheid tot opzegging in de algemene voorwaarden was opgenomen HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, Gst. 2015/40 m.nt. M.H.W.C.M. Theunisse, NJ 2015/13 m.nt. P.C.E. van Wijmen, rov. 3.8.2. Daarin ging het overigens om een ander probleem, namelijk de samenloop tussen opzegging in het algemeen belang en onteigening.

<sup>34</sup> Zie P.C. van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 89, aant. 9; J. de Jong en H.D. Ploeger, *Erfpacht en Opstal* (Mon. BW B28), nr. 8 en De Jong, *Erfpacht en Opstal* (Mon. BW B28) 1995, nr. 6; Asser/Mijnssen, *Van Velten & Bartels 5\* 2008/216* (15e druk); Asser/Van Dam-Mijnssen-Van Velten 3-II 2002/216 (14e druk); S.B.J. van Heijst, *Handboek Registergoederenrecht*, §4.1.1.5: ("Algemene voorwaarden met betrekking tot registergoederen moeten, willen zij ook zakelijke werking hebben, zijn ingeschreven in de openbare registers voor registergoederen (art. 46 Kw)."). Geen standpunt wordt ingenomen door P.J. van der Plank, *GS Vermogensrecht*, art. 17, aant. 20. Een algemene suggestie om de kenbaarheid te verbeteren door de kernelementen van de erfpachtverhouding ook in de kadastrale registratie te vermelden, wordt gedaan door Vonck, *WPNR 2007/6717*, p. 601.

<sup>35</sup> Van Velten, *Preadvies Erfpacht*, 1995, p. 60. Vgl. voorts A.J.H. Pleysier, *Zakelijke rechten*, Titel 5.7, Alg. aant. 2.8 (die wijst op de opname van het huurbeding van art. 3:264 BW in de akte zelf), en art. 85, aant. 3.3.a; Pleysier, *De Notarisklerk 2002/1408*, p. 32-33; Pleysier, *Erfpacht en opstal*, 2002, p. 99. Vgl. voorts in het algemeen nog Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI\*2010/267.

<sup>36</sup> In deze sfeer liggen m.i. de door Seba c.s. in MvG nrs. 3.12.-3.13 gegeven voorbeelden waarin de akte vermeldt de canon is X en de AB dat de canon kan worden herzien of waarin de akte vermeldt dat het recht eeuwigdurend is en de AB dat het recht kan worden verkort tot dertig jaar.

<sup>37</sup> Vgl. L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, 1944, p. 336-337.

<sup>38</sup> Zie voor een overzicht van de opvattingen K.J.H. Hoofs, *Lijdt wijziging van de canon tot een nieuw erfpachtsrecht?*, NTBR 2011/21 onder 4. Zie voorts W.C. Treurniet, *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden*, *Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen*, 1957, p. 114-115; A.E.W. de Vries, *Het recht van erfpacht volgens BW en NBW*, 1984, p. 91, De Jong, *Erfpacht en opstal* (Mon. Nieuw BW B28), 1986, p. 37 en 1995, p. 38; A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht*, *Preadvies KNB* 1995, p. 73-74 en *WPNR 1993/6081*, p. 137- 138; De Vries/Pleysier, *Erfpacht en opstal*, 2002, p. 113-114; Asser/Mijnssen, *Van Dam & Van Velten, Goederenrecht 3-II 2002/14e druk*, 2002/218; Asser/Mijnssen, *Van Velten & Bartels 5\* 2008/218a*; De Jong en Ploeger, *Erfpacht en opstal* (Mon. Nieuw BW B28), 2008, §23 laatste tekstblok; F.A.N. van Rooijen en R.A. Bol, *Erfpacht en hypotheek; hoe scherp is het notariaat?* (II, slot), *WPNR 2009/6815*, p. 821; Plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, *conclusie voor HR 5 februari 2010*, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, NJ 2010/242 (*Willems/Hoogheemraadschap*), onder 9; M. de Koe, *canonherziening bij groene erfpacht: een verkenning*, *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2011, p. 444-446; M. Kouffeld en J. Wiertsema, *Wanneer ontstaat een nieuw recht van erfpacht en welke gevolgen heeft dat?*, *Vastgoed, Fiscaal & Civiël*, 2012, p. 13-14; D.L. Rodrigues Lopes, *Eigendom en beperkte rechten*, 2012, p. 162; J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), 2013, p. 208 e.v.; S.B.J. van Heijst, *Handboek Registergoederenrecht*, §4.1.3.2.

<sup>39</sup> Ik bespreek niet de hiervan te onderscheiden vraag wanneer een verklaring voldoende bepaald is om als een aanbod te kunnen gelden. Zie daarover bijvoorbeeld valk, *T&C Vermogensrecht*, 2015, art. 6:217, aant. 2.a; Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4595, rov. 3.8.

<sup>40</sup> Parl. Gesch. Inv. Boek 3 BW, MvA II Inv, p. 1123.

<sup>41</sup> Art. 1369 BW: 1. Eene overeenkomst moet tot onderwerp hebben eene zaak welke ten minste ten aanzien van de soort bepaald is. 2. De hoeveelheid der zaak kan onzeker zijn, mits die hoeveelheid naderhand kunne worden bepaald of uitgemaakt.

<sup>42</sup> HR 13 januari 1938, NJ 1938/566 m.nt. P.S. Vgl. ook HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 m.nt. Ph.A.N.H.

- <sup>43</sup> Vgl. Y.G. Blei Weissmann, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:227 BW, aant. 4, 10, 11, 16, 17; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/285.
- <sup>44</sup> HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, NJ 2007/114 m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2007/115, JBPR 2005/63 m.nt. van F.J.H. Hovens, JIN 2005/277 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart, AA 2005, p. 1042 m.nt. G.R. Rutgers, Gst. 2005/124 m.nt. J.A.E. van der Does, TvCH 2006/1 p. 7 m.nt. A. Brack (Amsterdam/ [K] ).
- <sup>45</sup> Vgl. HR 15 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0727, NJ 2015/155 m.nt. J.B.M. Vranken, JOR 2012/314 m.nt. P.E. Ernste (waardebepaling aandelenbelang); HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1601, NJ 2015/437 m.nt. P. van Schilfgaarde, JIN 2015/153 m.nt. J. van der Kraan (bepaling schade bij uittreding uit coöperatie), rov. 4.1.3-4.1.4.
- <sup>46</sup> HvJEU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler); HvJEU 23 april 2015, C-96/14, ECLI:EU:E:2015:262 (Ten Hove).
- <sup>47</sup> Zo is een beding als bedoeld in art. 7:900 lid 2 BW krachtens hetwelk (een orgaan van) de werkgever bevoegd is bij wege van bindende partijbeslissing arbeidsrechtelijke sancties te treffen tegen een werknemer, nietig. Zie HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0513, NJ 2003/138 m.nt. GHvV, Ondernemingsrecht 2004/30 m.nt. D.J. Buijs.
- <sup>48</sup> Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/117.
- <sup>49</sup> Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/117; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/230; Rank-Berenschot, *T&C Vermogensrecht* 2015, art. 3:84, aant. 3; P.C. van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 3:84 BW, aant. 2.1.2, 2.2.1, 2.3 en 2.4.
- <sup>50</sup> P.C. van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 89 Boek 3 BW, aant. 71.2; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/297-298; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012/189-193.
- <sup>51</sup> Zie bijvoorbeeld HR 20 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7248, NJ 1998/362 m.nt. WMK en HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2010:BT6947, NJ 2012/261 m.nt. F.M.J. Verstijlen.
- <sup>52</sup> Hierop wijst ook de Gemeente Repliek/Dupliek nr. 14.
- <sup>53</sup> Vgl. HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:337, NJ 2014/119 (akte van splitsing); HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, NJ 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (opstalrecht).
- <sup>54</sup> Vgl. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het erfpachtrecht* (diss. Groningen), 2013, p. 150, 166, 170; W. Snijders, *Erfpacht van woningen met een particuliere erfverpachter*, WPNR 2014/7042 (onder 'redelijkheid en billijkheid bij erfpacht'). ;
- <sup>55</sup> Zie bijvoorbeeld Vonck, *De flexibiliteit van het erfpachtrecht* (Diss. Groningen) 2013, p. 135 e.v.; A.F. Mollema, *Het beperkte recht* (diss. Leiden), 2014, p. 213 e.v.
- <sup>56</sup> Vgl. W.B. Plantenga, *Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden*, Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen, 1957, p. 17 en 50; W.C. Treurniet, in hetzelfde preadvies, p. 147 (zie voorts op p.112-115, 141-143, 147, 158-160). Ook J. De Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte* (diss. Utrecht), 1984, § 11.3.6, bespreekt dat de meeste door haar onderzochte voorwaarden niet of nauwelijks uitsluitel geven omtrent de grondslag of maatstaven waarlangs een mogelijke herziening dient te geschieden en beveelt zij aan deze voorwaarden te verbeteren. Vgl. voorts de discussie tussen P.A. de Hoog, *Erfpacht: de prijs van het recht*, TBR 2008/120 met reactie van F.J. Vonck, TBR 2009/7 en naschrift TBR 2009/8.
- <sup>57</sup> Dat bleek bijvoorbeeld ook bij de heruitgifte van erfpachtrechten in de gemeente Den Haag, waarover HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, BR 1999, p. 1065 m.nt. J. de Jong.
- <sup>58</sup> Vgl. Seba c.s. Repliek/Dupliek nr. 2.1.
- <sup>59</sup> "te verklaren voor recht dat artikel 6 van de AB15, de AB34 en de AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon nietig of vernietigbaar is, althans zakenrechtelijke werking mist".
- <sup>60</sup> Zie Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 2014, p. 305-306; R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout*, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 2010, p. 443-445; Damen e.a., *Bestuursrecht I*, 2013, nr. 146. Vgl. voorts M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht*, 2013, nr. 5.5.4.3; G.A. van der Veen, *GS Verbintenissenrecht II.7.2.5*.
- <sup>61</sup> Vgl. ook de Gemeente s.t. nr. 49.



- <sup>62</sup> A-G Wesseling-van Gent, conclusie sub 2.18 voor HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, NJ 2007/114 m.nt. H.J. Snijders onder NJ 2007/115, JBPR 2005/63 m.nt. van F.J.H. Hovens, JIN 2005/277 m.nt. F.M. Ruitenbeek-Bart, AA 2005, p. 1042 m.nt. G.R. Rutgers, Gst. 2005/124 m.nt. J.A.E. van der Does, TvCH 2006/1 p. 7 m.nt. A. Brack (Amsterdam/ [K] ); Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/171.
- <sup>63</sup> HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/115 m.nt. H.J. Snijders, European Review of Contract Law 2007/3, p. 365 m.nt. M.H. Wissink (Meurs/Newomij).
- <sup>64</sup> Zie E.H. Hondius, GS Verbintenissenrecht, art. 236, aant. 95; P. E. Ernste, Bindend advies, Bindend advies (diss. Nijmegen), 2012, p. 41 en Bindend advies (Mon. BPR Deel 6), 2015, p. 25. Vgl. Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6, p. 1720-1721; B. Wessels, in Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red), Algemene voorwaarden, 2010, nr. 11.24; Loos, Algemene voorwaarden, 2013, nrs. 285 en 287. Van een andere opvatting lijkt te getuigen Valk, T&C Vermogensrecht, 2015, art. 227, aant. 2.
- <sup>65</sup> Ik kan daarom in het midden laten of sprake is van een rechtsklacht op dit punt. Zie Gemeente s.t. nr. 75 en Seba c.s. Repliek/Dupliek nr. 4.8.
- <sup>66</sup> Volgens Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/216 is een beding waaruit volgt dat een deskundige de canon bindend kan vaststellen als partijen er onderling niet uitkomen, mogelijk te beschouwen als een beding in de zin van art. 6:236 onder n BW.
- <sup>67</sup> Rutgers, AA 2005, p. 1044.
- <sup>68</sup> H.J. Snijders, NJ 2007/115 onder 2.b.
- <sup>69</sup> F.J. Vonck, 'De rol van deskundigen bij heruitgifte en verlenging van erfpachtverhoudingen', in: B. Krans e.a. (red), De deskundige in het recht, 2011, p. 119; dezelfde, De flexibiliteit van het erfpachtrecht (diss. Groningen), 2013, p. 219-220; dezelfde, 'Eenzijdige wijzigingsbedingen in de erfpachtvoorwaarden', in: Verstappen/Vonck (red.), Naar een verbeterde vastgoedketen, 2015, p. 62.
- <sup>70</sup> Ernste, Bindend advies (Mon. BPR Deel 6), 2015, p. 26.
- <sup>71</sup> P. E. Ernste, Bindend advies (diss. Nijmegen), 2012, p. 41-42. Zie ook Ernste, Bindend advies (Mon. BPR Deel 6), 2015, p. 25-26.
- <sup>72</sup> Seba c.s. s.t. nr. 3.6 noemt Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001, rov. 6.42, en Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, TBR 2015/153 m.nt. W.J.E. Werf, Tijdschrift voor Agrarisch Recht 2015/5804 m.nt. K.G.J. Heesakkers, rov. 4.4.
- <sup>73</sup> Het betrof erfpachtvoorwaarden van Staatsbosbeheer. Vgl. met betrekking tot het beding in die voorwaarden dat canonherziening als voorwaarde voor toestemming voor overdracht van het erfpacht stelt nog Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, Prg. 2015/290 m.nt. P.J.M. Ros.
- <sup>74</sup> Vaste rechtspraak, zie o.m. HvJEU 4 juni 2009, C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, NJ 2009/395 m.nt. M.R. Mok (Pannon), punt 34; HvJEU 9 november 2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659, NJ 2011/41 m.nt. M.R. Mok (Pénczyi), punt 51; HvJEU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487, m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse), punten 42-46; HvJEU 17 juli 2014, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, EHRC 2014/234 m.nt. C. Mak, NJ 2015/53, m.nt. M.R. Mok (Banco Bilbao), punt 47; HvJEU 4 juni 2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, AA 2015, p. 816 m.nt. A.S. Hartkamp, AB 2015/252 m.nt. R. Ortlep, RCR 2015/68 (Faber/Hazet Ochten), punten 49 en 57.
- <sup>75</sup> HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 m.nt. H.B. Krans, TvCH 2013/6 m.nt. M.B.M. Loos en R.R.M. de Moor, JIN 2013/179 m.nt. F. Oostlander, JBPR 2014/2 m.nt. F.J.H. Hovens, AA 2014, p. 358 m.nt. W.H. van Boom, TvPP 2014, p. 81, m.nt. C.M.D.S. Pavillon ( [G/H] ); HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, RvdW 2015/921 ( [...] /Dexia).
- <sup>76</sup> HvJEG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, NJ 2006/593 (Adeneler), punten 114-115; HvJ EG 23 april 2009, nr. C-261/07, AB 2009/195 m.nt. R. Ortlep en M.J.M. Verhoeven; HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389 m.nt. E. Verhulp, rov. 3.4.2. Hierop zijn enige variaties mogelijk als de richtlijn eerder is omgezet. Ik verwijs naar mijn proefschrift, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, 2001, nr. 271, en mijn bijdrage in: Hartkamp e.a. (red), The influence of EU law on national private law, deel I, 2014, p. 126-131. Hierop wijst terecht de Gemeente s.t. nrs. 56 en 58.
- <sup>77</sup> Zie mijn proefschrift nrs. 409-412.

<sup>78</sup> Het onderdeel wijst op HvJEU 26 februari 1986, zaak 152/84, Jur. 1986, p. 723 (Marshall) en HvJEU 13 november 1990, zaak 106/89, NJ 1993/163 (Marleasing). Het miskent in dit opzicht echter dat de relatie tussen de Gemeente en de erfpachters ook een verticale is in de zin van het Unierecht (zie Asser/Hartkamp 3-I 2015/16 en 155, waarop ook wordt gewezen in Seba c.s. s.t. II nr. 2.4), zoals de Gemeente (Repliek/Dupliek nrs. 21-22) ook toegeeft. Het punt is echter zonder belang. Enerzijds is er geen behoefte aan directe werking nu de Richtlijn op dit punt correct is omgezet. Anderzijds zou ook een op directe werking gebaseerde ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden niet buiten het toepassingsbereik van de Richtlijn kunnen plaatsvinden

<sup>79</sup> Het onderdeel wijst, kennelijk zekerheidshalve, ook op art. 6:248 BW, maar dat artikel heeft het hof evident niet willen toepassen.

<sup>80</sup> Terzijde: de vraag of de Nederlandse rechter in consumentenzaken buiten het bestek van EU-richtlijnen ambtshalve moet toetsen speelt ook in de prejudiciële procedure die aanhangig is onder nr. 15/03359. In mijn conclusie in die zaak heb ik aangegeven dat een dergelijke verplichting m.i. niet bestaat ten aanzien van art. 7A:1576 lid 2 BW.

<sup>81</sup> Zie o.m. J. de Jong, Gemeentelijke gronduitgifte, 1984, p. 229-234; W.G. Huijgen, Erfpacht (preadvies KNB), 1995, p. 125-128; A.A. Van Velten, Erfpacht (preadvies KNB), 1995, p. 61 e.v.; A.J.H. Pleysier, Erfpacht en opstal, 2002, p. 38-39; T.H.M. van Wechem en B. Wessels, WPNR 1992/6041, p. 221-223; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/216; De Jong & Ploeger, Erfpacht en opstal, 2008, nr. 8; Wessels/Jongeneel/Hendrikse, Algemene voorwaarden, 2010, p. 25 en 109; Jac. Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW), 2010, nrs. 4 en 16; Vonck, De flexibiliteit van het erfpachtrecht, 2013, p. 175-178; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/509.

<sup>82</sup> Ook K. Everaars, Europees recht en erfpachtvoorwaarden, WPNR 2015(7061), onder 4 en 5, problematiseert dit punt niet en bespreekt alleen de toepasselijkheid van de Richtlijn met het oog op de hoedanigheid van partijen.

<sup>83</sup> In HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, NJ 2007/115 m.nt. H.J. Sniijders, European Review of Contract Law 2007/3, p. 365 m.nt. M.H. Wissink (Meurs/Newomij), kwam het punt niet ter sprake.

<sup>84</sup> Zie HvJEU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, NJ 2013/487 m.nt. M.R. Mok (Asbeek Brusse), punt 30; HvJEU 15 januari 2015, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14 (Birutė Šiba/Arūnas Devėnas), punt 21; HvJEU 9 juli 2015, C 348/14, ECLI:EU:C:2015:447 (Maria Bucura/SC Bancpost SA), punt 39; HvJEU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 (Horațiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA), punt 17; HvJEU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (Tarcău/Banca Comercială Intesa Sanpaolo România SA e.a.), punt 23.

<sup>85</sup> Nu het hof zelf aangeeft de AB15/34/37 op dit punt ambtshalve te toetsen, is niet relevant het betoog van Seba c.s s.t.II nrs. 6.3-6.4, dat onderdeel j van de indicatieve lijst onderdeel van het debat is geweest.

<sup>86</sup> Het onderdeel wijst op HvJEG 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, NJ 2005/75 (Freiburger Kommunalbauten/ Hofstetter), punt 20, en HvJEU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242, NJ 2010/404 m.nt. M.R. Mok (Invitel), punt 26.

<sup>87</sup> HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431 m.nt. H.J. Sniijders, JBPR 2012/69 m.nt. P.E. Ernste, JIN 2012/184 m.nt. N. de Boer, TvC 2013/1, p. 30, m.nt. E.H. Hondius, TBR 2012/206 m.nt. C.M.D.S. Pavillon (Van Marrum/Wolff).

<sup>88</sup> Zie Gemeente Repliek/Dupliek nrs. 3 en 20.

<sup>89</sup> Nader over de wijze van toetsing A.G.F. Ancery, Toetsing van oneerlijke bedingen: de fictieve toets terug op de kaart?, MvV 2014, p. 106 en C.M.D.S. Pavillon, Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg, TvC 2014/4, p. 165; C.J-A. Seinen en A.G.F. Ancery, Vorderingen in B2C-verstекken: toetsen of toewijzen? Ambtshalve toetsen op grond van Heesakkers / Voets , de waarheidsplicht en art. 139 Rv, TCR 2015/3.

<sup>90</sup> Seba c.s. (s.t. nrs. 5.5.-5.10) achten de motivering van het hof summier, maar voldoende.

<sup>91</sup> Vgl. Wessels/Jongeneel & Hendrikse, Algemene voorwaarden, 2010, p. 307-308; M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, 2013, nrs. 360-363; AG Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, onder 3.26; Vonck, Naar een verbeterde vastgoedketen, 2015, p. 63.

- <sup>92</sup> Het middel verwijst naar de art. 5 en 6 van de AB15/34/37. Daarmee is bedoeld de canonherzieningsbepaling. Zie Seba c.s. s.t. nrs. 4.1 e.v. De Gemeente s.t. nr. 84 heeft dit ook zo opgevat.
- <sup>93</sup> HvJEU 21 maart 2013, ECLI:NL:XX:2013:BZ6472, NJ 2013/375, TvCH 2014/1 m.nt. J.H.M. Spanjaard, NTvH 2014/4 m.nt. M.L. Hendrikse, NTER 2014/3 m.nt. H.P.A. Knops (RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen).
- <sup>94</sup> Ik bespreek daarom niet de overige punten (zoals Gemeente s.t. nr. 86). Het betoog, wat daar verder van zij, in Seba s.t. nrs. 4.4-4.7 dat het hof ambtshalve had moeten toetsen aan het transparantievereiste van art. 4 lid 2 Richtlijn oneerlijke bedingen is tardief.
- <sup>95</sup> Vgl. B.J. Broekema-Engelen, T&C Vermogensrecht, art. 904, aant. 3; C.Th.I.M. van den Heuvel & M.M. Maclean, GS Bijzondere overeenkomsten, art. 904, aant. 3.
- <sup>96</sup> Dit is iets anders dan de stelling dat grief 6 van Seba c.s. ertoe strekte dat het die maatstaven zou vaststellen (zie Seba c.s. Replik/Dupliek nr 5.3); dat heeft het hof immers onderkend en in rov. 2.7.1. behandeld.
- <sup>97</sup> Dit heeft geleid tot enige discussie waarom het hof deze vordering afwees. Zie Gemeente s.t. nr. 95, Seba c.s. Replik/Dupliek nr. 6.1 e.v., en Gemeente Replik/Dupliek nr. 43.
- <sup>98</sup> Vgl. Seba c.s. Replik/Dupliek nr. 6.5.
- <sup>99</sup> Over de informatievoorziening van die makelaars aan hun opdrachtgevers geeft het hof uiteraard geen oordeel en de uitkomst van de onderhavige procedure zegt daarover dus ook niets. Seba c.s. (Replik/Dupliek nrs.6.14- 6.15) lijken ten onrechte van het tegendeel uit te gaan.
- <sup>100</sup> Zie ten aanzien van de bijzondere zorgplicht van banken bijvoorbeeld HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, rov. 4.1.
- <sup>101</sup> Het hof heeft – in cassatie onbestreden – ook de vordering D onder b van Seba aangemerkt als een vordering in de zin van art. 6:240 BW en de zaak in zoverre verwezen naar het Gerechtshof Den Haag (rov. 2.10.2). Deze vordering betrof een verklaring voor recht, kort gezegd, dat art. 3 AB66, art. 12 AB94 en art. 11 AB2000 onredelijk bezwarend zijn.
- <sup>102</sup> Vgl. Bakels/Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012, nr. 35.
- <sup>103</sup> Zie HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0050, NJ 2007/89, JBPr 2006/61 m.nt. J.G.A. Linssen, rov. 3.4.3; HR 31 oktober 2008, ECLI:NL:HR:BF0473, NJ 2009/486 m.nt. H.J. Sniijders, rov. 3.3.3.
- <sup>104</sup> Voor bepaalde IE-rechten bestaan bijzondere competenties. Mijn opmerkingen hebben daarop geen betrekking.
- <sup>105</sup> Zie hierover N. Frenk, Kollektieve akties in het privaatrecht (diss. Utrecht), 1994, p. 161-162; L.J.H. Mölenberg, Het collectief actierecht voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden (diss. Maastricht), 1995, p. 339-343; M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, 2013, p. 283 e.v.; Jac. Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW B55), 2010, nr. 53 e.v.; B. Wessels, 'Collectieve preventieve rechterlijke toetsing', in: Wessels/Jongeneel/Hendrikse (red.), Algemene voorwaarden, 2010, p. 379 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/504 e.v.; E.H.Hondius, GS Verbintenissenrecht, art. 6:240, aant. 1 e.v.
- <sup>106</sup> MvT Inv., Parl. Gesch. BW, Inv. 3, 5 en 6, Boek 6, 1990, p. 1761, onder 7.
- <sup>107</sup> Art. 3:305a lid 2 BW is soepeler geformuleerd.
- <sup>108</sup> VC II Inv, Parl. Gesch. BW, Inv. 3, 5, 6, Boek 6 1990, p. 1775.
- <sup>109</sup> MvT, Kamerstukken II, 1992-1993, 22 486, nr. 3, p. 35; A.W. Jongbloed, GS Vermogensrecht, art. 3:305a, aant. 33; E.H.Hondius, GS Verbintenissenrecht, art. 6:240, aant. 6; Jac. Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW B55), 2010, nr. 61.
- <sup>110</sup> Vgl. MvT, Kamerstukken II, 1992-1993, 22 486, nr. 3, p. 26-27; Nota n.a.v. het Verslag, Kamerstukken II 2012/13, 33 126, nr. 7, p. 14.
- <sup>111</sup> MvT, Kamerstukken II, 1992-1993, 22 486, nr. 3, p. 25.
- <sup>112</sup> Kamerstukken II, 1992-1993, 22 486, nr. 5, p. 10.
- <sup>113</sup> Frenk, Kollektieve akties in het privaatrecht, 1994, p. 161-162; Mölenberg, Het collectief actierecht

voor consumentenorganisaties op het terrein van de algemene voorwaarden, 1995, p. 342-343; Jac. Hijma, Algemene voorwaarden (Mon. BW B55), 2010, nr. 61; A.M. Wolfram-van Dooren en N. Frenk, Collectieve acties, in: Hondius/Rijken (red.) Handboek Consumentenrecht, 2011, p. 563; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/507.

<sup>114</sup> HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0629, NJ 2003/689 m.nt. H.J. Snijders. Vgl. ook Jongbloed. GS Vermogensrecht, art. 3:305a, aant. 16.

<sup>115</sup> Vgl. Rb. Utrecht 4 januari 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AU8964, NJF 2006/152, rov. 4.11.

<sup>116</sup> De in art. 6:240 lid 2 BW bedoelde brancheorganisatie kan verder buiten beschouwing blijven.

<sup>117</sup> Ter onderscheiding van de algemeen belangactie. Zie Stolker, T&C Vermogensrecht, 2015, art. 3:305a, aant. 1.

<sup>118</sup> Daaraan is voldaan indien de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd. Personen die niet wensen dat een door middel van de collectieve actie verkregen rechterlijke uitspraak jegens hen werkt, kunnen zich op de voet van het vijfde lid van art. 3:305a aan de werkingssfeer van die uitspraak onttrekken. Zie HR 26 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5756, NJ 2011/473 m.nt. H.J. Snijders, rov. 4.2.

<sup>119</sup> In haar cassatiedagvaarding, noot 17, licht de Gemeente toe dat volgens haar in CvR nr. 206 geen betwisting van de voltooiing van de verjaring besloten ligt, maar veeleer dat er met de Gemeente van wordt uitgegaan dat de verjaring is voltooid.

<sup>120</sup> M.B.M. Loos, Algemene voorwaarden, 2013, nr. 104 en 201. Zie reeds M.B.M. Loos, WPNR 2007/6727, p. 867-869, met reactie van A.S. Hartkamp, WPNR 2007/6736, p. 1055-1057.

<sup>121</sup> Zie L.A.D. Keus, Europees privaatrecht (Mon. BW A30), 2010, p. 63-65; H.B. Krans, Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht, 2010, p. 111-114; Asser/Hartkamp 3-I 2015/114.

<sup>122</sup> HvJEG 21 november 2002 (Cofidis) C-473/00, ECLI:EU:C:2002:705, NJ 2003/703 m.nt. M.R. Mok.

---