

ECLI:NL:PHR:2018:1233

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	02-11-2018
Datum publicatie	21-12-2018
Zaaknummer	17/05985
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2018:2371, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Art. 81 lid 1 RO. Erfpacht. Zijn bepalingen in algemene voorwaarden voor voortdurende erfpacht nietig of vernietigbaar? Afdoening na HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769. Wijze van vaststelling herziene canon Opnemen van boetebeding onredelijk bezwarend? Is beding in de algemene voorwaarden dat gemeente eenzijdig bepalingen kan wijzigen, onredelijk bezwarend?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

Zaaknr: 17/05985 mr. M.H. Wissink

Zitting: 2 november 2018 Conclusie in de zaak van:

1. Stichting Erfpachters Belang Amsterdam

(hierna: Seba)

2. [eisers 2]

3. [eiseres 3]

4. [eiser 5]

5. [eisers 4]

(eisers 2 t/m 5 hierna: de Erfpachters, en samen met Seba: Seba c.s.)

tegen

De Gemeente Amsterdam

(hierna: de Gemeente)

1 Inleiding, feiten en procesverloop

- 1.1 Deze zaak komt voor de tweede maal bij de Hoge Raad. Zij betreft de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht (hierna: AB) van de Gemeente. Seba is een stichting die zich ten doel stelt de belangen te behartigen van erfpachters van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven terreinen.¹ De Erfpachters zijn erfpachter van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven onroerende zaken. Op de door de Gemeente in erfpacht uitgegeven onroerende zaken zijn bij uitgifte opeenvolgende versies van de AB van toepassing verklaard.²
- 1.2 Seba c.s. zijn van mening, kort gezegd, dat een aantal bepalingen in de AB nietig of vernietigbaar is. Het gaat nu nog om de bepalingen over (i) de herziening van het bedrag van de jaarlijks door de erfpachters aan de Gemeente te betalen canon in de AB15, AB34 en AB37, (ii) de bevoegdheid van de Gemeente volgens de AB15, AB34 en AB37 om de inhoud van de AB te herzien, (iii) de boetebedingen in de AB15, AB34, AB37, AB94 en AB00 en (iv) de vergoeding bij opzegging door de erfpachter volgens de AB94 en AB00.
- 1.3 In eerste aanleg heeft de rechtbank Amsterdam bij vonnis van 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, de vorderingen van Seba c.s. die in cassatie nu nog een rol spelen, afgewezen.³
- Het hof Amsterdam heeft bij arrest van 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, de bepaling van AB15, AB34 en AB37 omtrent de bevoegdheid van de Gemeente tot eenzijdige wijziging van de AB vernietigd voor zover overeengekomen tussen een aantal Erfpachters en de Gemeente, de zaak naar het gerechtshof Den Haag verwezen voor de behandeling van een aantal vorderingen van Seba en voor het overige het vonnis van de rechtbank bekrachtigd respectievelijk de voor het eerst in hoger beroep door Seba c.s. ingestelde vorderingen afgewezen.
- In de door Seba c.s. en de Gemeente ingestelde cassatieberoepen heeft de Hoge Raad bij arrest van 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, ⁴het arrest van het gerechtshof Amsterdam vernietigd en het geding verwezen naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing.
- 1.4 Het gerechtshof Den Haag heeft bij arrest 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 5 juni 2013, voor zover aan zijn oordeel onderworpen, bekrachtigd en verder de in hoger beroep vermeerderde vorderingen afgewezen.⁵
- 1.5 Bij procesinleiding van 18 december 2017 hebben Seba c.s. tegen het arrest van het hof Den Haag tijdig cassatieberoep ingesteld. De Gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. De Gemeente heeft haar standpunt schriftelijk toegelicht. Hierop hebben Seba c.s. gereageerd bij repliek.

2 Bespreking van het cassatiemiddel

- 2.1 In rechtsoverweging (hierna: rov.) 2.1-2.6 is hof Den Haag nagegaan welke geschilpunten na cassatie en verwijzing nog aan de orde zijn.
- Seba's vorderingen E.I onder a en b met betrekking tot de canonherziening door deskundigen op de voet van art. 6 AB15, art. 6 AB34 en art. 6 AB37 heeft het hof beoordeeld in rov. 4.4 t/m 4.7. Hiertegen richt zich onderdeel 1 van het middel.
- Seba's vordering E.II onder e met betrekking tot de boetebedingen in art. 29 AB15, art. 30 AB34, art. 31 AB37, art. 28 AB94 en art. 29 AB00 heeft het hof beoordeeld in rov. 4.29. Hierover klaagt onderdeel 2 van het middel.
- Seba's vordering E.II onder e met betrekking tot de vergoeding bij opzegging in art. 26 AB94 en art. 26 AB00 heeft het hof beoordeeld in rov. 4.34. Hierover klaagt onderdeel 3 van het middel.
- Seba's vorderingen E.II onder a, b en d, en de vorderingen van de Erfpachters onder A, B en C onder II, alle met betrekking tot de bevoegdheid van de Gemeente om de AB eenzijdig te wijzigen op de voet van art. 5 AB15, art. 6 AB34 en art. 6 AB37 heeft het hof beoordeeld in rov. 4.13 t/m

4.16 en 4.21. Hierover klaagt onderdeel 4 van het middel.

De wijze van toetsing van de AB-en in deze zaak

2.2 Het hof heeft geoordeeld dat de bepalingen in de AB-en over de canonherziening, de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de Gemeente, de boete en de opzegging niet onredelijk bezwarend zijn (rov. 4.7, 4.13-4.15, 4.29 en rov. 4.34). Hiertegen zijn verschillende klachten gericht. Voor de beoordeling van een aantal daarvan stel ik het volgende voorop.

2.3.1 Het hof heeft vanuit een specifieke invalshoek (zie bij 2.3.2) en binnen de beperkingen van het debat na cassatie en verwijzing (zie bij 2.3.3 en 2.3.4) getoetst of de bedingen in de AB-en onredelijk bezwarend zijn.

2.3.2 Het hof heeft in rov. 4.6 overwogen dat het in dit stadium van het geding nog gaat om de vordering van Seba als belangenorganisatie. Dit betekent, aldus het hof, dat de toetsing aan art. 6:233 onder a BW moet plaatsvinden los van de concrete omstandigheden van een specifiek geval en dat het hof daarom slechts de gevorderde verklaring voor recht kan uitspreken indien voldoende aannemelijk is dat de bewuste bepalingen in alle gevallen, althans in de overgrote meerderheid daarvan, onredelijk bezwarend zijn.

Het hof overwoog dit met betrekking tot de door Seba gevorderde verklaringen voor recht met betrekking tot de bepalingen in de AB over de herziening van de canon. Dit uitgangspunt geldt echter meer in het algemeen, zoals blijkt uit de toetsing door het hof van de door Seba gevorderde verklaring voor recht dat de eenzijdige wijzigingsbedingen onredelijk bezwarend zijn (vgl. rov. 4.15)⁶ en van de door Seba gevorderde vernietiging van de boetebedingen omdat deze onredelijk bezwarend zouden zijn (vgl. rov. 4.29).⁷

2.3.3 Het hof heeft voorts overwogen dat het zich bij de beoordeling van de vorderingen E.I en E.II van Seba moet beperken tot de gronden die Seba daartoe voor het arrest van het hof Amsterdam heeft aangevoerd en dat gronden die eerst na cassatie en verwijzing zijn aangevoerd buiten beschouwing moeten blijven (rov. 2.6). Met betrekking tot vordering E.II onder e overwoog het hof nader dat het deze vordering moet beoordelen aan de hand van de in eerste aanleg gegeven onderbouwing, waarnaar Seba in hoger beroep verwijst, en het daartegen in eerste aanleg gevoerde verweer van de Gemeente (rov. 4.23).

2.3.4 Verder volgt uit het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak (rov. 5.1.4) dat de Europese Richtlijn 1993/13 inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten niet van toepassing is op erfpachten die zijn gevestigd voor 31 december 1994 en waarop de AB15, AB34 en AB37 van toepassing zijn. Ambtshalve toetsing van bedingen aan die Richtlijn is in zoverre niet aan de orde. Het hof verwijst hiernaar in rov. 2.3.⁸

Ambtshalve toetsing kan op zichzelf wel aan de orde zijn met betrekking tot na 31 december 1994 overeengekomen algemene voorwaarden (zoals de AB00). Maar (onder meer) omdat het gerechtshof Amsterdam die toetsing niet heeft verricht en daarover in de eerste cassatiezaak niet is geklaagd, staat het hof Den Haag niet vrij om alsnog een ambtshalve toetsing te verrichten (rov. 2.3).

2.3.5 De rov. 2.3, 2.6, 4.6 en 4.23 dienen in cassatie als uitgangspunt. Zij zijn in cassatie als zodanig niet bestreden (zie in dit verband ten aanzien van het oordeel over het boetebeding ook bij 2.19). Wel klaagt subonderdeel 4.1.2 onder (iii) over het oordeel in rov. 4.15 dat het wijzigingsbeding niet op zichzelf en in alle gevallen onredelijk bezwarend is (zie hierover bij 2.31 e.v.).

2.3.6 De door de Gemeente opgeworpen vraag of de rechter in een geding op de voet van art. 3:305a BW ambtshalve kan toetsen of een beding oneerlijk en dus onredelijk bezwarend is,⁹ behoeft gezien het voorgaande geen bespreking.

Onderdeel 1 (vaststelling van herziene canon door deskundigen)

2.4 Dit onderdeel, dat is onderverdeeld in verschillende subonderdelen, is gericht tegen rov. 4.4 en 4.7 van het bestreden arrest. Het hof overwoog:

"4.2 Onder E.I onder a wordt gevorderd een verklaring voor recht dat art. 6 van AB15, AB34 en AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon, nietig of vernietigbaar is, althans zakelijke werking mist. Onder E.I onder b wordt gevorderd een verklaring voor recht dat art. 6 van AB15, AB34 en AB37, voor zover het artikel ziet op herziening van de canon, onvoldoende bepaalbaar is en/of in strijd met de formele rechtszekerheid. Bedoeld art. 6 houdt in alle drie de versies van de AB in dat de canon periodiek wordt herzien en dat deze door deskundigen wordt vastgesteld.

4.3 Ter ondersteuning van dit onderdeel van de vordering heeft Seba de volgende argumenten aangevoerd:

(...)

(ii) de canon na de eerste termijn is onvoldoende bepaalbaar en in strijd met de formele rechtszekerheid;

(...)

(v) de bepaling omtrent canonherziening is onredelijk bezwarend op grond van artikel 6:233 aanhef en onder a BW.

4.4 Op argument (i) is beslist door de Hoge Raad naar aanleiding van cassatiemiddel 1 van Seba c.s. en op argument (ii) naar aanleiding van middel 2 eveneens van Seba c.s. Beide argumenten zijn daarbij ongegrond bevonden en daarmee afgedaan. (...)"

2.5 Subonderdeel 1.1 klaagt dat het hof in rov. 4.4 ten onrechte, althans niet voldoende begrijpelijk gemotiveerd, heeft geoordeeld dat door de Hoge Raad naar aanleiding van middel 2 van Seba c.s. in het arrest van 29 april 2016 is beslist op het argument verwoord in rov. 4.3 sub (ii) en dat daarbij dit argument ongegrond is bevonden en is afgedaan. Deze klacht wordt uitgewerkt in de subonderdelen 1.1.1 t/m 1.1.5.

2.6 Volgens de motiveringsklacht van subonderdeel 1.1.1 heeft het hof onvoldoende gereageerd op essentiële stellingen van Seba c.s., die erop neerkomen dat het hof als vaststaand had moeten aannemen dat de deskundigen een ruimere vrijheid hebben om de canon te bepalen en niet verplicht zijn dit te doen aan de hand van de actuele marktwaarde van de grond. De canonherzieningsbepalingen zijn daarom wel in strijd met het beginsel van formele rechtszekerheid omdat de erfpachters niet kunnen voorzien hoe de deskundigen de canon zullen vast stellen. Het hof had alsnog inhoudelijk moeten beslissen op de vordering van Seba onder E.I.b, aldus het subonderdeel.

Subonderdeel 1.1.2 somt de bedoelde stellingen van Seba c.s. op. Deze houden, samengevat, onder meer het volgende in. Hoewel partijen daarom niet hebben gevraagd, heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 29 april 2016 in rov. 4.2.3 een vaststelling gedaan ten aanzien van de wijze waarop deskundigen de herziene canon dienen te bepalen. Deze vaststelling volgt niet uit de niet-bestreden oordelen van de rechtbank en het hof Amsterdam. Het hof Den Haag kan deze rov. 4.2.3 niet hebben opgevat als een uitleg van de desbetreffende bepaling in de algemene bepalingen, omdat dit geen recht is in de zin van art. 79 RO en derhalve niet door Hoge Raad kon worden uitgelegd.

Volgens subonderdeel 1.1.5 is tevens sprake van een verrassingsbeslissing en/of strijd met art. 6 EVRM omdat het hof partijen niet in de gelegenheid heeft gesteld zich uit te laten over zijn voornemen om rov. 4.2.3 van het arrest van de Hoge Raad aan zijn oordeel ten grondslag te leggen.

2.7.1 De subonderdelen 1.1.1, 1.1.2 en 1.1.5 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij gaan niet op. De Hoge Raad heeft in zijn eerste arrest in deze zaak overwogen:

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

4.2.2 De eis van bepaalbaarheid van art. 1356 en 1369 (oud) BW en art. 6:227 BW heeft betrekking op de verbintenissen van partijen. (...) Een bepaling zoals de onderhavige, strekkend tot herziening van de canon door deskundigen overeenkomstig art. 7:900 BW, voldoet aan dit vereiste, ook al zijn daarin geen concrete criteria genoemd voor die herziening. Het beroep van Seba c.s. op het bepaalbaarheidsvereiste is dus ongegrond.

4.2.3 Het formele rechtszekerheidsbeginsel, dat op grond van art. 3:14 BW onder omstandigheden mede een rol kan spelen bij de beoordeling van de geldigheid en de uitleg van overeenkomsten die de overheid aangaat, verzet zich evenmin tegen een canonherzieningsbepaling als de onderhavige. Zoals het hof heeft overwogen, is de inhoud van die bepaling voldoende duidelijk. Naar de uitleg van de rechtbank in rov. 4.18-4.19 van haar vonnis, die door het hof in rov. 2.7.1 is overgenomen (welk oordeel als zodanig in cassatie niet is bestreden), volgt uit de Algemene Bepalingen dat de deskundigen aan de hand van de actuele (markt)waarde van de grond op redelijke gronden tot de herziene canon dienen te komen en hun beslissing terzake naar behoren dienen te motiveren. Hun advies kan eventueel op grond van art. 7:904 lid 1 BW worden aangetast.

4.2.4 Het tweede middel faalt gelet op het vorenstaande.”

2.7.2 De Hoge Raad verwijst naar overwegingen van rechtbank en hof Amsterdam. Rechtbank en hof Amsterdam verwerpen daarin stellingen van Seba c.s. dat de deskundigen de berekening van de canon zouden moeten baseren op (i) de kostprijs van de grond dan wel (ii) een indexering aan de hand van de inflatie uitgaande van de oorspronkelijke canon. Daartegenover stellen rechtbank en hof dat de deskundigen in beginsel vrij zijn bij het bepalen van de canon.

De rechtbank overweegt onder meer dat de aanwijzing van de deskundigen in de AB-en een aanwijzing is dat “bij de herziening van de canon de actuele grondwaarde als uitgangspunt zou gelden.” (rov. 4.18). Door de actuele grondwaarde tot uitgangspunt te nemen, zijn deskundigen binnen de kaders van de erfpachtakten en de AB-en gebleven (rov. 4.19).

Het hof Amsterdam vat dit samen door te overwegen dat de deskundigen in beginsel vrij zijn om de canon vast te stellen en dat mogen doen aan de hand van hun oordeel over de dan geldende marktwaarde van de grond, mits zij voldoende inzicht geven in hun gedachtegang (rov. 2.7.1).

De overweging van de Hoge Raad in rov. 4.2.3 beoogt deze overwegingen samengevat weer te geven.

2.7.3 De overweging over de taak van de deskundigen in rov. 4.2.3 is dus niet gebaseerd op een eigen vaststelling van de Hoge Raad over de betekenis van art. 6 van de AB15, AB34 en AB37. De Hoge Raad verwijst naar de (in de eerste cassatieprocedure in deze zaak) niet-bestreden uitleg van deze bepalingen door rechtbank en hof Amsterdam. De passage in rov. 4.2.3 – door Seba c.s. als ongevraagd oordeel omschreven – geldt slechts als een korte weergave van wat rechtbank en het hof Amsterdam hebben overwogen. Het hof Den Haag heeft terecht overwogen dat het beroep van Seba c.s. op het bepaalbaarheidsvereiste en het beginsel van formele rechtszekerheid reeds in de eerste cassatieprocedure is afgedaan.

Het hof Den Haag behoefde daarom niet nader in te gaan op de in de subonderdelen bedoelde stellingen, terwijl evenmin sprake is van een verrassingsbeslissing of strijd met art. 6 EVRM.

2.8.1 Ook de subonderdelen 1.1.3 en 1.1.4 gaan uit van het door Seba c.s. gestelde verschil dat zou bestaan tussen de uitleg van art. 6 AB15, AB34 en AB37 door rechtbank en hof Amsterdam enerzijds en de Hoge Raad anderzijds. Volgens subonderdeel 1.1.3 is het oordeel in rov. 4.4 innerlijk tegenstrijdig met een deel van rov. 4.7,¹⁰ waarin het hof Den Haag er uiting aan geeft dat de actuele marktwaarde een mogelijke, maar niet de enig voorgeschreven methode is. Volgens subonderdeel 1.1.4 is rov. 4.4 onbegrijpelijk omdat het hof Den Haag niet mede verwijst naar rov. 4.5.1 van het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak, waaruit blijkt dat de deskundigen vrij zijn in hun methode van vaststelling van de herziene canon.¹¹

2.8.2 De klachten falen, omdat het hof Den Haag slechts verwijst naar hetgeen het hof Amsterdam heeft overwogen in rov. 2.7.1 van zijn arrest.

2.9 Subonderdeel 1.2 stelt dat bij het slagen van subonderdeel 1.1 het hof in rov. 4.7 van een onjuist uitgangspunt is uitgegaan. Nu de klachten van subonderdeel 1.1 niet slagen, geldt hetzelfde voor subonderdeel 1.2.

Onderdeel 2 (boetebepalingen)

2.10 Dit onderdeel, dat is onderverdeeld in verschillende subonderdelen, is gericht tegen rov. 4.29. Het hof overweegt over de boetebepalingen in art. 29 AB15, art. 30 AB34, art. 31 AB37, art. 28 AB94 en art. 29 AB00:

“4.27 Seba stelt zich op het standpunt dat de boete die de Gemeente ingevolge deze bepalingen kan opleggen onevenredig hoog en daarom op grond van art. 6:233 BW en onderdeel e van de indicatieve lijst bij de Richtlijn onredelijk bezwarend is. Daarnaast voert Seba aan dat titel 7 boek 5 BW geen boetebepaling toestaat.

4.28 Deze bepalingen komen erop neer dat Burgemeester en Wethouders aan de erfpachter bij iedere niet (behoorlijke of tijdige) nakoming van zijn verplichtingen een boete kunnen opleggen tot een maximum van twintigmaal (in de AB15 en AB34) respectievelijk tienmaal (in de AB37, AB94 en AB00) het bedrag van de canon. Op grond van art. 28 lid 3 AB94 en art. 29 lid 3 AB00 kunnen Burgemeester en Wethouders daarnaast een extra boete vorderen voor elke dag of een gedeelte daarvan dat de niet (tijdige of behoorlijke) nakoming voortduurt, welke extra dagboete ten hoogste 3% van de canon bedraagt. Een opgelegde boete kan door de Gemeente worden kwijtgescholden.

4.29 Het hof is van oordeel dat de onderhavige bepalingen niet zonder meer als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt. In deze bepalingen is een maximum aan de eventueel op te leggen boete verbonden. De Gemeente is niet verplicht de boete ter hoogte van het daar genoemde maximum op te leggen. Van belang is voorts dat Burgemeester en Wethouders bij het opleggen van een boete gebonden zijn door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen. Of de opgelegde boete in een bepaald geval onevenredig hoog is laat zich eerst aan de hand van de omstandigheden van elk specifiek geval, zoals de ernst en de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid, beoordelen. Evenmin valt op voorhand uit te sluiten dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin het niet onredelijk is een boete ter grootte van het maximum op te leggen. Ten slotte is onjuist de opvatting van Seba dat titel 7 boek 5 BW geen boetebepaling toestaat. De wet staat (...) er niet aan in de weg dat in de algemene erfpachtvoorwaarden een boetebepaling wordt opgenomen.”

2.11 Volgens de subonderdelen 2.1 en 2.2.1 is de slotoverweging van rov. 4.29 onjuist, omdat titel 7

van boek 5 BW geen boetebeding toestaat, zodat het boetebeding geen zakenrechtelijke werking maar alleen obligatoire werking heeft en daarom niet is overgegaan op rechtsopvolgers. De enige zakenrechtelijke sanctieregeling in titel 7 Boek 5 BW is opgenomen in art. 5:87 lid 2 BW.

2.12.1 Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Het hof beoordeelt of de boetebedingen onredelijk bezwarend zijn in het kader van vordering E.II onder e van Seba, die ertoe strekt dat het hof onder meer de boetebedingen zal vernietigen (zie rov. 4.23). In dat verband hebben Seba c.s. ook aangevoerd dat boetebedingen geen zakenrechtelijke werking hebben.¹² Zoals de Gemeente terecht opmerkt,¹³ gaat deze stelling niet over de (ver)nietig(baarheid) van de boetebedingen, maar over de tegenwerpelijke van de boetebedingen aan rechtsopvolgers van de erfpachters die de toepasselijkheid van de betreffende AB met de Gemeente zijn overeengekomen.

2.12.2 Overigens laat de regeling van het erfpachtrecht in titel 5.7 BW – de klacht ziet niet op het tot 1 januari 1992 geldende recht¹⁴ – partijen de nodige ruimte voor het bepalen van de erfpachtvoorwaarden. Bedingen mogen niet in strijd zijn met het wezen van het erfpachtrecht¹⁵ en kunnen, blijkens de memorie van antwoord aan de Tweede Kamer, alleen dan tot de inhoud van het erfpachtrecht worden gerekend indien de rechten en verplichtingen in een zodanig verband met dit erfpachtrecht staan, dat gelijke behandeling gerechtvaardigd is. De memorie van antwoord noemt daarbij onder meer het voorbeeld van het betalen van een boete. Voorts bevat titel 5.7 enige bepalingen van dwingend recht.¹⁶ Binnen deze begrenzing lijkt titel 5.7 BW zich als zodanig niet te verzetten tegen het opnemen van een boetebeding in erfpachtvoorwaarden waaraan zakelijke werking kan toekomen. Dat dit in deze zaak anders zou moeten worden beoordeeld, volgt niet uit hetgeen Seba c.s. hebben aangevoerd (zij hebben namelijk in het algemeen gesteld dat titel 5.7 BW geen boetebeding toelaat).

2.12.3 Uit het ontbreken van een bepaling over boetes in titel 7 boek 5 BW kan niet worden afgeleid dat een in de erfpachtvoorwaarden opgenomen boetebepaling geen zakelijke werking kan hebben. Dit kan ook niet worden afgeleid uit de dwingende regeling over de opzegging in art. 5:87, leden 2 en 3, BW. De aanwezigheid van een bepaling over opzegging in geval van verzuim om de canon twee jaar achtereen te betalen of bij ernstig tekortschieten van de erfpachter, impliceert niet dat alle kwesties rondom het sanctioneren van tekortschieten van de erfpachter uitputtend zijn geregeld in art. 5:87 BW. De nietigheidsbepaling van art. 5:87 lid 3 BW heeft, zoals blijkt uit art. 5:87 lid 2 BW, betrekking op de opzeggingsbevoegdheid van de eigenaar. In het midden kan blijven de stelling van Seba c.s. dat een boetebeding dat aanknoopt bij een wanprestatie die de bevoegdheid geeft tot opzegging, ten nadele van de erfpachter afwijkt van de regeling van 5:87 lid 2 BW en uit hoofde van art. 5:87 lid 3 BW nietig is.¹⁷ Het betoog van Seba c.s. waarop de onderdelen 2.1 en 2.2.1 zijn gegrond, gaat immers niet uit van de in art. 5:87 lid 2 BW bedoelde situaties.

2.13 Subonderdeel 2.2 richt in de subonderdelen 2.2.1 t/m 2.2.4 klachten tegen het oordeel in rov. 4.29 dat de boetebedingen niet zonder meer als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt.

Volgens subonderdeel 2.2.1 is de overweging dat de boetebedingen een maximum bevatten onbegrijpelijk voor de AB94 en AB00 omdat (naar Seba c.s.¹⁸ hebben gesteld en door de Gemeente¹⁹ zou zijn erkend) de boete de facto onbepaald is vanwege de onbepaalde werking van de dagboete van 3% in art. 28 lid 3 AB94 en art. 29 lid 3 AB00. Ook subonderdeel 2.2.3 berust op deze klacht.

Subonderdeel 2.2.2 klaagt onder meer dat het oordeel dat de Gemeente niet verplicht is de boete ter hoogte van het maximum op te leggen en is gebonden door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen onbegrijpelijk is, omdat het (i) uitgaat van de veronderstelling dat sprake is van een gemaximeerde boete en (ii) Seba c.s. hebben aangevoerd

dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de Gemeente geenszins verplichten tot een in het kader van de rechtszekerheid vereist voorzienbaar handelen in een bepaald geval.

Subonderdeel 2.2.4 klaagt dat het hof niet ingaat op de stelling van Seba c.s. dat de boete van 20 maal de canon in de AB15/34 buitensporig is, zeker in het licht van de andere AB-en waarin deze boete maximaal 10 maal de canon bedraagt.

- 2.14 Deze klachten kunnen gezamenlijk besproken worden. Naar mijn mening gaan zij niet op. Het hof beoordeelt in rov. 4.29 de stelling van Seba c.s. dat de boetes onevenredig zijn (rov. 4.27). Voor de wijze van beoordeling verwijs ik naar hetgeen is opgemerkt bij 2.3.1 e.v. Blijkens rov. 4.23 beoordeelt het hof vordering E.II onder e aan de hand van de stellingen in eerste aanleg. De in de klachten bedoelde stellingen zijn door Seba c.s. opgeworpen bij memorie na verwijzing nrs. 6.70-6.71.²⁰ Het staat partijen niet vrij om na cassatie en verwijzing stellingen aan te voeren die zij, gelet op het debat in eerste aanleg of appel, reeds eerder hadden kunnen aanvoeren.²¹ Dat het hof tegen deze achtergrond niet nader is ingegaan op de stellingen van Seba c.s. is niet onbegrijpelijk.
- 2.15 Voor zover het hof deze stellingen toch in zijn beoordeling zou hebben betrokken – waarop rov. 4.28 gelezen in verband met rov. 4.29, eerste volzin, zou kunnen wijzen²² – merk ik het volgende op. Volgens het hof moet de Gemeente bij de boordeling van de hoogte van de boete, die is gemaximeerd, rekening houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen (rov. 4.29, derde volzin). Dit veronderstelt onder meer, zo begrijp ik, dat de boete niet onevenredig hoog is; of dat het geval is moet worden beoordeeld met inachtneming van de omstandigheden van het geval (vierde volzin). Het opleggen van de maximale boete is onder omstandigheden denkbaar (vijfde volzin). Op deze wijze hebben de bedoelde beginselen naar het oordeel van het hof een normerende werking ten aanzien van de mogelijkheid voor de Gemeente om een boete van een bepaalde omvang op te leggen. De Gemeente kan dus geen boete opleggen die gezien de omstandigheden van het geval onevenredig is.²³ Bij een boete op grond van de AB94 of AB00 betreft dit niet alleen het maximum van 10 maal de canon of van ten hoogste 3% van de canon per dag, maar ook het aantal dagen dat de dagboete kan worden opgelegd. In zoverre wordt ook voorkomen dat het bedrag van de boete (van maximaal 10 maal de canon en/of van hoogstens 3% van de canon per dag) in totaal onevenredig kan zijn.
- 2.16 De nog niet besproken rechtsklacht van subonderdeel 2.2.2 berust op een verkeerde lezing van de bestreden rechtsoverweging. Anders dan de klacht veronderstelt, heeft het hof niet geoordeeld dat naast de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op het privaatrechtelijk handelen van de overheid nimmer meer een geslaagd beroep op onredelijk bezwarende bedingen in door de overheid gehanteerde algemene voorwaarden kan worden gedaan. De klacht faalt daarom.
- 2.17 Subonderdeel 2.3 klaagt dat uit art. 6:74 BW, waaraan het hof uit hoofde van art. 25 Rv had moeten toetsen, volgt dat een erfpachter alleen recht op vergoeding van schade heeft voor zover die is veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming, terwijl niets in de tekst van de gewraakte boetebepalingen zich ertegen verzet dat voor een geringe of niet toerekenbare tekortkoming de boete onevenredig kan oplopen.
- Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie²⁴ volgt dat bij de beoordeling of de op te leggen boetes onevenredig hoog zijn in de zin van punt 1 onder e van de Bijlage bij Richtlijn 1993/13 moet worden nagegaan wat de cumulatieve werking is van alle desbetreffende bepalingen van de betrokken overeenkomst, ongeacht of de schuldeiser daadwerkelijk de volledige nakoming van alle bedingen nastreeft. Voor zover het hof niet al ambtshalve had te toetsen aan Richtlijn 1993/13, heeft het de reflexwerking daarvan in de toets van art. 6:233 onder a BW miskend, aldsu het subonderdeel.
- 2.18 Het subonderdeel faalt, omdat de manier waarop het hof de boetebedingen heeft beoordeeld,

op zichzelf ruimte laat om rekening te houden met de genoemde kritiekpunten. Het hof heeft geoordeeld dat de boetebedingen niet zonder meer als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt. Daarbij heeft het hof overwogen dat de vraag of een opgelegde boete onevenredig is, zich eerst laat beantwoorden aan de hand van de omstandigheden van het geval waaronder de ernst en duur van de tekortkoming en de verwijtbaarheid. Hierin is verdisconteerd dat art. 6:74 BW schadevergoeding verbindt aan het bestaan van een toerekenbare tekortkoming. De beoordeling van de boetebedingen in het licht van (onder meer) het evenredigheidsbeginsel laat verder ruimte voor een cumulatieve beoordeling van de boetes in de AB94/00 (zie bij 2.15).

2.19 Ik wees er al op, dat het hof vanuit een specifieke invalshoek en binnen de beperkingen van het debat na cassatie en verwijzing toetst of een beding in de AB-en onredelijk bezwarend is (2.3.1 e.v.). De Gemeente (schriftelijke toelichting nr. 56) wijst er naar mijn mening terecht op dat subonderdeel 2.3, dat is gericht tegen rov. 4.29, geen (voldoende kenbare) klacht bevat over een nalaten om de boetebedingen ambtshalve te beoordelen in het licht van punt 1 onder e van de Bijlage bij Richtlijn 1993/13. Ik lees daarin ook geen klachten tegen de rov. 2.3, 2.6, 4.6 en 4.23.

2.20 De louter voortbouwende klacht van subonderdeel 2.4 moet eveneens falen.

Onderdeel 3 (vergoeding bij opzegging door de erfpachter)

2.21 In dit onderdeel richten Seba c.s. klachten tegen rov. 4.34. Het hof overwoog:

“4.33 Seba stelt zich op het standpunt dat lid 3 van art. 26 AB94/00, waarin is bepaald welke opstalvergoeding aan de erfpachter wordt uitgekeerd indien de erfpachter de erfpacht opzegt, onredelijk bezwarend is omdat de vergoeding die wordt uitgekeerd indien de Gemeente de erfpacht opzegt beduidend hoger is. De Gemeente heeft duidelijk beoogd opzeggen door de erfpachter vanwege wijziging van de algemene bepalingen uiterst onaantrekkelijk te maken, aldus Seba.

4.34 Ingevolge art. 26 lid 3 AB94/00 is, bij opzegging door de erfpachter, de erfpachter in beginsel gerechtigd tot vergoeding van de waarde van de bij het einde van de erfpacht nog aanwezige opstallen. Bij beëindiging van de erfpacht door de Gemeente wegens tekortkoming of wanbetaling, wordt een op het perceel en de opstallen te vestigen erfpacht (in het openbaar of ondershands) verkocht en de opbrengst aan de erfpachter uitgekeerd onder aftrek van het nog aan de Gemeente verschuldigde (art. 33 lid 4 AB00). Het gaat hier dus om twee geheel verschillende situaties die in de algemene bepalingen in beginsel ook verschillend mogen worden behandeld. Niet valt in te zien dat hierdoor bij opzegging door de erfpachter de Gemeente een 'zware financiële last afwentelt op de erfpachter'. Ook ontbreekt elke aanwijzing dat de reden voor dit verschil in behandeling is dat de Gemeente opzegging door de erfpachter wegens nieuwe algemene bepalingen zo onaantrekkelijk mogelijk heeft willen maken. Daarbij is van belang dat de erfpachter er ook voor kan kiezen, zoals de Gemeente heeft gesteld, zijn erfpachtrecht te verkopen, als hij de aangezegde nieuwe Algemene Bepalingen niet aanvaardbaar acht. Het hof concludeert dat van een onredelijk bezwarend beding geen sprake is.”

2.22 Het hof reageert in rov. 4.34 op de in rov. 4.33 genoemde argumenten van Seba. De algemene klacht van subonderdeel 3.1 wordt uitgewerkt in de motiveringsklachten van de subonderdelen 3.1.1 en 3.1.2. Deze klachten dienen naar mijn mening te falen. Ik licht dat hieronder toe.

2.23.1 Anders dan subonderdeel 3.1.1 onder (i) aanvoert, is niet onbegrijpelijk dat het hof spreekt van twee verschillende situaties waar het gaat om de in art. 26 AB94/00 geregelde algemene opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter enerzijds en de in art. 32 AB94²⁵ en 33 AB00 geregelde opzeggingsbevoegdheid van de Gemeente ingeval van tekortkoming of wanbetaling van de erfpachter anderzijds. Vgl. ook art. 5:87 lid 1 respectievelijk art. 5:87 leden 2 en 3 BW, steeds in verbinding met art. 5:99 BW. Hieraan doet niet af de stelling, wat daar verder van zij, dat de erfpachter die opzegt financieel minder rechten heeft dan de

erfpachter die na diens wanprestatie wordt geconfronteerd met opzegging door de Gemeente. Dit geldt ook voor de stelling, dat het verschil zodanig is dat de erfpachter die opzegt niet ten minste een vergoeding krijgt die conform art. 1 Eerste Protocol EVRM²⁶ in een redelijke verhouding tot de waarde van het erfpachtrecht staat. Deze stelling vereist een waardering van feitelijke elementen en kan niet voor het eerst in cassatie worden aangevoerd; de klacht geeft niet aan dat deze stelling reeds in feitelijke instanties is aangevoerd.

2.23.2 Volgens subonderdeel 3.1.1 onder (ii) is onbegrijpelijk de overweging dat niet valt in te zien dat bij opzegging door de erfpachter de Gemeente een zware financiële last afwentelt op de erfpachter, omdat volgens de klacht die zware last rechtstreeks voortvloeit uit de verschillende behandeling van de twee opzeggingsmogelijkheden en Seba c.s. voorts heeft berekend hoe zwaar die financiële last is.

Deze klacht dient te falen. Voor zover de klacht berust op een vergelijking van de situatie van opzegging door de erfpachter met de situatie van opzegging door de Gemeente, gaat zij eraan voorbij dat het hof deze situaties heeft mogen onderscheiden. Voor zover de klacht inhoudt dat de vergoeding bij opzegging door de erfpachter als zodanig een zware financiële last op de erfpachter afwentelt, geldt dat Seba dit heeft geïllustreerd met een voorbeeld waarin de vergoeding bij opzegging door de erfpachter wordt vergeleken met de opbrengst van de verkoop van het erfpachtrecht door de erfpachter.²⁷ Hierop reageert het hof met de overweging dat de erfpachter ervoor kan kiezen om zijn erfpachtrecht te verkopen.

2.23.3 Volgens subonderdeel 3.1.1 onder (iii) is onbegrijpelijk de overweging dat elke aanwijzing ontbreekt dat de reden voor de verschillende behandeling is dat de Gemeente opzegging door de erfpachter wegens nieuwe algemene bepalingen zo onaantrekkelijk mogelijk heeft willen maken.

De klacht gaat niet op. Anders dan de klacht veronderstelt, behoefde het hof er niet van uit te gaan dat een door de erfpachter niet aanvaardbaar gevonden wijziging van de AB 'uit de aard der zaak' leidt tot een lagere waarde bij verkoop.

2.23.4 Subonderdeel 3.1.2 klaagt dat het hof niet heeft gereageerd op de essentiële stelling van Seba c.s. dat art. 26 AB00, in combinatie met art. 23 en 25 AB00, in strijd is met sub f van de indicatieve lijst bij de Richtlijn, alsmede dat sprake is van strijd met art. 6:237 sub I wat betreft het moment van opzegging en de opzeggingsgronden.

Deze stelling is pas in de memorie na verwijzing opgevoerd zodat het hof daarop niet in kon gaan. Verder heeft het hof gemotiveerd waarom het na cassatie en verwijzing niet toekomt aan ambtshalve toetsing aan (de Bijlage bij) de Richtlijn oneerlijke bedingen (zie bij 2.3.4).²⁸ De klacht gaat niet op.

2.24 De klacht in subonderdeel 3.2 is louter voortbouwend en dient eveneens te falen.

Onderdeel 4 (eenzijdige wijzigingsbedingen)

2.25 De algemene klacht tegen rov. 4.13 t/m 4.16 en 4.21 in subonderdeel 4.1 wordt uitgewerkt in de subonderdelen 4.1.1 t/m 4.1.3.

2.26 Ten aanzien van vordering E.II onder a van Seba en vordering A, B en C onder II van de Erfpachters overwoog het hof:

"4.10 Onder E.II onder a wordt gevorderd te verklaren voor recht dat art. 5 van de AB 15 en art. 6 van de AB34 en de AB37. voor zover deze zien op wijziging van de algemene bepalingen, onredelijk bezwarend zijn en daarmee nietig of vernietigbaar. Zoals hiervoor (onder 2.5) aangekondigd zal het hof deze vordering tegelijk behandelen met de vordering van de Erfpachters onder A, B en C sub II die dezelfde strekking hebben.

- 4.11 In art. 5 AB15 is bepaald dat de algemene bepalingen te allen tijde kunnen worden herzien door de Gemeenteraad, welke wijzigingen bouwbloksgewijs in werking treden en wel voor de eerste maal op het tijdstip waarop een termijn van 75 jaar is verlopen sinds het eerste terrein van dat bouwblok in erfpacht werd uitgegeven, en vervolgens telkens na 50 jaar. In de AB34 en de AB37 bevat art. 6 een vergelijkbare regeling.
- 4.12 Seba c.s. hebben zich ter onderbouwing van deze vorderingen beroepen op art. 6:237 aanhef en sub c BW, alsmede op onderdeel j van de indicatieve lijst van de Richtlijn, in combinatie met art. 6:233 aanhef en onder a BW. Het hof zal thans deze vorderingen alsnog behandelen, waarbij het er van uitgaat dat Seba c.s. bedoelen dat de wijzigingsbevoegdheid moet worden getoetst aan art. 6:233 aanhef en onder a BW, waarbij de algemene norm van die bepaling wordt ingevuld met behulp van de indicatieve lijst onder j. Daarbij merkt het hof op dat de omstandigheid dat het gerechtshof Amsterdam ambtshalve heeft getoetst aan de indicatieve lijst onder j van de Richtlijn, welk oordeel door de Hoge Raad is vernietigd, niet wegneemt dat het hof alsnog op het beroep van Seba c.s. op 6:233 aanhef en onder a BW moet ingaan.
- 4.13 Het beroep van Seba c.s. op art. 6:237 aanhef en sub c BW gaat niet op. Niets in art. 5 AB en art. 6 AB34/37 verleent aan de Gemeente de bevoegdheid een prestatie te verschaffen die wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie. Deze bepalingen bevatten met name geen grondslag voor de Gemeente om het gebruik dat een erfpachter kan maken van de onroerende zaak wezenlijk te beperken. Ook verlenen deze bepalingen niet de bevoegdheid om de voorwaarden waaronder de prestatie van de Gemeente wordt verleend zo ingrijpend te wijzigen dat de door de Gemeente geleverde prestatie wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie. Het kennelijke doel van de hier aan de orde zijnde wijzigingsbevoegdheid is immers slechts om de algemene bepalingen na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten (vergelijk het arrest van de Hoge Raad onder 5.1.6).
- 4.14 Ook het beroep op art. 6:233 aanhef en onder a BW en het in dat verband gedane beroep op de indicatieve lijst onder j van de Richtlijn faalt. In de eerste plaats is een bepaling in algemene voorwaarden die de gebruiker het recht geeft deze voorwaarden te wijzigen op zichzelf niet onredelijk bezwarend. Een dergelijk beding komt ook niet voor op de lijsten van art. 6:236 of art. 6:237 BW. Dit betekent dat het aan Seba c.s. is feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen die tot de conclusie nopen dat een dergelijk beding wel onredelijk bezwarend is. In de tweede plaats heeft de Hoge Raad (rechtsoverweging 5.1.6 van zijn arrest in deze zaak) voor het zich hier concreet voordoende geval, namelijk een wijzigingsbevoegdheid van de Gemeente als erfverpachter, overwogen dat onder de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden - het kennelijke doel van de wijzigingsbevoegdheid (aanpassing aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten), de wijzigingsbevoegdheid wordt uitgeoefend door de gemeenteraad, een democratisch gekozen orgaan, de vaststelling en toepassing van de voorwaarden moet voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarbij mede van belang is of kan zijn met welk doel de Gemeente de grond in erfpacht heeft uitgegeven - niet valt in te zien dat het hier aan de orde zijnde beding onredelijk bezwarend zou zijn.
- 4.15 Tegen deze achtergrond hebben Seba c.s. onvoldoende aangevoerd om de conclusie te kunnen trekken dat het aangevochten beding onredelijk bezwarend is. Weliswaar hebben Seba c.s. aangevoerd dat de Gemeente in een aantal gevallen wijzigingen heeft doorgevoerd waarbij volgens Seba c.s. de belangen van de erfpachters te zeer zijn veronachtzaamd, maar wat daar ook van zij, dit kan niet tot de conclusie leiden dat het wijzigingsbeding op zichzelf en in alle gevallen onredelijk bezwarend is. Grief 8 faalt. De door de Erfpachters onder A, B en C sub II gevorderde vernietiging en de door Seba c.s. onder E.II onder a gevorderde verklaring voor recht zijn niet toewijsbaar."

2.27.1 Er is reden om eerst subonderdeel 4.1.2, dat gaat over rov. 4.14 en 4.15, te behandelen.

Daarbij stel ik het volgende voorop.

2.27.2 In zijn eerste arrest in deze zaak overwoog de Hoge Raad:

“5.1.5 De onderdelen A.5 en A.6 bevatten de klacht dat het hof heeft miskend dat het feit dat het hier aan de orde zijnde beding op de indicatieve lijst bij de Richtlijn staat, nog niet zonder meer meebrengt dat dit beding onredelijk bezwarend is. Hoewel het oordeel van het hof reeds geen stand kan houden in verband met de gegrondheid van de hiervoor in 5.1.4 besproken klacht [te weten dat Richtlijn 1993/13 niet van toepassing is op de AB15/34/34; toevoeging A-G], zal de Hoge Raad ook deze klacht behandelen, nu de AB00 een bepaling bevatten die vergelijkbaar is met art. 5 AB15 en art. 6 AB34 en AB37.

5.1.6 Vooropgesteld wordt dat het bij de onderhavige wijzigingsbevoegdheid niet om een beding gaat dat op grond van de art. 6:236 en 237 BW als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt of wordt vermoed dat te zijn. Een beding dat (uitsluitend) voorkomt op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG, behoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk te worden beschouwd.

Met betrekking tot een dergelijk beding dient te worden nagegaan of het in de context die aan de orde is, een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Het oordeel dat dit het geval is, behoeft een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval. (vgl. onder meer HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431 (...), rov. 3.4 en 3.5)

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

2.27.3 Het oordeel van de Hoge Raad in rov. 5.1.6 is in het bijzonder gegeven met het oog op de wijzigingsbepaling in de AB00. Op de AB00 is immers Richtlijn 1993/13 van toepassing, zodat de vraag rijst (i) wat de betekenis is van de indicatieve lijst van bedingen in de bijlage bij die Richtlijn en (ii) hoe moet worden geoordeeld of een beding ‘oneerlijk’ is in de zin van die Richtlijn. Hoewel de Richtlijn niet van toepassing is op de AB15/34/37 – nu die zijn overeengekomen voor erfpachtrechten die dateren van vóór 31 december 1994 (rov. 5.1.4) –, is het slot van rov. 5.1.6 ook relevant voor de beoordeling van het wijzigingsbeding in de AB15/34/37 aan de hand van de maatstaf van art. 6:233 onder a BW.

2.28 Het hof Den Haag toetst in rov. 4.13 t/m 4.15 (en rov. 4.16 en 4.21) het wijzigingsbeding in de AB15/34/37. In rov. 4.14-4.15 heeft het hof zich mede laten leiden door rov. 5.1.6 van het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak.

Het hof toetst niet mede het wijzigingsbeding in de AB00. In rov. 2.3 overweegt het hof daartoe onder meer dat ten aanzien van de herzieningsbevoegdheid in art. 1 lid 2 AB00 geen vorderingen

zijn ingesteld (waaraan het hof ten overvloede toevoegt dat uit zijn overwegingen ten aanzien van de andere AB-en volgt dat een dergelijk wijzigingsbeding niet onredelijk bezwarend is).²⁹

2.29.1 Subonderdeel 4.1.2 klaagt onder (i) in de eerste plaats dat het hof in rov. 4.15 een te hoge drempel heeft opgeworpen voor de door Seba c.s. aangevoerde omstandigheden. Het hof overweegt in rov. 4.14 namelijk dat de Hoge Raad in zijn eerste arrest in deze zaak in rov. 5.1.6 heeft overwogen dat onder de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden niet valt in te zien dat het wijzigingsbeding "onredelijk bezwarend zou zijn." De Hoge Raad overwoog echter in rov. 5.1.6 dat niet valt in te zien dat het beding "zonder meer onredelijk bezwarend zou zijn."

2.29.2 De klacht neemt terecht tot uitgangspunt dat de Hoge Raad in zijn eerste arrest in deze zaak geen oordeel heeft gegeven over het wijzigingsbeding in het licht van de aanwezige omstandigheden. De klacht slaagt echter niet, omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest van het hof. Het hof is niet ervan uitgegaan dat de Hoge Raad zou hebben geoordeeld dat het wijzigingsbeding niet onredelijk bezwarend is. Het hof heeft immers getoetst of het beding onredelijk bezwarend is. Het stelt in rov. 4.14 voorop dat het beding niet op zichzelf onredelijk bezwarend is en verwijst daartoe naar de lijsten van de art. 6:236 en 6:237 BW en naar rov. 5.1.6 van het eerste arrest van de Hoge Raad.³⁰ Evenals de Hoge Raad, neemt het hof dus als uitgangspunt dat het wijzigingsbeding niet zonder meer onredelijk bezwarend is. Tegen deze achtergrond oordeelt het hof dat Seba c.s. onvoldoende hebben aangevoerd om de conclusie te trekken dat het wijzigingsbeding onredelijk bezwarend is.

2.29.3 Voorts valt niet in te zien dat het hof, zoals subonderdeel 4.1.2 onder (i) in de tweede plaats klaagt, ten onrechte voorbij is gegaan aan het in art. 38 Handvest EU³¹ gestelde vereiste dat een hoge bescherming van de consument verzekerd dient te worden, welke bepaling van communautaire openbare orde is en ambtshalve getoetst moet worden. Het hof toetst in rov. 4.14 t/m 4.15 het wijzigingsbeding in de AB15/34/37, maar niet het beding in de AB00. Daargelaten of art. 38 Handvest de strekking heeft die de klacht eraan toekent,³² faalt de klacht reeds omdat het hof gemotiveerd heeft uiteengezet waarom het in deze zaak na cassatie en verwijzing niet tot ambtshalve toetsing van de AB over kan gaan (zie bij 2.3.4).

2.30.1 Onder (ii) klaagt subonderdeel 4.1.2 dat indien het hof is uitgegaan van de juiste betekenis van rov. 5.1.6 van het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak, zijn oordeel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd, omdat het hof geen kenbare afweging heeft gemaakt van het gemeentelijke belang tegen de door Seba c.s. aangevoerde belangen van erfpachters, te weten dat een erfpachter er belang bij heeft dat zijn lasten niet worden verzaamd anders dan hij bij de vestiging van het erfpachtrecht heeft (moeten) kunnen voorzien, zijn gebruiksbevoegdheid niet wordt ingeperkt en zijn rechtspositie niet verslechtert.

2.30.2 Naar mijn mening berust deze klacht op een onjuiste lezing van het arrest en dient zij daarom te falen. Het hof stelt immers voorop in rov. 4.14 dat Seba c.s. feiten en omstandigheden moeten stellen die tot de conclusie nopen dat het wijzigingsbeding onredelijk bezwarend is. Volgens het hof hebben zij daartoe onvoldoende aangevoerd, ook al hebben zij aangevoerd dat bij een aantal wijzigingen de belangen van de erfpachters te zeer zijn veronachtzaamd (rov. 4.15). Hieruit volgt dat het hof wel rekening heeft gehouden met de door Seba c.s. aangevoerde belangen van erfpachters, maar heeft geoordeeld dat dit onvoldoende was voor de conclusie dat het wijzigingsbeding op zichzelf onredelijk bezwarend is.

2.31 Onder (iii) klaagt subonderdeel 4.1.2 over de door het hof in rov. 4.15 toegepaste maatstaf. Het relevante criterium is niet of het wijzigingsbeding op zichzelf en in alle gevallen onredelijk

bewarend is (opgevat in de zin dat er ook gevallen zijn waarin de Gemeente zonder belangen te schaden van het wijzigingsbeding gebruik kan maken). Indien immers het beding feitelijk zodanig is aangewend dat belangen van erfpachters te zeer zijn veronachtzaamd, zoals in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, is sprake of kan sprake zijn van een onredelijk bezwarend beding, aldus de klacht.

2.32 Ik stel voorop dat het oordeel dat een beding onredelijk bezwarend is, een specifieke motivering behoeft waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval (zie rov. 5.1.6 van het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak). Het hof Den Haag heeft daarom onderzocht of door Seba c.s. voldoende is gesteld om tot een dergelijk oordeel te kunnen komen (het hof kwam niet toe aan een ambtshalve toetsing van de bedingen; zie bij 2.3.4). Het hof oordeelde dat hiertoe onvoldoende is gesteld. Thans moet een onderscheid worden gemaakt tussen de vordering E.II onder a van Seba en de vorderingen A, B en C onder II van de Erfpachters, die door hof in rov. 4.14-4.15 zijn beoordeeld.

2.33 Ten aanzien van (ook) de vordering E.II onder a van Seba als belangenorganisatie heeft het hof overwogen dat de toetsing aan art. 6:233 onder a BW moet plaatsvinden los van de concrete omstandigheden van een specifiek geval. Het hof heeft daaruit afgeleid dat het de vordering slechts kan toewijzen indien voldoende aannemelijk is dat de bepalingen in alle, althans de overgrote meerderheid van de gevallen onredelijk bezwarend zijn (zie bij 2.3.2). het middel klaagt niet over de daaraan ten grondslag liggende overwegingen van het hof. In het licht hiervan faalt de klacht van subonderdeel 4.1.2 onder (iii) voor zover deze betreft de afwijzing van de door Seba ingestelde vordering E.II onder a.

2.34.1 Ten aanzien van de vorderingen A, B en C onder II van de Erfpachters geldt het volgende. Het hof heeft alleen het wijzigingsbeding in de vorderingen AB15/34/37 beoordeeld.³³ De door de eisers tot cassatie onder 2, 4 en 5 tegen de Gemeente ingestelde vorderingen A, B en C onder II hebben betrekking op het wijzigingsbeding in deze AB-en en zijn geen collectieve acties in de zin van art. 3:305a BW.³⁴ Hier geldt dus niet het uitgangspunt dat het hof formuleerde voor de beoordeling van de vorderingen van Seba als belangenorganisatie. In rov. 4.15 heeft het hof deze vorderingen echter op dezelfde wijze beoordeeld als de vordering van Seba. Daarom zou de klacht van subonderdeel 4.1.2 onder (iii) kunnen slagen voor zover het betreft deze vorderingen.

2.34.2 Ook ten aanzien van de vorderingen A, B en C onder II geldt echter dat het oordeel dat een beding onredelijk bezwarend is, een specifieke motivering behoeft waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van het geval. De klacht van subonderdeel 4.1.2 onder (iii) slaagt daarom niet als het hof kon oordelen dat eisers tot cassatie onder 2, 4 en 5 aan hun vorderingen onvoldoende ten grondslag hebben gelegd. Daarbij gaat het uitsluitend om de toets van de wijzigingsbedingen aan art. 6:233 onder a BW.³⁵

2.34.3 Onderdeel 4.1.2 verwijst naar stellingen van Seba c.s. in de memorie van grieven (nrs. 3.143-3.170) en de memorie na verwijzing (nrs. 3.5-3.34, in het bijzonder nrs. 3.9 en 3.10).³⁶ Deze stellingen betreffen de toelichting op grief 8, waarmee Seba c.s. opkwamen tegen de verwerping van hun beroep op art 6:237 onder c BW door de rechtbank. Het hof heeft in deze stellingen mede een beroep gelezen op art 6:233 onder a BW (zie rov. 4.12). Deze stellingen komen erop neer dat de Gemeente met de wijzigingen in de AB00, zoals uiteengezet in de memorie van toelichting nrs. 3.155-3.163, ook wijzigingen hebben gebracht in de prestatie en dat daarom de wijzigingsbepaling in de AB15/34/37 onredelijk bezwarend is (memorie van grieven nr. 3.165) en dat de Gemeente kan overgaan tot dermate verstrekkende wijzigingen dat deze bepalingen onredelijk bezwarend zijn (memorie van grieven nr. 3.170). In de memorie na verwijzing (zie nrs. 3.9 en 3.10) hebben Seba c.s. naar dit betoog verwezen en het nader toegelicht. De Gemeente heeft dit betoog bestreden (memorie van antwoord nr. 11.1 e.v.).

Deze stellingen van Seba c.s. betreffen algemene bezwaren tegen de wijze waarop de Gemeente van de wijzigingsbevoegdheid gebruik heeft gemaakt en nog zou kunnen gaan maken. De stellingen zijn niet toegespitst op de situatie van eisers tot cassatie onder 2, 4 en 5. Ik lees het arrest zo, dat het hof heeft geoordeeld dat eisers tot cassatie onder 2, 4 en 5 onvoldoende specifieke stellingen hebben aangevoerd waarin wordt ingegaan op de relevante omstandigheden van hun respectievelijke gevallen. Dit oordeel behoeft naar mijn mening geen nadere motivering. De klacht van subonderdeel 4.1.2 onder (iii) slaagt niet ten aanzien van de vorderingen A, B en C onder II.

2.35.1 Volgens subonderdeel 4.1.1 is de inhoud van rov. 4.13, kort gezegd, niet te rijmen met de inhoud van rov. 4.16 en 4.21. Deze overwegingen luiden:

"4.16 Onder E.II onder b vordert Seba een verklaring voor recht dat art. 5 AB15 en art. 6 AB34/37 niet toelaten dat de Gemeente geheel nieuwe algemene voorwaarden van toepassing verklaart. Volgens Seba blijkt uit het gebruik van de term "herzien" dat het niet is toegestaan geheel nieuwe algemene voorwaarden vast te stellen. Dit betoog faalt. Uit de genoemde bepalingen blijkt de door Seba bedoelde beperking niet. "Herziening" kan immers ook betekenen dat elke bepaling van de algemene voorwaarden wordt gewijzigd. Het resultaat kan dan zijn dat 'nieuwe' algemene voorwaarden zijn ontstaan. Een uitleg als door Seba verdedigd ligt ook niet voor de hand. Indien, zoals hier tot uitgangspunt moet dienen (zie hiervoor onder 4.13), het kennelijke doel van de hier aan de orde zijnde wijzigingsbevoegdheid is om de algemene bepalingen na verloop van tijd te kunnen aanpassen aan de gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten, valt niet goed in te zien waarom een dergelijke aanpassing er niet in zou kunnen resulteren dat volledig nieuwe voorwaarden tot stand komen. Ten slotte zou aanvaarding van de door Seba verdedigde uitleg onhanteerbaar zijn, aangezien in dat geval steeds debat zou kunnen ontstaan over de vraag wanneer een herziening van de algemene voorwaarden resulteert in volledig nieuwe voorwaarden en wanneer niet. Een objectieve lezer van de bewuste bepalingen kan niet hebben begrepen dat dat de bedoeling zou zijn.

(...)

4.21 Seba vordert onder E.II onder d een verklaring voor recht dat art. 5 AB15, art. 6 AB34 en art. 6 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 AB94 alsmede de artikelen 5, 7, 8, 9, 11, 12, 15, 16, 19, 22, 23, 25, 26, 29 en 34 AB00, althans een of enkele daarvan. Deze vordering ziet op een betoog van Seba, dat de rechtbank onder 4.37 van haar vonnis heeft verworpen. Voor zover Seba al tegen deze overweging beoogt op te komen in grief 9, faalt deze. In de wijzigingsbepalingen van art. 5 AB15 en art. 6 AB34/37 valt geen beperking te lezen in die zin, dat slechts niet-kernbedingen zouden mogen worden gewijzigd. Een dergelijke uitleg van deze bepalingen zou ook onhanteerbaar zijn, nu daarin niet gedefinieerd is wat als 'kernbeding' moet worden beschouwd en daarover dus steeds meningsverschil zou kunnen ontstaan. Dit laatste wordt geïllustreerd door de onderhavige vordering, waaruit blijkt dat Seba zich op het standpunt stelt dat het merendeel van de algemene bepalingen 'kernbedingen' bevat die dus niet gewijzigd zouden mogen worden. Uit art. 6:231 BW volgt niet iets anders, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen. Het betoog van Seba loopt hierop stuk."

2.35.2 De klacht gaat naar mijn mening niet op. Blijkens rov. 4.13 bevatten de wijzigingsbepalingen geen grondslag om de toegezegde prestatie, dat wil zeggen het gebruik dat een erfpachter kan maken van de onroerende zaak, wezenlijk te beperken. Evenmin kunnen de voorwaarden waaronder de Gemeente haar prestatie verleent zodanig worden gewijzigd, dat de geleverde prestatie wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie. Het doel van de wijzigingsbepalingen is om de AB te kunnen aanpassen aan gewijzigde verhoudingen, opvattingen en inzichten.

Binnen deze begrenzing, zo dient het arrest gelezen te worden, staat het de Gemeente vrij om eventueel elke bepaling in de AB te herzien (rov. 4.16) en ook bepalingen die volgens

Seba 'kernbedingen' zijn (rov. 4.21). Anders dan de klacht aanvoert, volgt hieruit niet dat ook bepalingen die de kenmerkende prestatie van de Gemeente behelzen (eenzijdig) kunnen worden gewijzigd. Het oordeel van het hof is daarom niet innerlijk tegenstrijdig.

2.36.1 Subonderdeel 4.1.3 klaagt dat het hof in rov. 4.21 heeft miskend dat bij de uitleg van de wijzigingsbepaling die er op neerkomt dat de Gemeente de AB naar believen kan wijzingen, in strijd wordt gekomen met het bepaalbaarheidsvereiste van art. 6:227 BW en het formele rechtszekerheidsvereiste van art. 3:14 BW.

2.36.2 Deze klacht dient naar mijn mening te falen. Het oordeel van het hof houdt niet in dat Gemeente de AB naar believen kan wijzingen, reeds omdat de vaststelling en toepassing van de gewijzigde voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie rov. 5.1.6 van het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak).

2.37 De slotsom is dat de klachten niet slagen, zodat het cassatieberoep moet worden verworpen.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

A-G

¹ Seba treedt in dit geding op op basis van art. 3:305a BW.

² De feiten waarvan in de procedure moet worden uitgegaan zijn vastgesteld in het vonnis van de rechtbank Amsterdam 5 juni 2013 onder 2.1 tot en met 2.14.

³ De rechtbank wees vorderingen tot vernietiging van bepaalde bindende adviezen waarbij de canon opnieuw werd vastgesteld, toe. Dit speelt in het verdere verloop van het geding geen rol meer.

⁴ HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41 m.nt. H.B. Krans, TBR 2016/193 m.nt. C.M.D.S. Pavillon en F.J. Vonck, JIN 2016/133 m.nt. E.E. van der Kamp, TvA 2017/18 m.nt. B.C. Punt.

⁵ Seba c.s. zijn veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, waaronder het geding na verwijzing, en in de kosten van de cassatie van het door Seba ingestelde cassatieberoep (zaaknr. 15/00044) zoals bepaald door de Hoge Raad in zijn arrest van 29 april 2016.

⁶ Het hof overweegt in rov. 4.15 onder meer dat "dit niet tot de conclusie kan leiden dat het wijzigingsbeding op zichzelf en in alle gevallen onredelijk bezwarend is".

⁷ Het hof overweegt in rov. 4.29 dat de bedingen "niet zonder meer als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt" (eerste volzin) en dat "[e]venmin (...) op voorhand [valt] uit te sluiten dat zich omstandigheden kunnen voordoen waarin het niet onredelijk is een boete ter grootte van het maximum op te leggen." (vijfde volzin).

⁸ Anders dan Seba c.s. (Repliek nr. 3.3) stellen, volgt het tegendeel niet uit HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998/6 m.nt. Jac. Hijma (Assoud/SNS), rov. 3.4.2. Ik verwijs daarvoor naar mijn conclusie sub 6.24.3 voor het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak, HR 29 april

2016, ECLI:NL:HR:2016:769.

⁹ Zie de schriftelijke toelichting van de Gemeente nr. 13 e.v.; de repliek van Seba c.s. nr. 3.1 e.v. Vgl. hierover F.E. Vermeulen en T.L. Schasfoort, 'Ambtshalve toetsing aan Unierecht ten gunste van belangenorganisaties?', TCR 2017/3, p. 89 e.v.; M.B.M Loos Algemene voorwaarden, 2018/453b.

¹⁰ Het gaat om de passage: "Daarbij neemt het hof ook in aanmerking dat het gerechtshof Amsterdam heeft overwogen (onder 2.7.1) dat het niet tegemoet kan komen aan de wens van Seba c.s. om vast te stellen dat de canonherzieningen moeten plaatsvinden naar de maatstaf die Seba c.s. in dit geding hebben verdedigd."

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

¹² Zie hiervoor ook de Memorie na verwijzing van Seba c.s. nr. 6.63. e.v.

¹³ Schriftelijke toelichting nr. 32.

¹⁴ De klacht heeft dus met name betrekking op de AB94 en AB00. Vgl. de dagvaarding in eerste aanleg nr. 191. Aldaar werd overigens de stelling betrokken dat het tot 1 januari 1992 geldende recht eraan in de weg stond dat wijzigingen in de AB15/34/37 zouden kunnen leiden tot andere boetebedingen.

¹⁵ Vgl. HR 16 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5907, NJ 1977/399, m.nt. M.W. Kleijn; F.J. Vonck, GS Zakelijke rechten, titel 7 Boek 5 BW, aant. 17 en 62.2; Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/217; F.J. Vonck, De flexibiliteit van het erfpachtrecht (diss. Groningen), 2013, p. 135 e.v.

¹⁶ MvA II, Parlementaire Geschiedenis Boek 5, p. 296-297.

¹⁷ Replik nr. 5.1.

¹⁸ Memorie na verwijzing van Seba c.s. nr. 6.70.

¹⁹ Antwoordmemorie na verwijzing van de Gemeente nr. 94.

²⁰ De Gemeente wijst hier terecht op.

²¹ Zie recent HR 19 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1972, rov. 5.1.3, alsmede A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie sub. 3.18 voor dit arrest en de daar genoemde jurisprudentie.

²² Vgl. hierover de discussie in de schriftelijke toelichting van de Gemeente nrs. 41-42 en 54, en de repliek van Seba c.s. nr. 5.2.

²³ Dit ondervangt het argument van Seba c.s., dat de onevenredigheid van een boete van 20 maal de canon reeds volgt uit de AB-en waarin het maximum 10 maal de canon bedraagt.

²⁴ Hof van Justitie EU 21 april 2016, ECLI:EU:C:2016:283 (Radlinger).

²⁵ Het hof noemt alleen art. 33 AB00, maar Seba heeft zich ook beroepen op art. 32 AB94. Zie de dagvaarding in eerste aanleg nr. 190, waarnaar wordt verwezen in de memorie na verwijzing nr. 6.66.

²⁶ De klacht verwijst niet naar jurisprudentie van het EHRM.

²⁷ Seba c.s. pleitnota d.d. 20 maart 2017 nr. 5.13.

²⁸ De repliek nr. 6.3 veronderstelt dat het hof hieraan ambtshalve had moeten toetsen.

²⁹ De opvatting van Seba c.s. dat het hof de AB00 wel toetst (replik nr. 7.1) berust op deze overweging ten overvloede in rov. 2.3, slotzin.

³⁰ De stelling dat het hof niet had mogen volstaan met een enkele verwijzing naar rov. 5.1.6 van het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak (zie Seba c.s. Replik nr. 7.5, slot), wordt in het cassatiemiddel niet aangevoerd.

³¹ Volgens deze bepaling wordt in het beleid van de Unie zorg gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming.

³² Vgl. HvJEU 27 februari 2014, C-470/12, EU:C:2014:101 (Pohotovost'), punt 52 ("Dienaangaande bepaalt artikel 38 van het Handvest dat in het beleid van de Unie zorg wordt gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming. Dit gebod geldt voor de uitvoering van richtlijn 93/13. Aangezien deze richtlijn evenwel geen bepaling bevat die voorziet in een recht voor verenigingen voor

consumentenbescherming om te interveniëren in individuele gedingen waarbij consumenten zijn betrokken, kan artikel 38 van het Handvest op zichzelf niet verplichten tot een uitlegging van deze richtlijn in die zin dat daarin dit recht van interventie wordt erkend.”); HvJEU 10 september 2014, zaak C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189 (Kušionová), punt 47 (“Ten eerste moet in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 38 van het Handvest in het beleid van de Unie zorg moet worden gedragen voor een hoog niveau van consumentenbescherming. Artikel 47 van het Handvest betreft het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Deze eisen gelden voor de uitvoering van richtlijn 93/13 (zie in die zin arrest Pohotovost, EU:C:2014:101, punt 52).”).

³³ Het wijzigingsbeding in de AB00 die gelden in de verhouding tussen eiseres tot cassatie onder 3 en de Gemeente, is door het hof niet beoordeeld (zie bij 2.28).

³⁴ Zie de vorderingen op p. 61-62 van de memorie na verwijzing. Vordering B(i) onder II van eisers tot cassatie sub 2 betreft de AB34. Vordering C onder II van eisers tot cassatie sub 4 betreft de AB37. Vordering A onder II van eiser tot cassatie sub 5 betreft de AB15.

³⁵ Rov. 5.1.6 van het eerste arrest van de Hoge Raad in deze zaak omvat zowel art. 6:233 onder a BW als de toets aan Richtlijn 1993/13. Naar (traditionele) Nederlandse opvattingen kunnen eenzijdige wijzigingsbedingen in beginsel geldig worden geacht (alhoewel denkbaar is dat de Richtlijn wel enige invloed heeft op die opvattingen) en kan de uitoefening daarvan worden getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Zie de conclusie sub 6.38 voor HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769. R.H.C. Jongeneel in Wessels/Jongeneel & Hendrikse, Algemene voorwaarden, 2017, nr. 13.6, merkt op dat deze benadering thans niet zonder meer stand kan houden in het licht van onderdeel j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 1993/13. Zie over wijzigingsbedingen onder Richtlijn 1993/13 ook Loos, Algemene voorwaarden, 2018, nrs. 339, 360-363d.

³⁶ Strikt genomen heeft de Gemeente (s.t. nr. 87) gelijk dat subonderdeel 4.1.2 onder (iii) niet verwijst naar vindplaatsen voor deze stellingen in de gedingstukken, maar ik meen dat een redelijke lezing van de klacht meebrengt dat de in subonderdeel 4.1.2 onder (ii) genoemd verwijzingen ook gelden voor de klacht onder (iii).
