IN NAAM VAN DE KONING

# arrest

**GERECHTSHOF DEN HAAG**

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.203.986/01

**arrest van 12 maart 2019**

inzake

**Stichting Erfpachters Belang Amsterdam,**
gevestigd te Amsterdam,
appellante,
hierna te noemen: SEBA,
advocaat: mr. [redacted] te Amsterdam,

tegen

**Gemeente Amsterdam,**
zetelend te Amsterdam,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Gemeente,
advocaat: mr. [redacted] te Amsterdam.

## 1. Het geding

Bij exploot van 17 november 2016 met producties heeft SEBA de Gemeente op grond van de artikelen 6:240 en 6:241 van het Burgerlijk Wetboek (BW) voor dit hof gedagvaard. De Gemeente heeft geantwoord, waarna SEBA een conclusie van repliek met producties heeft genomen waarbij zij haar eis heeft vermeerderd. Vervolgens heeft de Gemeente een conclusie van dupliek genomen, eveneens met producties. Ten slotte hebben partijen arrest gevraagd.

## 2. Beoordeling

2.1 De gemeenteraad van de Gemeente (hierna: de Gemeenteraad) heeft bij besluit van 22 juni 2016 nieuwe Algemene Bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 Amsterdam (hierna: AB 2016) vastgesteld. De AB 2016 worden vanaf 1 juli 2016 op nieuw uit te geven erfpachtrechten voor woningen van toepassing verklaard. Zij zijn in de plaats gekomen van eerdere algemene bepalingen op grond waarvan de erfpachtcanon periodiek kon worden herzien (het zogenaamde 'voortdurende stelsel'). Volgens de AB 2016 wordt bij uitgifte eenmalig een canonberekening gemaakt. Bij gelijkblijvende bebouwing en bestemming en afgezien van indexering staat vanaf dat moment de canon vast. Ook kan de canon voor altijd worden afgekocht. Daarnaast zijn in de AB 2016 andere erfpachtvoorwaarden gewijzigd.

2.2 SEBA is een stichting die opkomt voor de belangen van Amsterdamse erfpachters. Voorafgaand aan de vaststelling van de AB 2016 heeft de Gemeente een inspraakronde

georganiseerd. In deze inspraakronde heeft (onder meer) SEBA bezwaren geuit tegen meerdere bepalingen in de AB 2016, die in enkele gevallen tot aanpassingen hebben geleid. In de meeste gevallen heeft de Gemeente de bepalingen waartegen SEBA bezwaren had gehandhaafd.

2.3 In deze procedure vordert SEBA op grond van artikel 6:240 BW, zakelijk weergegeven (i) voor recht te verklaren dat de artikelen 7, 9, 12, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 28 en 31 van de AB 2016 en artikel 2 van het Uitgiftebeleid eeuwigdurende erfpacht 2016 (hierna: Uitgiftebeleid), indien zij van toepassing worden verklaard op een erfpachtrecht dat is uitgegeven met de bestemming wonen, onredelijk bezwarend zijn, (ii) de Gemeente per direct te verbieden deze artikelen te gebruiken, (iii) de Gemeente te veroordelen het arrest openbaar te maken en (iv) voor recht te verklaren dat ook latere particuliere erfpachters zich op de hiervoor onder (i) gevorderde verklaring kunnen beroepen, een en ander met veroordeling van de Gemeente in de kosten van de openbaarmaking van het arrest en de procedure. De Gemeente heeft verweer gevoerd.

2.4 Hierna zal eerst worden ingegaan op het verweer van de Gemeente met betrekking tot de ontvankelijkheid van de vorderingen van SEBA. Vervolgens zullen de vorderingen van SEBA per artikel van de AB 2016 en het Uitgiftebeleid worden besproken.

*Ontvankelijkheid van de vorderingen van SEBA*

2.5 Tussen partijen is niet in geschil dat SEBA zich richt op de behartiging van de belangen van particuliere erfpachters en dat haar vorderingen ontvankelijk zijn voor zover zij betrekking hebben op gronden uitgegeven aan particuliere erfpachters. SEBA vordert echter een verklaring voor recht dat de bepalingen van de AB 2016 en het Uitgiftebeleid onredelijk bezwarend zijn, en een verbod op het gebruik van die bepalingen, indien die bepalingen van toepassing worden verklaard op een erfpachtrecht met de bestemming wonen. Daarmee strekken de vorderingen van SEBA zich ook uit tot het gebruik van de bepalingen in transacties met professionele partijen, voor zover deze transacties betrekking hebben op erfpachtrechten met deze bestemming. De Gemeente betoogt terecht dat de vorderingen van SEBA in zoverre niet ontvankelijk zijn. Dat betekent overigens niet dat particulieren die erfpachtrechten van professionele erfpachters verkrijgen, geen beroep zouden kunnen doen op de door SEBA gevorderde verklaring voor recht en verbod, indien deze zouden worden toegewezen. Anders dan de Gemeente aanvoert, is daarvoor niet de toestand op het moment van uitgifte van het erfpachtrecht bepalend. Een verklaring voor recht en een verbod op grond van de artikelen 6:240 en 6:241 BW hebben betrekking op het gebruik van de onredelijk bezwarend verklaarde bedingen ten aanzien van de personen wier belangen door de belangenorganisatie worden behartigd. Indien de vorderingen van SEBA worden toegewezen met betrekking tot het gebruik van bepalingen van de AB 2016 ten aanzien van de particuliere erfpachters wier belangen SEBA behartigt, gelden deze veroordelingen ook voor het gebruik van zulke bedingen ten aanzien van particuliere erfpachters die door de Gemeente in erfpacht uitgegeven gronden van professionele partijen hebben verkregen.

*Zijn de bepalingen van de AB 2016 en het Uitgiftebeleid onredelijk bezwarend?*

2.6 Het hof stelt voorop dat de beoordeling van de door SEBA gewraakte bedingen moet plaatsvinden los van de concrete omstandigheden van een specifiek geval. Van belang is of het beding verandering brengt in de rechtstoestand die bij gebreke van het beding zou hebben bestaan, en beslissend is of in die gevallen moet worden geoordeeld dat het beding doorgaans

tot onredelijke resultaten zal leiden. Het hof kan de door SEBA gevorderde verklaring voor recht en verbod dus slechts uitspreken indien voldoende aannemelijk is dat de bedingen in de overgrote meerderheid van de gevallen onredelijk zijn. Het gevolg van een dergelijke verklaring voor recht en verbod zou immers zijn dat alle particuliere erfpachters van de Gemeente op die uitspraak een beroep kunnen doen, met mede het gevolg dat artikel 6:243 BW daaraan verbindt, te weten dat het beding vernietigbaar wordt door ieder van die particuliere erfpachters (vgl. Hoge Raad 16 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2372 en het arrest van dit hof van 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894; het cassatieberoep tegen dat arrest is op 21 december 2018 door de Hoge Raad verworpen, zie ECLI:NL:HR:2018:2371).

2.7 Bij de abstracte toetsing op grond van artikel 6:240 BW of een beding onredelijk bezwarend is, dient het hof de maatstaf van artikel 6:233 onder a BW naar analogie toe te passen. Daarbij zijn onder meer van belang de aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de algemene voorwaarden zijn bestemd, de personen met wie deze overeenkomsten plegen te worden gesloten en hun typische eigenschappen en belangen. De maatstaf van artikel 6:233 onder a BW dient mede in het licht van Richtlijn 93/13EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (Pb L 95/29 van 1993, hierna: de Richtlijn) te worden uitgelegd. Volgens artikel 3, eerste lid van de Richtlijn wordt een beding als oneerlijk beschouwd indien het beding het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort, en deze aanzienlijke verstoring in strijd is met de goede trouw. In verband met dat laatste moet worden nagegaan of de gebruiker van de algemene voorwaarden er redelijkerwijs vanuit kon gaan dat de consument het beding zou hebben aanvaard indien daarover afzonderlijk was onderhandeld (vgl. het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 maart 2013 in zaak C-415/11 (Aziz), rov. 69).

2.8 Verder volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 29 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:769) dat de vraag of een beding op grond waarvan de Gemeente de erfpachtvoorwaarden eenzijdig kan wijzigen onredelijk bezwarend is, afhangt van de ratio en rechtvaardiging van, de voorwaarden voor en beperkingen op een dergelijke bevoegdheid. In dat verband is volgens het arrest van de Hoge Raad onder meer van belang dat de AB 2016 deel uitmaken van het beleid van de Gemeente dat zij voert als overheid met betrekking tot de grond binnen haar grenzen, dat de AB 2016 zijn getoetst en vastgesteld door de Gemeenteraad (dat een democratisch gekozen, vertegenwoordigend orgaan is), dat de vaststelling en toepassing van de AB 2016 mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en dat bij de toets aan deze beginselen mede van belang kan zijn met welk doel de Gemeente de grond (niet in eigendom, maar) in erfpacht heeft uitgegeven en uitgegeven houdt. Daaraan doet niet af dat de grond gedurende de looptijd van de (eeuwigdurende) erfpacht door de Gemeente aan een derde zou kunnen worden overgedragen, en het dus niet vaststaat dat de erfpachter steeds beschermd zal worden door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er bestaat thans geen voldoende concrete aanwijzing dat zich in de nabije toekomst een dergelijke wijziging van de eigendom van de grond zal voordoen. In het kader van een abstracte toetsing van de AB 2016 op grond van artikel 6:240 BW kan niet met allerlei eventualiteiten rekening worden gehouden. Mocht de Gemeente in erfpacht uitgegeven gronden op enig moment aan een derde overdragen, dan kan sprake zijn van een nieuwe situatie waarin aan de huidige beoordeling van de AB 2016 geen gezag van gewijsde toekomt.

2.9 Het hof zal de door SEBA gewraakte bedingen hierna aan de hand van deze

maatstaven beoordelen.

*Artikel 7, vijfde lid (geen verlaging van de erfpachtcanon bij deflatie)*

2.10 Op grond van artikel 7, vierde lid van de AB 2016 wordt de canon jaarlijks aan de inflatie aangepast, door de canon te vermenigvuldigen met het quotiënt van het consumentenprijsindexcijfer (CPI) in dat jaar en het CPI van het jaar daarvoor. Artikel 7, vijfde lid van de AB 2016 bepaalt dat als uit deze berekening volgt dat de canon lager uitvalt, de canon niet wordt aangepast. Volgens SEBA leidt de combinatie van deze bepalingen tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de Gemeente en een particuliere erfpachter, ten nadele van de laatste.

2.11 Het hof volgt SEBA niet in dit betoog, omdat het onvoldoende rekening houdt met de verschillende posities van de Gemeente en de erfpachters. Zoals de Gemeente aanvoert, dalen de rentelasten van de Gemeente niet ingeval van deflatie, zodat een verlaging van de erfpacht in geval van deflatie tot dekkingstekorten kan leiden. Daaraan doet niet af dat de nominale rente-inkomsten van de Gemeente uit hoofde van erfpacht hoger zijn dan de nominale rentelasten van de Gemeente. Tegenover deze nadelige effecten voor de Gemeente van een verlaging van de erfpacht in geval van deflatie stelt SEBA geen vergelijkbare nadelige effecten voor de erfpachters van een verhoging van de erfpacht in geval van inflatie. SEBA wijst slechts op de nadelen van een verhoging van de erfpacht, maar zij gaat voorbij aan andere mogelijke effecten van inflatie, zoals een waardestijging van onroerend goed, die voor de erfpachters positief zouden kunnen uitpakken. Zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, waarin ook dergelijke effecten in de afweging worden betrokken, kan niet worden vastgesteld dat de posities van de Gemeente en de erfpachters in geval van deflatie en inflatie vergelijkbaar zijn, en aanpassing van de erfpacht uitsluitend in geval van inflatie tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen beiden leidt.
De stelling van SEBA dat artikel 7, vijfde lid van de AB 2016 niet valt onder de uitzondering van artikel 2 onderdeel d) van de bijlage bij de Richtlijn leidt niet tot een ander oordeel. Dat zegt niets over de vraag of de bepaling leidt tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de Gemeente en de erfpachters.

2.12 SEBA heeft haar stelling dat artikel 7, vijfde lid van de AB 2016, mede gelet op artikel 7, vierde lid van de AB 2016, onredelijk bezwarend is, dus onvoldoende onderbouwd.

*Artikel 9, tweede lid (schade aan volksgezondheid en/of milieu)*

2.13 Artikel 9, tweede lid van de AB 2016 bepaalt dat het de erfpachter niet is toegestaan op of aan het perceel werkzaamheden of handelingen uit te voeren, na te laten of een bedrijf uit te oefenen waardoor gevaar, schade, hinder of aantasting van de volksgezondheid en/of het milieu ontstaat. SEBA stelt dat deze bepaling onredelijk bezwarend is, omdat de Gemeente in geval van een tekortkoming in de nakoming van deze bepaling de erfpacht kan opzeggen op grond van artikel 5:87, tweede lid BW. Daarmee creëert deze bepaling in de visie van SEBA een buitenwettelijke sanctie voor gedrag dat al wettelijk is genormeerd. Verder is deze bepaling volgens SEBA in strijd met artikel 6 EVRM (en daarmee onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 onder a BW), omdat de gecreëerde bevoegdheid tot opzegging van de erfpacht een punitief karakter heeft zonder dat daarvoor een wettelijke grondslag bestaat.

2.14 Het hof overweegt als volgt. Op grond van artikel 5:87, tweede lid BW kan de

erfpacht worden opgezegd indien de erfpachter in ernstige mate tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Of de in artikel 9, tweede lid van de AB 2016 genoemde handelingen van de erfpachter een ernstige tekortkoming in de nakoming opleveren als bedoeld in artikel 5:87, tweede lid BW, zal van geval tot geval, met inachtneming van de concrete feiten en omstandigheden, moeten worden beoordeeld. Artikel 9, tweede lid van de AB 2016 legt niet op voorhand vast dat de erfpacht kan worden opgezegd, zodat niet kan worden gezegd dat het artikel een (punitieve) sanctie bevat. Een opzegging van de erfpacht op grond van artikel 5:87, tweede lid BW heeft bovendien een wettelijke basis, en de erfpachter kan in rechte opkomen tegen een onjuist gebruik van deze bevoegdheid. Het valt tegen deze achtergrond niet in te zien dat artikel 9, tweede lid in strijd is met artikel 6 EVRM en op voorhand, los van de omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is. Dat de in artikel 9, tweede lid van de AB 2016 verboden handelingen ook al in een publiekrechtelijke regeling zijn verboden, maakt dat niet anders. Het bestaan van een dergelijke publiekrechtelijke regeling zou zich pas tegen privaatrechtelijke handhaving kunnen verzetten (en eventueel tot gevolg kunnen hebben dat de bepalingen die de privaatrechtelijke handhaving mogelijk maken, als onredelijk bezwarend moeten worden aangemerkt) indien de publiekrechtelijke regeling daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist (vgl. Hoge Raad 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (*Windmill*)). Dat is gesteld noch gebleken.

*Artikel 17, derde lid (inspectie van het perceel)*

2.15 Op grond van artikel 17, derde lid van de AB 2016 heeft de Gemeente in verband met de handhaving van de bepalingen van de erfpachtakte te allen tijde het recht om het perceel (met apparatuur) te betreden en zowel in- als uitwendig te inspecteren. Volgens SEBA schept deze bepaling een bevoegdheid voor de Gemeente om woningen binnen te treden. Daarmee vormt deze bepaling volgens SEBA een ernstige inbreuk op de privacy van de erfpachter die in strijd is met de artikelen 10 en 12 van de Grondwet en artikel 8 EVRM en het evenwicht tussen de Gemeente en particuliere erfpachters aanzienlijk verstoort.

2.16 De Gemeente voert aan dat artikel 17, derde lid van de AB 2016 de Gemeente niet meer dan een contractueel recht verschaft op inspectie van het perceel, nadat zij de erfpachter van haar voornemen tot inspectie op de hoogte heeft gesteld en de mogelijkheid tot overleg heeft geboden. Als de erfpachter niet meewerkt aan de inspectie, kan de Gemeente de inspectie uitsluitend afdwingen via de rechter. Artikel 17, derde lid van de AB 2016 geeft de Gemeente dus niet het recht woningen zonder toestemming van de bewoner binnen te treden, aldus de Gemeente.

2.17 Dit verweer van de Gemeente gaat eraan voorbij dat het recht dat de Gemeente heeft bedongen om een perceel zonder (nadere) toestemming van de erfpachter te betreden en te inspecteren, alleen dan geen inbreuk maakt op de fundamentele rechten van de erfpachter ingevolge de artikelen 10 en 12 van de Grondwet en artikel 8 EVRM, indien de toestemming van de erfpachter tot het betreden van zijn woning welbewust is gegeven. Een toestemming die op voorhand is verleend in algemene voorwaarden als de onderhavige zal in het algemeen niet aan dit vereiste voldoen, maar houdt wel het risico in dat een erfpachter, die met dit vereiste niet bekend is, van de onjuiste veronderstelling zal uitgaan dat hij contractueel gebonden is om de Gemeente toegang tot zijn woning te verlenen. Daarmee houdt deze bepaling een aanzienlijke verstoring in van het evenwicht in tussen de Gemeente en de erfpachters, ten nadele van de laatsten. Dat de Gemeente de woning van de erfpachter alleen met tussenkomst van de rechter kan betreden als de erfpachter daaraan niet meewerkt, maakt dat niet anders. Het gaat juist om de situatie dat de erfpachter wel meewerkt in de

onjuiste veronderstelling dat hij daartoe contractueel verplicht is op grond van artikel 17, derde lid. Artikel 17, derde lid van de AB 2016 moet dus als onredelijk bezwarend worden aangemerkt.

*Artikel 18 (boete)*

2.18 Artikel 18, eerste lid van de AB 2016 bepaalt dat de Gemeente de erfpachter een boete kan opleggen van ten hoogste 10 maal het bedrag van de canon wegens een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen. Daarnaast kan de Gemeente de erfpachter een boete opleggen van ten hoogste 3% van de canon voor elke dag dat de tekortkoming in de nakoming voortduurt. SEBA stelt onder verwijzing naar punt 1 onder e) van de bijlage bij de Richtlijn dat dit boetebeding onredelijk bezwarend is.

2.19 Artikel 18 van de AB 2016 is materieel gelijk aan het boetebeding opgenomen in artikel 29 van de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht van 2000. Ten aanzien dat laatste boetebeding heeft dit hof in zijn eerder genoemde arrest van 19 september 2017 vastgesteld dat het niet zonder meer als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt. Daartoe heeft het hof overwogen dat de Gemeente bij het opleggen van een boete op grond van het beding in een individueel geval gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur en algemene rechtsbeginselen en dat de vraag of een boete, mede gelet op die beginselen, onevenredig hoog is, alleen aan de hand van de omstandigheden van een individueel geval kan worden beantwoord. Verder heeft het hof overwogen dat niet 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. Deze overwegingen gelden ook voor artikel 18 van de AB 2016. De feiten en omstandigheden die SEBA in de onderhavige procedure heeft aangevoerd, leiden niet tot een ander oordeel.

*Artikel 20 (canonherziening bij wijziging van het erfpachtrecht)*

2.20 Op grond van artikel 20 van de AB 2016 kan de Gemeente de canon herzien als de waarde van het erfpachtrecht verandert ten gevolge van een wijziging waarvoor de erfpachter op grond van de artikelen 4, 5, 9, 10, 11 en 12 van de AB 2016 vrijstelling of toestemming van de Gemeente nodig heeft. Artikel 20, vierde lid bevat twee formules voor de herziening van de canon in de daar genoemde situaties. Uit artikel 10, vijfde lid van de AB 2016 volgt dat de canon niet wordt herzien bij een vrijstelling verleend voor een vergroting van de vloeroppervlakte vastgelegd in de erfpachtakte, als sprake is van een erfpachtrecht met een woonbestemming, de erfpachter tevens bewoner is, de woning tenminste vier jaar bewoond is en het aantal woningen niet wijzigt.

2.21 SEBA stelt dat de canonherziening in geval van een wijziging van het erfpachtrecht in meerdere omstandigheden onredelijk bezwarend is.

2.22 Het hof stelt voorop dat uit artikel 20, derde lid van de AB 2016 volgt dat de Gemeente de canon kan herzien als de waarde van het erfpachtrecht verandert als gevolg van een wijziging waarvoor de erfpachter vrijstelling of toestemming van de gemeente nodig heeft. Bij de abstracte toetsing van deze bepaling die het hof in het kader van artikel 6:240 BW moet uitvoeren, kan er dus niet vanuit worden gegaan dat vrijstelling of toestemming voor een wijziging steeds gepaard zal gaan met een canonherziening. Bovendien is het aantal gevallen waarin de particuliere erfpachters voor wier belangen SEBA opkomt, met een canonherziening kunnen worden geconfronteerd, aanzienlijk beperkt door de uitzondering

van artikel 10, vijfde lid van de AB 2016. Op het voorgaande stuiten de meeste bezwaren van SEBA tegen deze bepaling af. De bezwaren van SEBA hebben immers hoofdzakelijk betrekking op de toepassing van artikel 20 in specifieke omstandigheden, die zij in punt 3.29 van de dagvaarding heeft omschreven. Het hof kan aan de hand van deze bezwaren niet op voorhand en in abstracto vaststellen dat artikel 20 van de AB 2016 onredelijk bezwarend is. Als een erfpachter in specifieke omstandigheden van mening is dat een canonherziening onredelijk is, dan kan hij daar tegen opkomen. Daarbij zal hij zich mede kunnen beroepen op algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die de Gemeente bij de toepassing van artikel 20 in een concreet geval in acht behoort te nemen.

2.23 Uit artikel 20, vierde lid van de AB 2016 volgt dat als de Gemeente besluit aan een vrijstelling of toestemming een canonherziening te verbinden, de herziene canon wordt berekend volgens één van de twee in het vierde lid genoemde formules. Voor zover de bezwaren van SEBA zijn gericht tegen deze formules, kunnen zij in het kader van artikel 6:240 BW worden beoordeeld, omdat de vraag of deze formules onredelijk bezwarend zijn zich wel leent voor abstracte toetsing. SEBA heeft haar stelling dat deze formules onredelijk bezwarend zijn echter onvoldoende onderbouwd. Tegen de formule genoemd in artikel 20, vierde lid onder a (de ABCD-formule) voert SEBA als bezwaar aan dat bij de berekening van de actuele waarde van de grond, de stijging van de waarde van de onroerende zaak als geheel (grond en opstallen) aan de grond wordt toegerekend. Dat volgt echter niet uit de ABCD-formule maar uit de 'residuele grondwaardemethode', die geen deel uitmaakt van de AB 2016. Hetzelfde geldt voor het bezwaar van SEBA tegen de vaststelling van het canonpercentage (element D van de ABCD-formule); ook die vaststelling maakt geen deel uit van de AB 2016. De vorderingen van SEBA in deze procedure zijn gericht tegen bepalingen van de AB 2016 en het Uitgiftebeleid. Over andere regelingen van de Gemeente kan het hof zich in het kader van deze procedure niet uitspreken. Tegen de formule genoemd in artikel 20, vierde lid, onder b (de XxY formule) heeft SEBA geen concrete bezwaren aangevoerd.

2.24 De stelling van SEBA dat artikel 20 van de AB 2016 de Gemeente de bevoegdheid geeft de canon eenzijdig te herzien (conclusie van repliek, 6.56) is niet juist. Op grond van artikel 20 kan de Gemeente als voorwaarde aan het verlenen van een vrijstelling of toestemming voor een wijziging van het erfpachtrecht een canonherziening verbinden. Het is vervolgens aan de erfpachter of hij instemt met deze voorwaarde. Hij kan zijn verzoek tot vrijstelling of toestemming voor een wijziging van het erfpachtrecht ook intrekken. Dan vindt geen canonherziening plaats. Hierop stuit ook af de stelling van SEBA dat de Gemeente de waarde van het erfpachtrecht eenzijdig kan vaststellen (conclusie van repliek, 6.57).

2.25 Bij conclusie van repliek heeft SEBA haar vorderingen uitgebreid tot de canonherzieningsbevoegdheid bij ondererfpacht ingevolge artikel 12 van de AB 2016. Artikel 12, eerste lid van de AB 2016 bepaalt dat de erfpachter niet bevoegd is de zaak waarop het erfpachtrecht rust geheel of gedeeltelijk in ondererfpacht te geven. Het verbod van het eerste lid geldt niet als de Gemeente toestemming verleent voor de ondererfpacht op grond van artikel 12, tweede lid. SEBA stelt dus ten onrechte dat sprake is van een algemeen verbod waarbij ondererfpacht geheel is uitgesloten. Aan het verlenen van toestemming voor ondererfpacht kan de Gemeente een herziening van de canon verbinden. Anders dan SEBA stelt, volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 5 februari 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BK0870) en de beschikking van dit hof van 28 september 2010 (productie 15 van SEBA) niet dat een dergelijke canonherziening in geval van ondererfpacht

op voorhand, los van de omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is. Het hof oordeelde in die zaak, na verwijzing door de Hoge Raad, dat de erfverpachter aan een overdracht van het erfpachtrecht niet de voorwaarde kon verbinden van een verhoging van de canon, omdat deze mogelijkheid niet in de toepasselijke algemene voorwaarden was voorzien. In het onderhavige geval is uitdrukkelijk in de AB 2016 voorzien dat aan een toestemming voor ondererfpacht een canonherziening kan worden verbonden.

2.26 Ook ten aanzien van de canonherzieningsbevoegdheid bij ondererfpacht kan dus niet in het kader van een toetsing op grond van artikel 6:240 BW worden vastgesteld dat zij onredelijk bezwarend is.

*Artikelen 22, 23 en 25 (eenzijdige opzegging door de Gemeente)*

2.27 Artikel 22 van de AB 2016 bepaalt dat het de erfpachter niet is toegestaan het erfpachtrecht op te zeggen. Op grond van artikel 23 kan de Gemeente het erfpachtrecht beëindigen ingeval van een ernstige tekortkoming in de nakoming van de erfpachter of als de erfpachter twee jaar achter elkaar in verzuim is met betaling van de canon. Ingevolge artikel 25 kan de Gemeente het erfpachtrecht beëindigen om redenen van algemeen belang.

2.28 Onder verwijzing naar punt 1 onder c) en f) van de bijlage bij de Richtlijn stelt SEBA dat deze combinatie van bepalingen onredelijk bezwarend is. Subsidiair stelt SEBA dat de artikelen 23 en 25 onredelijk bezwarend zijn, omdat de bevoegdheid tot beëindiging van de Gemeente waarin deze bepalingen voorzien, reeds wettelijk is geregeld.

2.29 Naar het oordeel van het hof is punt 1 onder c) van de bijlage bij de Richtlijn niet van toepassing. De bevoegdheid tot beëindiging op grond van de artikelen 23 en 25 kan alleen in bepaalde omstandigheden worden uitgeoefend en is dus niet uitsluitend afhankelijk van de wil van de Gemeente. De Gemeente heeft het niet in haar macht om deze omstandigheden zelf te creëren. Bij de uitoefening van deze bevoegdheid is de Gemeente gebonden aan algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en de vraag of aan de voorwaarden voor de uitoefening van deze bevoegdheid is voldaan, kan op verzoek van de erfpachter door de rechter worden getoetst.

2.30 De combinatie van de artikelen 22, 23 en 25 van de AB 2016 voorziet in een eenzijdige bevoegdheid tot beëindiging van de Gemeente. Daarmee is het een beding als bedoeld in punt 1 onder f) van de bijlage bij de Richtlijn. De opsomming van bedingen in de bijlage bij de Richtlijn is echter indicatief. Een beding dat erin voorkomt hoeft niet noodzakelijkerwijs als oneerlijk (en daarmee als onredelijk bezwarend in de zin van artikel 6:233 BW) te worden beschouwd. Daarvoor is bepalend of het beding in de concrete omstandigheden van het geval tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3, eerste lid van de Richtlijn leidt. Naar het oordeel van het hof is van een dergelijke verstoring van het evenwicht geen sprake. Een erfpachter heeft ook volgens SEBA slechts in uitzonderlijke omstandigheden belang bij opzegging van het erfpachtrecht. SEBA noemt in dat verband het geval waarin erfpachters in WOII geen gebruik van hun huis meer konden maken omdat de Duitse bezetter daarop beslag had gelegd. Normaal gesproken kan een erfpachter die van zijn erfpachtrecht af wil dat recht verkopen. De positie van de erfpachter in dit opzicht is dus niet te vergelijken met die van de Gemeente, die in de omstandigheden genoemd in artikel 23 en 25 van de AB 2016 een gerechtvaardigd belang kan hebben bij beëindiging van het erfpachtrecht. Tegen die achtergrond kan niet worden gezegd dat het feit dat op grond van de AB 2016 de erfpachter niet en de Gemeente wel over de bevoegdheid

beschikt het erfpachtrecht te beëindigen, tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht in de zin van artikel 3, eerste lid van de Richtlijn leidt.

2.31 SEBA heeft in dit verband nog gewezen op de situatie waarin een erfpachter de bestemming van zijn perceel wil wijzigen, maar niet kan instemmen met de herziening van de canon die de Gemeente aan een vrijstelling voor een bestemmingswijziging verbindt. In die omstandigheden kan de erfpachter het erfpachtrecht niet beëindigen. Zoals hiervoor overwogen, is de erfpachter echter beschermd tegen een onredelijke uitoefening van de canonherzieningsbevoegdheid. Het niet kunnen beëindigen van het erfpachtrecht levert in die omstandigheden dus geen aanzienlijke verstoring op van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de Gemeente en de erfpachter.

2.32 Met betrekking tot de subsidiaire stelling van SEBA dat de artikelen 23 en 25 onredelijk bezwarend zijn in het licht van de wettelijke regeling van de opzegging van de erfpacht, overweegt het hof als volgt.

2.33 Artikel 5:87, eerste lid BW, dat bepaalt dat een erfpacht door de erfpachter kan worden opgezegd, is van regelend recht. Een regeling zoals artikel 23 van de AB 2016, waarbij de bevoegdheid tot opzegging door de erfpachter wordt uitgesloten en de bevoegdheid van de Gemeente tot beëindiging aansluit bij artikel 5:87, tweede lid BW, is uitdrukkelijk toegestaan door de wetgever. Het standpunt van SEBA, dat erop neerkomt dat artikel 23 onredelijk bezwarend is omdat het uitgaat van andere bevoegdheden tot beëindiging van de erfpachter en de Gemeente dan voorzien in artikel 5:87 BW, is dus niet houdbaar.

2.34 Uit het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3071) volgt dat het opnemen van een bevoegdheid tot beëindiging om redenen van algemeen belang ingevolge artikel 25 van de AB 2016, de Onteigeningswet niet op onaanvaardbare wijze doorkruist. SEBA kan niet worden gevolgd in haar stelling dat de wetgever de bevoegdheid tot beëindiging op grond van artikel 5:87, derde lid BW uitsluitend in de wet heeft opgenomen om partijen die geen beroep kunnen doen op de Onteigeningswet de mogelijkheid te geven om het erfpachtrecht op te zeggen. Uit de wetsgeschiedenis waar de Hoge Raad in zijn arrest van 31 oktober 2014 naar verwijst blijkt dat de wetgever bij het opnemen van deze bevoegdheid wel degelijk het oog heeft gehad op opzegging door de overheid in het algemeen belang.

2.35 De artikelen 22, 23 en 25 van de AB 2016 kunnen dus evenmin als onredelijk bezwarend worden aangemerkt.

*Artikel 24 (vergoeding waarde erfpacht bij opzegging)*

2.36 Op grond van artikel 24 van de AB 2016 ontvangt de erfpachter, in geval van een beëindiging van de erfpacht uit hoofde van artikel 23, een vergoeding op basis van de opbrengst van het erfpachtrecht bij openbare verkoop, tenzij de Gemeente met de erfpachter en eventuele hypotheekhouder(s) anders overeenkomt.

2.37 SEBA stelt dat artikel 24 onredelijk bezwarend is, omdat deze bepaling ten nadele van de erfpachter aanzienlijk afwijkt van artikel 5:87, tweede lid BW. De opbrengst bij openbare verkoop zal volgens SEBA namelijk in het algemeen lager zijn dan de waarde van de erfpacht die krachtens artikel 5:87, tweede lid BW aan de erfpachter moet worden vergoed.

In dit verband wijst SEBA erop dat een bepaling die ten nadele van de erfpachter afwijkt van artikel 5:87, tweede lid BW, nietig is ingevolge artikel 5:87, derde lid BW. Het hof kan in het kader van de beoordeling van een vordering op grond van artikel 6:240 BW niet vaststellen of een bepaling van de AB 2016 nietig is wegens strijd met een wettelijk voorschrift. Het hof gaat er echter vanuit dat het beroep van SEBA op de nietigheid van artikel 24 is gedaan ter onderbouwing van haar stelling dat deze bepaling onredelijk bezwarend is. Naast de nietigheid op grond van artikel 5:87, derde lid BW doet SEBA ook een beroep op artikel 6:236 onder k BW.

2.38 Het hof stelt vast dat artikel 24 niet dwingend voorschrijft dat de verkoop in het openbaar moet plaatsvinden. Het artikel laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat de Gemeente en de erfpachter (en eventuele hypotheekhouder(s)) anders overeenkomen. Bij de beslissing om al dan niet in te gaan op een verzoek van de erfpachter tot onderhandse verkoop van het erfpachtrecht of een andere wijze van waardebepaling, is de Gemeente gebonden aan algemene rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook als juist is dat openbare verkoop altijd minder oplevert dan de waarde van de erfpacht, kan het hof dus niet vaststellen dat artikel 24 op voorhand, los van de omstandigheden van een concreet geval, onredelijk bezwarend is. Artikel 6:236 onder k BW heeft betrekking op bewijsafspraken en is niet van toepassing op een beding als het onderhavige.

*Artikel 27, derde lid (korting of verrekening)*

2.39 In artikel 27, derde lid van de AB 2016 is bepaald dat korting of verrekening van betalingen door de erfpachter uitsluitend is toegestaan als het gaat om vorderingen op de Gemeente die direct verband houden met het erfpachtrecht. Volgens SEBA valt deze bepaling gelijk te stellen aan een beding dat de verrekeningsbevoegdheid van de consument uitsluit of beperkt als bedoeld in artikel 6:237 onder g BW en punt 1. onder b) van de Richtlijn, en wordt deze bepaling daarmee vermoed onredelijk bezwarend te zijn.

2.40 Het hof volgt SEBA niet in dit betoog. De Gemeente heeft er terecht op gewezen dat een erfpachter naast de erfpachtrelatie nog andere relaties met andere onderdelen van de Gemeente kan hebben, in het kader waarvan hij vorderingen op de Gemeente kan (menen te) hebben, en dat het vanuit het oogpunt van een efficiënte administratie niet wenselijk is dat vorderingen uit hoofde van de erfpachtrelatie met zulke andere (gepretendeerde) vorderingen vermengd raken. Daarin verschilt de Gemeente met de standaardgebruiker van algemene voorwaarden, die in het algemeen één bepaalde contractuele relatie met zijn consument-wederpartij zal hebben. Binnen de erfpachtrelatie is verrekening wel toegestaan. Vanwege het mogelijke bestaan van meerdere relaties tussen de Gemeente en de erfpachter valt artikel 27, derde lid van de AB 2016 niet zonder meer op één lijn te stellen met de bedingen bedoeld in artikel 6:237 onder g BW en punt 1. onder b) van de bijlage bij de Richtlijn. In ieder geval kan naar het oordeel van het hof met een beroep op het mogelijke bestaan van meerdere relaties, het vermoeden van onredelijke bezwarendheid krachtens artikel 6:237 onder g BW worden weerlegd. Vanwege het mogelijke bestaan van meerdere relaties is ook geen sprake van het "op ongepaste wijze" uitsluiten of beperken van compensatie, als bedoeld in punt 1. onder b) van de bijlage bij de Richtlijn.

2.41 Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt niet in te zien hoe de nadelige effecten van artikel 27, derde lid voor de erfpachter kunnen worden versterkt door de volgorde van toerekening opgenomen in artikel 27, vijfde lid van de AB 2016 (conclusie van repliek, 6.117). De vraag of die volgorde van toerekening als zodanig onredelijk bezwarend is, komt

hierna aan de orde. Verder faalt het betoog van SEBA dat artikel 27, derde lid onredelijk bezwarend, want onevenwichtig is, omdat deze bepaling niet uitsluit dat de Gemeente betalingen die zij uit hoofde van de erfpachtrelatie aan de erfpachter moet doen, verrekent met vorderingen die zij uit anderen hoofde op de erfpachter heeft. De positie van de Gemeente en de positie van de erfpachter kunnen in dit opzicht niet op één lijn worden gesteld, omdat in het kader van de erfpachtrelatie het met name de erfpachter zal zijn die betalingen aan de Gemeente moet doen, en niet andersom.

*Artikel 27, vijfde lid (toerekening van betalingen)*

2.42 Volgens artikel 27, vijfde lid van de AB 2016 rekent de Gemeente betalingen van de erfpachter in de volgende volgorde toe aan schulden van de erfpachter uit hoofde van de erfpacht: boete(s), rente(n), andere schulden en als laatste, de canon. SEBA voert aan dat deze regeling onredelijk bezwarend is in het licht van artikel 5:87, tweede lid BW, dat opzegging van de erfpacht door de Gemeente pas mogelijk maakt als de erfpachter twee jaar in verzuim is met de betaling van de canon. Volgens SEBA wordt aan deze bescherming van de erfpachter afbreuk gedaan als betalingen van de erfpachter eerst in mindering worden gebracht op boetes, renten en andere schulden.

2.43 In reactie op het betoog van SEBA heeft de Gemeente aangevoerd dat de toerekening van betalingen conform artikel 27, vijfde lid niet afdoet aan de bescherming van de erfpachter ingevolge artikel 5:87, tweede lid BW (conclusie van antwoord, 5.118; conclusie van repliek, 4.71). Het hof begrijpt de door de Gemeente voorgestane uitleg van artikel 27, vijfde lid aldus, dat de toerekening van betalingen ingevolge deze bepaling niet van toepassing is als het gaat om de vraag of de Gemeente gebruik kan maken van zijn bevoegdheid tot beëindiging op grond van artikel 23 van de AB 2016 (waarin uitvoering is gegeven aan artikel 5:87, tweede lid BW). Volgens deze uitleg is beëindiging van de erfpacht op grond van artikel 23 dus slechts mogelijk indien de erfpachter in verzuim is de canon twee jaar achter elkaar te betalen, ongeacht zijn overige schulden. Wat daarvan zij, in een individueel geval waarin de Gemeente een erfpacht beëindigt op grond van artikel 23, en daarbij uitgaat van een bepaalde toerekening van betalingen, zal de erfpachter een beroep kunnen doen op artikel 5:87 BW. In dat kader kan dan worden bezien of beëindiging van de erfpacht bij die toerekening van betalingen gerechtvaardigd is. De vraag of artikel 27, vijfde lid in het licht van artikel 5:87, tweede lid BW onredelijk bezwarend is, kan niet op voorhand, los van de omstandigheden van een concreet geval, worden beantwoord. Daarvoor zou het hof aannames moeten hanteren ten aanzien van opgelegde boetes en andere schulden, die een abstracte toetsing op grond van artikel 6:240 BW te buiten gaan.

*Artikel 28, achtste lid onder a. (verdeling kosten deskundigen) in samenhang met artikel 13, tweede lid (schade als gevolg van gedoogde werkzaamheden, inrichtingen en voorzieningen)*

2.44 Artikel 13, eerste lid van de AB 2016 bevat een gedoogplicht voor de erfpachter ten aanzien van bepaalde werkzaamheden, inrichtingen en voorzieningen. Artikel 13, tweede lid bepaalt dat schade van de erfpachter als gevolg van de uitvoering van deze werkzaamheden en de aanwezigheid van inrichtingen en voorzieningen door de Gemeente wordt hersteld of vergoed. Als de Gemeente en de erfpachter het niet eens worden over de aard en hoogte van de schadeloosstelling, wordt deze vastgesteld door deskundigen. Uit artikel 28, achtste lid onder a. van de AB 2016 volgt dat de Gemeente en de erfpachter in dat geval ieder de helft van de kosten van de deskundigen betalen.

2.45 Volgens SEBA is deze regeling onredelijk bezwarend. Daarbij verwijst SEBA onder meer naar artikel 28, achtste lid onder b. waarin is bepaald dat de Gemeente de volledige kosten van de deskundigen betaalt in geval van beëindiging om redenen van algemeen belang. Naar de mening van SEBA zou deze regeling ook moeten gelden voor schade die het gevolg is van de gedoogplicht van artikel 13.

2.46 Bij de vaststelling of een beding oneerlijk is in de zin van de Richtlijn, en daarmee onredelijk bezwarend, is van belang of het beding wijziging brengt in wat normaal gesproken volgens het toepasselijke recht tussen partijen zou gelden. Het is niet ongebruikelijk dat als partijen het niet eens kunnen worden over een schadeloosstelling en deze door deskundigen moet worden vastgesteld, zij ieder de helft van de kosten van de deskundigen voor hun rekening nemen. In ieder geval kan van een dergelijke regeling niet worden gezegd dat zij in de overgrote meerderheid van de gevallen tot een onredelijke uitkomst leidt. De gedoogplicht van artikel 13, eerste lid van de AB 2016 kan ook niet op één lijn worden gesteld met een beëindiging van de erfpacht in het algemeen belang. Een gedoogplicht leidt immers niet zonder meer tot schade van de erfpachter, terwijl een beëindiging van de erfpacht om redenen van algemeen belang normaal gesproken wel schade van de erfpachter tot gevolg zal hebben. Het hof volgt SEBA dus niet in haar betoog dat artikel 28, achtste lid onder a. onredelijk bezwarend is.

*Artikel 31 (ontruiming)*

2.47 Artikel 31 van de AB 2016 bepaalt dat de erfpachter het perceel en de opstallen moet hebben ontruimd op de dag waarop het erfpachtrecht eindigt. SEBA stelt dat deze bepaling in strijd is met het wettelijke retentierecht van de erfpachter ingevolge artikel 5:100, eerste lid BW, en daarmee tot een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht tussen de Gemeente en de erfpachter leidt. In reactie op deze stelling heeft de Gemeente aangevoerd dat artikel 31 van de AB 2016 geen afbreuk doet aan het retentierecht van de erfpachter.

2.48 Het hof deelt het standpunt van de Gemeente. Uit niets blijkt dat artikel 31 van de AB 2016 beoogt afbreuk te doen aan het retentierecht van de erfpachter ingevolge artikel 5:100, eerste lid BW. Dat zou ook niet kunnen, omdat ieder beding dat afwijkt van artikel 5:100, eerste lid BW nietig is krachtens het tweede lid van dat artikel.

*Artikel 2, tweede lid onder k. van het Uitgiftebeleid*

2.49 In artikel 2, tweede lid onder k. van het Uitgiftebeleid eeuwigdurende erfpacht 2016 (hierna: Uitgiftebeleid) staat dat in de schriftelijke aanbieding die aan een uitgifte in erfpacht voorafgaat, een verplichting wordt opgenomen voor de aankomende erfpachter om een waarborgsom aan de Gemeente te betalen na acceptatie van de aanbieding, als zekerheid dat de aankomende erfpachter de erfpacht zal afnemen. Als de erfpachter na acceptatie van de aanbieding alsnog afziet van de erfpacht, vervalt de waarborgsom aan de Gemeente. Als de uitgifte van de erfpacht tot stand komt, wordt de waarborgsom verrekend met de canon of de afkoopsom.

2.50 Volgens SEBA is dit artikel onredelijk bezwarend, omdat de verplichting om een waarborgsom te betalen als zekerheid voor de nakoming van de overeenkomst tot vestiging van het erfpachtrecht uitsluitend geldt voor de erfpachter, en de Gemeente geen gelijkwaardige gefixeerde vergoeding verschuldigd is aan de erfpachter indien zij haar verplichtingen uit deze overeenkomst niet nakomt.

2.51 De Gemeente voert als primair verweer dat artikel 2, tweede lid onder k. van het Uitgiftebeleid geen algemene voorwaarde is als bedoeld in artikel 6:231 onder a. BW, en dus niet in het kader van deze procedure aan de orde kan worden gesteld. Dit verweer verwerpt het hof. Een algemene voorwaarde is in artikel 6:231 onder a. BW gedefinieerd als een beding dat is opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven. Artikel 2, tweede lid onder k. van het Uitgiftebeleid is opgesteld om in meerdere overeenkomsten tot uitgifte van erfpacht te worden opgenomen en kwalificeert daarmee als een algemene voorwaarde. Met het oog op de toepasselijkheid van de regeling voor algemene voorwaarden in boek 6 BW bestaat geen wezenlijk verschil tussen de situatie waarin de Gemeente besluit een beding vast te stellen dat in erfpachtvoorwaarden wordt opgenomen (zoals in het geval van de AB 2016), en de situatie waarin de Gemeente besluit beleid vast te stellen op grond waarvan een beding in overeenkomsten tot vestiging van een erfpachtrecht wordt opgenomen (zoals in het geval van het Uitgiftebeleid). In beide gevallen is sprake van een beding dat is opgesteld om in meerdere overeenkomsten te worden opgenomen. De stelling van de Gemeente dat het hierbij gaat om een kernbeding is eveneens onjuist. In het geval van een overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht bestaat de kern van de prestaties uit de vestiging van het erfpachtrecht. De verplichting om een waarborg te betalen behoort niet tot die kern, aangezien een overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht ook heel goed kan bestaan zonder deze verplichting.

2.52 Naar het oordeel van het hof kan artikel 2, tweede lid onder k. echter niet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt. Zoals de Gemeente onweersproken heeft gesteld, dient de waarborgsom ter dekking van de kosten van de Gemeente in de aanloop naar de vestiging van een erfpachtrecht. SEBA heeft niet gesteld dat de aankomende erfpachter in dat stadium vergelijkbare kosten maakt. Ook heeft SEBA niet weersproken dat de aankomende erfpachter de verplichting van de Gemeente tot uitgifte van de erfpacht in rechte kan afdwingen. In het geval van een overheidsorgaan als de Gemeente is er minder aanleiding voor het stellen van een waarborgsom ter verzekering van de nakoming van deze verplichting dan in het geval van een particuliere erfpachter. De Gemeente en de erfpachter bevinden zich dus niet in een vergelijkbare positie, zodat de door SEBA gestelde verstoring van het evenwicht zich niet voordoet.

*Conclusie*

2.53 Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van SEBA uitsluitend toewijsbaar zijn met betrekking tot artikel 17, derde lid van de AB 2016 (inspectie van het perceel). Het hof zal de gevorderde verklaring voor recht in zoverre toewijzen. SEBA heeft een verklaring voor recht gevorderd die zich uitstrekt tot het volledige artikel waarvan deze bepaling deel uitmaakt. Voor zover de vordering tot een verklaring voor recht op andere onderdelen van artikel 17 betrekking heeft, is zij ongegrond. Ten aanzien van die onderdelen is immers niet vast komen te staan dat zij onredelijk bezwarend zijn.

2.54 Op grond van artikel 6:241, derde lid onder a. BW kan aan de verklaring voor recht een verbod op het gebruik van het door deze verklaring getroffen beding worden verbonden. De vordering van SEBA om het gebruik van de onredelijk bezwarend te verklaren bepaling te verbieden kan dus eveneens worden toegewezen.

2.55 SEBA heeft daarnaast een veroordeling gevorderd van de Gemeente om dit arrest

openbaar te maken op een door het hof aan te geven wijze, met veroordeling van de Gemeente in de kosten van die openbaarmaking. De Gemeente heeft als verweer tegen deze vordering gevoerd dat geen grondslag is gesteld of gebleken op grond waarvan de Gemeente tot openbaarmaking zou moeten overgaan. Dat verweer miskent dat die grondslag in beginsel is gegeven met de toewijzing van de vordering van SEBA op grond van artikel 6:240 BW. Uit artikel 6:241, derde lid onder c. volgt immers dat aan een verklaring voor recht dat een beding onredelijk bezwarend is, een veroordeling kan worden verbonden tot openbaarmaking van de uitspraak. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 16 mei 1997 (ECLI:NL:HR:1997:ZC2372) heeft geoordeeld, kan het hof een vordering tot publicatie van een verklaring voor recht dat een beding onredelijk bezwarend is, op grond van bijzondere omstandigheden als niet zinvol afwijzen. Zulke bijzondere omstandigheden zijn gesteld noch gebleken. Het hof zal de Gemeente veroordelen om gedurende drie maanden duidelijk zichtbaar op haar website een mededeling te plaatsen dat het hof de desbetreffende bepaling onredelijk bezwarend heeft verklaard en het gebruik van deze bepaling heeft verboden, een en ander voor zover het betreft door de Gemeente in erfpacht uitgegeven percelen van particuliere erfpachters, met een link naar de uitspraak van het hof.

2.56 De door SEBA gevorderde verklaring voor recht dat ook "latere" erfpachters - waaronder SEBA kennelijk verstaat erfpachters die door de Gemeente in erfpacht uitgegeven gronden van professionele partijen hebben verkregen - zich kunnen beroepen op de verklaring voor recht dat de hiervoor genoemde bepaling van de AB 2016 onredelijk bezwarend is, zal niet worden toegewezen omdat een dergelijke verklaring overbodig is. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen (zie 2.5 van dit arrest), geldt de te geven verklaring voor recht immers voor alle particuliere erfpachters die een erfpachtrecht hebben verkregen waarop de AB 2016 van toepassing zijn.

2.57 Voor het overige zullen de vorderingen van SEBA worden afgewezen. Voor bewijslevering ziet het hof geen aanleiding, nu SEBA niets te bewijzen heeft aangeboden dat tot een ander oordeel zou kunnen leiden. Aan bewijs door deskundigen heeft het hof geen behoefte.

2.58 Aangezien SEBA en de Gemeente ieder voor een gedeelte in het ongelijk zijn gesteld, zal het hof de proceskosten compenseren, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

## 3. Beslissing

Het hof:

- verklaart voor recht dat artikel 17, derde lid van de AB 2016 onredelijk bezwarend is, voor zover dit beding wordt gebruikt jegens particuliere erfpachters van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven percelen;

- verbiedt de Gemeente artikel 17, derde lid van de AB 2016 te gebruiken jegens de hiervoor genoemde particuliere erfpachters;

- beveelt de Gemeente binnen 14 dagen na de datum van deze uitspraak een mededeling op haar website te plaatsen en vervolgens gedurende drie maanden op haar website geplaatst te houden, met een link naar deze uitspraak, dat het hof artikel 17, derde lid van de AB 2016 onredelijk bezwarend heeft verklaard en de Gemeente

heeft verboden dit beding te gebruiken jegens particuliere erfpachters van door de Gemeente in erfpacht uitgegeven percelen;

- wijst af het meer of anders gevorderde;
- verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- compenseert de proceskosten, en bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Glazener, S.A. Boele en M.Y. Bonneur en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 12 maart 2019 in aanwezigheid van de griffier.

5.1.2e

5.1.2e

5.1.2e