J. Broese van Groenou

De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter

Recht *en* Praktijk
Vastgoedrecht

Wolters Kluwer

VG10

De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter

Verkorte citeerwijze: Broese van Groenou, *De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter (R&P nr. VG10)* 2019/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: J. Broese van Groenou, *De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter (Recht en Praktijk nr. VG10) (diss. Open Universiteit)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Ontwerp omslag: Bert Arts BNO

ISBN 978 90 13 15334 7
ISBN 978 90 13 15335 4 (E-book)
NUR 823-613

© 2019, Wolters Kluwer Nederland B.V.

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.
Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

NAVIGATOR

De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Open Universiteit
op gezag van de rector magnificus
prof. dr. Th.J. Bastiaens
ten overstaan van een door het
College voor promoties ingestelde commissie
in het openbaar te verdedigen
op vrijdag 10 mei 2019 te Heerlen
om 13.30 uur precies

door

Jacqueline Broese van Groenou
geboren op 11 juni 1957 te Leiden

Promotores:
Prof. mr. dr. R.F.H. Mertens, Open Universiteit
Prof. mr. A.L.H. Ernes, Open Universiteit

Leden beoordelingscommmissie:
Prof. mr. S.E. Bartels, Radboud Universiteit
Prof. mr. H.N. Schelhaas, Erasmus University Rotterdam
Prof. mr. R.M. Wibier, Tilburg University
Prof. mr. J.G.J. Rinkes, Open Universiteit
Mr. dr. F.J. Vonck, Rijksuniversiteit Groningen

Woord vooraf

Dit boek gaat over een goederenrechtelijke rechtsverhouding. Het bevat een uitvoerige belichting van de rechtsverhouding bij erfpacht, de rechtsfiguur waarbij de eigenaar van een perceel grond het gebruik van die grond voor langere duur afstaat aan een ander, de erfpachter. De Nederlandse wetgever heeft een korte regeling voor erfpacht neergelegd in het Burgerlijk Wetboek. In de praktijk wordt veelvuldig gebruikgemaakt van erfpacht zowel door overheidsorganisaties als door particulieren, voor verschillende doelstellingen. De meest bekende toepassing is de systematische uitgifte van grond in erfpacht voor woningen door gemeenten. Het maatschappelijk belang van de rechtsfiguur is een gegeven.

Het onderzoek vormt een aanvulling op de eerdere studies naar erfpacht van A.A. Reepmaker uit 1931 en F.J. Vonck uit 2013. Reepmaker gaf een systematische beschrijving van het erfpachtrecht onder verschillende jurisdicties en richtte zich op de kenmerken van het recht. De studie van Vonck onderzocht de functionaliteit en de flexibiliteit van het erfpachtrecht en richtte zich op de juridische mogelijkheden van erfpacht ten behoeve van gebruik en financiering van grond. Dit onderzoek richt zich op de vraag hoe de direct betrokkenen bij een erfpachtrecht zich tot elkaar dienen te verhouden, hoe de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter gekwalificeerd dient te worden en welk recht daarop van toepassing is. Het goederenrecht regelt rechtsposities van personen tot goederen, de bevoegdheden en verplichtingen van de eigenaar en de gebruiker ten aanzien van het perceel grond waar hun recht betrekking op heeft. Dat bij de vestiging van beperkte rechten ook een rechtsverhouding tussen twee personen ontstaat blijft in het goederenrecht meestal onderbelicht en vormt het voorwerp van dit onderzoek.

Opvattingen en argumenten over de erfpachtverhouding afkomstig van de wetgever, van gezaghebbende juridische auteurs en uit de rechtspraak sinds de negentiende eeuw zijn in dit onderzoek verzameld, geordend en geanalyseerd. Met name is gekeken naar de regels die gelden ingeval de erfpachter de toestemming van de erfverpachter nodig heeft om een bepaalde handeling te kunnen verrichten, in welke gevallen een herziening van de erfpachtcanon toelaatbaar is en welke verplichtingen partijen jegens elkaar kunnen hebben bij het einde van het recht. Het blijkt uit te maken of de regels zijn opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden.

Het manuscript van dit proefschrift is afgesloten op 1 juli 2018. Met ontwikkelingen daarna is incidenteel rekening gehouden door een korte vermelding in een noot.

Ik heb dit onderzoek mogen uitvoeren als (buiten)promovenda van de Open Universiteit. Graag wil ik mijn twee promotores, Roel Mertens en Anka Ernes, bedanken voor hun begeleiding en waardevolle opmerkingen en suggesties. Verder ben ik prof.mr. S.E. Bartels, prof.mr. J.G.J. Rinkes, prof.mr. H.N. Schelhaas, prof.mr. R.M. Wibier en mr.dr. F.J. Vonck zeer erkentelijk dat zij zitting hebben willen nemen in mijn beoordelingscommissie. Ik bedank tot slot mijn lieve Trudi, familie, vrienden en collega's die mij onvoorwaardelijk hebben gesteund bij het schrijven van dit boek.

Jacqueline Broese van Groenou
Utrecht, december 2018

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF V

LIJST VAN AFKORTINGEN XIII

1 INLEIDING 1

1.1 Toepassingen van het recht van erfpacht 1
1.1.1 Bestemming en gebruik 2
1.1.2 Indelingen 4
1.1.3 Agrarische erfpacht 5
1.1.4 Erfpacht op grond met bestemming bedrijvigheid 6
1.1.5 Erfpacht op grond met bestemming wonen 8
1.1.6 Erfpacht op grond met bestemming natuur en recreatie 13
1.1.7 Samenvatting bestemmingen 15
1.2 Aanleiding voor het onderzoek 16
1.3 Onderzoeksvraag 21
1.4 Kader: onderzoeksprogramma Open Universiteit 24
1.5 Opzet en methode van het onderzoek 24

2 DE RECHTSVERHOUDING 29

2.1 Inleiding rechtsverhouding 29
2.1.1 Het begrip rechtsverhouding 30
2.1.2 Goederenrechtelijke rechten en persoonlijke rechten 32
2.1.3 Relativering van goederenrechtelijke rechten 33
2.2 Het wettelijk kader 36
2.2.1 Wetsgeschiedenis erfpachtrecht 36
2.2.2 Gelaagde structuur vermogensrecht naar NBW 38
2.2.3 De schakelbepalingen 40
2.2.4 Verbintenissen uit beperkte rechten 42
2.2.5 Samenvatting wettelijk kader 47
2.3 De doctrine over de rechtsverhouding 47
2.3.1 Inleiding doctrine 48
2.3.2 Verbintenissen uit de wet 48
2.3.3 Verbintenissen met zakelijke werking 53
2.3.4 Zakelijke rechtsvorderingen 54
2.3.5 Het rechtskarakter van de canonverplichting 58
2.3.6 De relatieve kant van de rechtsverhouding 61
2.3.7 Kwalitatieve verbintenissen 68
2.3.8 De lijn Eggens 74
2.3.9 Nieuw BW 77
2.3.10 Samenvatting doctrine 90
2.4 De rechtspraak over de rechtsverhouding 91
2.4.1 Rechtspraak 1838-1905 91

2.4.1.1	De rechtsverhouding	93
2.4.1.2	Bronnen van het recht	99
2.4.1.3	Erfpachtvoorwaarden	104
2.4.1.4	Beëindiging van erfpachtrechten	108
2.4.1.5	Zakelijke of persoonlijke rechtsvordering	115
2.4.1.6	Samenvatting rechtspraak 1838-1905	119
2.4.2	Rechtspraak 1905-1992	120
2.4.2.1	Arrest Blaauboer/Berlips 1905	120
2.4.2.2	Begripsverduidelijking	121
2.4.2.3	De omvang van het erfpachtrecht	124
2.4.2.4	Zakelijk of persoonlijk recht(svordering)	125
2.4.2.5	Artikel 779 OBW	127
2.4.2.6	De rechtsverhouding	129
2.4.2.7	Werking van de goede trouw	134
2.4.2.8	Lagere rechtspraak 1905-1992	135
2.4.2.9	Samenvatting rechtspraak 1905-1992	140
2.4.3	Rechtspraak 1992-2018	140
2.4.3.1	Redelijkheid en billijkheid	141
2.4.3.2	Uitleg	147
2.4.3.3	Samenvatting rechtspraak 1992-2018	156
2.4.4	Samenvatting rechtspraak	157
2.5	Verduidelijking rechtsverhouding erfverpachter – erfpachter	158
2.5.1	Uitgangspunten	158
2.5.2	Ontstaan van de rechtsverhouding bij erfpacht	161
2.5.3	Verbintenissen uit zakelijke rechten	163
2.5.4	Zakelijke werking	165
2.5.5	Vervolg onderzoek	165
3	**ALGEMENE ERFPACHTVOORWAARDEN**	167
3.1	Inleiding algemene voorwaarden	167
3.2	Parlementaire geschiedenis	169
3.3	Doctrine	174
3.4	Rechtspraak over algemene erfpachtvoorwaarden	187
3.4.1	Geen recht in de zin van artikel 79 RO	188
3.4.2	Bindend advies	192
3.4.3	Boetebeding	193
3.4.4	Vergoeding bij overdracht	195
3.4.5	Bedingen uit algemene opstalvoorwaarden	196
3.4.6	MGE-bedingen	201
3.4.7	Collectieve toetsing	205
3.5	Richtlijnconforme interpretatie	207
3.5.1	Boetebedingen zelfbouwkavels	209
3.5.2	Reikwijdte Richtlijn 93/13/EEG: hoedanigheid partijen	212
3.5.3	Wijziging hoedanigheid bij rechtsopvolging	218
3.5.4	Temporele reikwijdte Richtlijn 93/13/EEG	220
3.5.5	Fictieve vergelijkingstoets	223
3.5.6	Toestemmingsbeding Staatsbosbeheer	227
3.5.7	Richtlijnconforme uitleg van artikel 5:91 lid 4 BW	232
3.5.8	Particuliere erfpachtvoorwaarden	237
3.5.9	Het transparantiebeginsel	245
3.6	Samenvatting en conclusie algemene erfpachtvoorwaarden	249
4	**HET TOESTEMMINGSVEREISTE**	253
4.1	Inleiding toestemmingsvereiste	253

4.2	Het toestemmingsvereiste als rechtsfiguur	256
4.3	Wetsgeschiedenis toestemmingsvereiste	259
4.3.1	Toestemming voor splitsing in appartementsrechten naar OBW	261
4.3.1.1	Publiekrechtelijk belang: arrest Reggezuid 1976	262
4.3.1.2	Voorwaarde canonverhoging: arrest Strauss/Amsterdam 1981	264
4.3.1.3	Overige jurisprudentie artikel 875a lid 6 OBW	266
4.3.2	Toestemmingsvereiste artikel 5:91 BW	267
4.3.2.1	Het regeringsontwerp van het Driemanschap 1957	267
4.3.2.2	Het Gewijzigd Ontwerp 1972	268
4.3.2.3	De Invoeringswet 1984	272
4.3.3	Toestemming voor bestemmingswijziging	272
4.3.4	Samenvatting wetsgeschiedenis	277
4.4	Toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht	278
4.4.1	Splitsing in meerdere erfpachtrechten	278
4.4.2	Splitsing in appartementsrechten naar NBW	279
4.4.3	Samenvatting toestemming voor splitsing	283
4.5	Toestemming voor overdracht van een erfpachtrecht	284
4.5.1	Financiële voorwaarden	285
4.5.2	Wijziging bestemming bij overdracht	287
4.5.3	Beëindiging erfpachtrecht	287
4.5.4	De persoon van de opvolgend erfpachter	289
4.5.5	Canonherziening als voorwaarde	290
4.5.6	Samenvatting toestemming voor overdracht	293
4.6	Toestemming voor bestemmingswijziging	296
4.6.1	Canonherziening bij bestemmingswijziging	298
4.6.2	Gebruik conform bestemming	303
4.6.3	Samenvatting toestemming voor bestemmingswijziging	303
4.7	Rechtsgevolgen van een onredelijke voorwaarde	304
4.8	Conclusies toestemmingsvereiste	309
4.8.1	Criteria redelijkheidstoetsing	310
4.8.2	Waardestijging zaak	312
4.8.3	De verbintenisrechtelijke dimensie	314
5	**CANONHERZIENING**	317
5.1	Inleiding canonherziening	317
5.1.1	Voorbeelden canonherziening	320
5.1.2	Onderzoeksvragen canonherziening	324
5.2	Contractvrijheid en canonherziening: een redelijke prijs	325
5.3	Wetsgeschiedenis en achtergrond canonherziening	331
5.3.1	Wetsgeschiedenis canonherziening	332
5.3.2	Opkomst stedelijke erfpacht 1896-1909	335
5.3.3	Uitbreiding stedelijke erfpacht 1909-1941	340
5.3.4	Tussentijdse canonherziening 1941-1970	344
5.3.5	Canonherziening en canonexplosie 1970-2018	347
5.3.6	Vindplaats canonherzieningsbepalingen	350
5.3.7	Overgangsrecht	354
5.4	Canonindexering: tussentijdse bepaalbare wijziging	355
5.4.1	Indexering toepassen op bestaande rechten	357
5.4.2	Wijziging of vervanging index	357
5.4.3	Meervoudige inflatievergoeding	359
5.4.4	Verminderde en geen inflatiecorrectie	367
5.4.5	Samenvatting canonindexering	369
5.5	Canonherziening bij tijdelijke erfpachtrechten	370

5.5.1	Tussentijdse niet-bepaalbare canonherziening	370
5.5.1.1	Uitleg canonherzieningsbepalingen	370
5.5.1.2	Doelstelling: sluitende grondexploitatierekening	379
5.5.1.3	Bindend advies	383
5.5.1.4	Knelpunten tussentijdse canonherziening tijdelijke rechten	387
5.5.2	Canonherziening bij verlenging of conversie	388
5.5.2.1	Verlenging tijdelijk recht	388
5.5.2.2	Conversie tijdelijk erfpachtrecht	402
5.5.2.3	Knelpunten verlenging of conversie	407
5.6	Canonherziening bij voortdurende erfpachtrechten	407
5.6.1	Recreatieve erfpacht	408
5.6.2	Particuliere erfpacht	409
5.6.3	Amsterdam AB 1915: bindend advies	412
5.6.4	Amsterdam AB 1934: bestendige praktijk	422
5.6.5	Amsterdam AB 2000: aanbod, bestemming	424
5.6.6	Amsterdam AB 1915/1934/1937: SEBA	429
5.6.6.1	Toepasselijk (overgangs)recht	431
5.6.6.2	Bepaaldheid canon na herziening	433
5.6.6.3	Eenzijdige wijziging algemene erfpachtvoorwaarden	438
5.6.6.4	Toetsing canonherzieningsbedingen in latere AB	442
5.6.6.5	Conclusie SEBA-arrest	443
5.6.7	Knelpunten canonherziening voortdurende rechten	444
5.7	Geen canonherziening bij eeuwigdurende erfpacht	445
5.7.1	Eeuwigdurende erfpacht Den Haag	446
5.7.2	Eeuwigdurende erfpacht Utrecht	447
5.7.2.1	Conversie appartementsrechten Utrecht	449
5.7.2.2	Beleidswijziging 2015 Utrecht	451
5.7.2.3	Conversieregeling 2017 Utrecht	453
5.7.3	Eeuwigdurende erfpacht Amsterdam	455
5.7.3.1	Overstapregeling 2017 Amsterdam	456
5.7.3.2	Appartementsrechten Amsterdam	459
5.7.4	Erfpachtstelsels andere gemeenten	459
5.7.4.1	Erfpachtstelsel Rotterdam	460
5.7.4.2	Erfpachtstelsel Schiedam	461
5.7.4.3	Erfpachtstelsel Vlaardingen	463
5.7.5	Conclusie eeuwigdurende erfpacht	465
5.8	Samenvatting en conclusies canonherziening	465

6	**BEËINDIGING VAN ERFPACHTRECHTEN**	471
6.1	Inleiding beëindiging van erfpachtrechten	471
6.1.1	De rechtsverhouding bij beëindiging van een beperkt recht	472
6.1.2	Voorbeelden van beëindiging van erfpachtrechten	473
6.2	Einde door tijdsverloop en verlenging recht	477
6.2.1	Wettelijke en contractuele verlenging na einde tijdelijk recht	479
6.2.1.1	Wettelijke verlenging	480
6.2.1.2	Contractuele verlenging	483
6.2.1.3	Voorwaarden voor verlenging erfpachtrecht	485
6.2.2	Doen blijken in de zin van artikel 5:98 BW	490
6.2.3	Opzegging verlengde erfpacht ex artikel 5:98 BW	499
6.2.3.1	Opzegging bij exploot	499
6.2.3.2	Opzegging na mislukte onderhandelingen	500
6.2.3.3	Canondoorbetaling bij stilzwijgende verlenging	504
6.2.3.4	Opstalvergoeding bij opzegging ex artikel 5:98 BW	506
6.2.4	Wijziging artikel 5:98 BW	508

6.2.5	Samenvatting en conclusie einde door tijdsverloop	509
6.3	Beëindiging door opzegging door de erfpachter	510
6.3.1	Afstand van recht onder OBW	511
6.3.1.1	Parlementaire geschiedenis artikel 5:87 lid 1 BW	512
6.3.1.2	Overgangsrecht NBW	513
6.3.1.3	Afstand van erfpachtrechten onder OBW	514
6.3.1.4	Jurisprudentie	520
6.3.2	Afstand van opstalrecht bij gebrekkige opstal	522
6.3.3	Conclusie opzegging of afstand door de erfpachter	523
6.4	Beëindiging door opzegging door de erfverpachter	524
6.4.1	Overgangsrecht	525
6.4.2	Opzegging wegens wanbetaling canon	529
6.4.2.1	Canonbetaling na opzegging	530
6.4.2.2	Opzegging door nieuwe erfverpachter	532
6.4.3	Opzegging wegens ernstig tekortschieten	533
6.4.3.1	Niet realiseren van een bepaalde bestemming	535
6.4.3.2	Niet gebruiken conform bestemming	538
6.4.3.3	Bestemming wijzigen	541
6.4.3.4	Hennepteelt	543
6.4.3.5	Onderhoudsverplichting erfpachter	544
6.4.3.6	Zelfbewoningsplicht en aanbiedingsplicht bij MGE	549
6.4.3.7	Criteria opzegging wegens ernstig tekortschieten	556
6.4.4	Opzegging in het algemeen belang	556
6.4.4.1	Herontwikkeling als algemeen belang	558
6.4.4.2	Doorkruising Onteigeningswet	563
6.4.4.3	Een financieel algemeen belang	564
6.4.5	Onrechtmatige opzegging	567
6.4.6	Samenvatting en conclusie opzegging door de erfverpachter	568
6.5	Beëindiging door vermenging	570
6.5.1	Voorkeursrecht van koop	571
6.5.1.1	Voorkeursrecht van koop voor de erfpachter	571
6.5.1.2	Voorkeursrecht van koop voor erfverpachter	573
6.5.2	Waardebepaling bloot eigendom	575
6.5.3	Het koopaanbod	581
6.5.4	Aankoop bloot eigendom op Waddeneilanden	584
6.5.5	Aankoop bloot eigendom Utrecht	588
6.5.5.1	Conversie van erfpacht gesplitst in appartementsrechten	588
6.5.5.2	Doctrine over conversie van erfpacht gesplitst in appartementsrechten	592
6.5.5.3	Conclusie conversie erfpacht gesplitst in appartementsrechten	597
6.5.6	Samenvatting en conclusie beëindiging door vermenging	598
6.6	Beëindiging door de rechter ex artikel 5:97 BW	599
6.6.1	Inleiding imprévision	599
6.6.2	Wetsgeschiedenis artikel 5:97 BW	599
6.6.3	Doctrine over beëindiging door de rechter	601
6.6.4	Jurisprudentie artikel 5:97 BW	607
6.6.5	Samenvatting artikel 5:97 BW	609
6.7	Vergoeding waarde recht en waarde opstal	610
6.7.1	Oud recht zonder opstalvergoeding ex artikel 773 OBW	610
6.7.2	Oud recht met opstalvergoeding volgens akte	614
6.7.3	Opstalvergoeding ex artikel 5:99 BW	617
6.7.4	Waarde erfpachtrecht ex artikel 5:87 lid 2 BW	619
6.7.5	Verhouding artikel 5:87 en artikel 5:99 BW	625
6.7.6	Samenvatting en conclusie vergoedingen bij einde recht	629
6.8	Samenvatting en conclusies einde erfpachtrecht	629

7 CONCLUSIES 633

7.1 De verbintenisrechtelijke dimensie van de erfpachtverhouding 633
7.2 Samenvatting bevindingen 636
7.2.1 Bevindingen hoofdstuk 2 De rechtsverhouding 636
7.2.2 Bevindingen hoofdstuk 3 Algemene erfpachtvoorwaarden 637
7.2.3 Bevindingen hoofdstuk 4 Het toestemmingsvereiste 639
7.2.4 Bevindingen hoofdstuk 5 Canonherziening 641
7.2.5 Bevindingen hoofdstuk 6 Beëindiging van erfpachtrechten 644
7.3 Redelijkheid en billijkheid in erfpachtverhoudingen 646
7.3.1 Bevindingen in het licht van Struycken 2007 647
7.3.2 Bevindingen in het licht van Vonck 2013 649
7.4 Waardeverdeling 651
7.5 Nadere regulering van de rechtsverhouding 656
7.5.1 Voorstellen tot wetsherziening 657
7.5.2 Regulering 659
7.5.3 Zelfregulering 660
7.6 Slotconclusies en aanbevelingen 662

Samenvatting 667

Summary 671

Lijst van aangehaalde literatuur 685

Jurisprudentieregister 719

Trefwoordenregister 739

Curriculum vitae 769

Lijst van afkortingen

AAR	Aanvullende Algemene Regels – voor uitgifte in erfpacht
AB	Algemene Bepalingen – voor uitgifte van gronden in erfpacht
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht
AD	Algemeen Dagblad
AE	Algemene Erfpachtvoorwaarden
afd.	afdeling
A-G	Advocaat-Generaal
AO	Algemeen Overleg
art.	artikel
art. 1 EP	Artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM
AV	Algemene (erfpacht)voorwaarden
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B&W	Burgemeester en Wethouders
B.	Belastingblad
B.R.	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering (oud)
BNG	Bank Nederlandse Gemeenten
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CC	Code Civil
CHET	Canonherziening einde tijdvak
CPI	Consumenten Prijs Index
DUIC	De Utrechtse Internet Courant
ECLI	European Case Law Identifier
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EEX-Vo	Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESB	Economisch Statistische Berichten
EU	Europese Unie
EU-Handvest	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
EV	Eindverslag

EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens
ged.	gedaagde
GO	Gewijzigd Ontwerp van wet
GS	Groene Serie
Gst.	De Gemeentestem
ha	hectare
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
Inv.	Invoeringswet
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
JBO	Jurisprudentie Bodem
JIN	Jurisprudentie in Nederland
jo.	juncto
JOL	Jurisprudentie Hoge Raad Civiel en Hoge Raad Straf
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KB	Koninklijk Besluit
KG	Kort Geding
KNAW	Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
ktr.	Kantonrechter
LOVCK	Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (rechtspraak)
m.nt.	met noot van
MGE	Maatschappelijk gebonden eigendom
MO	Mondeling overleg
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NEPROM	Vereniging Nederlandse Projectontwikkeling Maatschappijen
NEV	Nota naar aanleiding van het Eindverslag
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NRC	Nieuwe Rotterdamse Courant
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	Naamloze vennootschap
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
O.	Overwegende
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek
OM	Ontwerp Meijers
Ow	Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek
p.	paginanummer

PG	Parlementaire Geschiedenis
P-G	Procureur-Generaal
Prg.	De Praktijkgids
r.o.	rechterlijke overweging
Rb.	Rechtbank
RCR	Rechtspraak Contractenrecht
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Regeringsontwerp
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RVB	Rijksvastgoedbedrijf
RvdW	Rechtspraak van de Week
RVR	Rechtspraak Vastgoedrecht
SBB	Staatsbosbeheer
SBOH	Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer
SEBA	Stichting Erfpachters Belang Amsterdam
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
StENK	Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier
TBR	Tijdschrift voor Bouwrecht
TM	Toelichting Meijers
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
TvAR	Tijdschrift voor Agrarisch Recht
UCV	Uitgebreide Commissie Vergadering
Vgl.	vergelijk
VNG	Vereniging Nederlandse Gemeenten
VV	Voorlopig Verslag
VvE	Vereniging van Eigenaars
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr	voorzieningenrechter
W.	Weekblad van het Regt
WNH	Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland
WOZ	Wet Waardering Onroerende Zaken
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WR	WR. Tijdschrift voor Huurrecht
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening (oud)
Wro	Wet ruimtelijke ordening

1 Inleiding

De aanleiding voor mijn masterscriptie over rechtsbescherming van erfpachters bij canonverhoging bestond uit berichten over problemen met het recht van erfpacht en de suggestie dat deze problemen zouden kunnen worden opgelost door de wet te wijzigen. Tijdens het scriptieonderzoek stuitte ik op vele interessante aspecten van het erfpachtrecht die niet binnen de onderzoeksvraag pasten. Die verbreding en verdieping hebben plaatsgevonden in dit vervolgonderzoek naar de opvattingen over de aard van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter en de toepassing van het verbintenissenrecht binnen het goederenrecht. De vraagstelling en de analyse concentreren zich op de ontwikkelingen in het denken over de inpassing van contractvrijheid ten aanzien van de inhoud van het recht in het dwingendrechtelijk geregelde gesloten goederenrechtelijke stelsel van beperkte rechten. Uit rechtspraak en literatuur blijkt dat de uitkomsten van de huidige praktijk ten aanzien van bijvoorbeeld canonherziening of beëindiging van het recht niet altijd rechtvaardig worden gevonden, maar dat aan goederenrechtelijk vastgelegde afspraken nu eenmaal niet getornd kan worden. Dat spanningsveld wil ik hier nader onderzoeken.

Dit onderzoek gaat over het recht van erfpacht, beperkt zich tot het recht zoals het wordt toegepast in Nederland, zoals het is geregeld naar Nederlands recht en zoals het wordt beoordeeld door de Nederlandse rechtspraak, mede aan de hand van Europeesrechtelijke normen. Na een overzicht van toepassingen in par. 1.1 wordt in par. 1.2 de aanleiding voor het onderzoek besproken, in par. 1.3 de onderzoeksvraag en in par. 1.4 het onderzoeksprogramma van het wetenschapsgebied rechtswetenschappen van de Open Universiteit als het kader waarbinnen het onderzoek is uitgevoerd. In par. 1.5 beschrijf ik de gehanteerde onderzoeksmethode en de opzet van het onderzoek.

1.1 Toepassingen van het recht van erfpacht

Erfpacht is een flexibel recht dat zich leent voor veel verschillende toepassingen. Omdat de bestemming van de in erfpacht gegeven onroerende zaak bepalend is voor de gebruiksvoorwaarden en die voorwaarden de rechtsverhouding nader invullen, worden de toepassingen hieronder ingedeeld naar bestemming. Na een inleiding over de begrippen gebruik en bestemming geef ik een kort overzicht van kenmerken van het recht van erfpacht bij agrarische bestemmingen, bij de

bestemming bedrijvigheid, bij de bestemming wonen en bij de bestemmingen natuur en recreatie.

1.1.1 Bestemming en gebruik

Bij de vestiging van een erfpachtrecht verkrijgt de erfpachter de bevoegdheid om 'eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken', aldus art. 5:85 lid 1 BW.[1] Het begrip *houden* maakt duidelijk dat een erfpachter geen bezit van de zaak heeft in de zin van art. 3:107 lid 1 BW.[2] De erfpachter houdt de zaak niet voor zichzelf, maar voor een ander en die ander is meestal degene met een eigendomsrecht op de onroerende zaak.[3] Houderschap brengt op grond van art. 3:108 jo. 5:85 lid 1 BW mee dat de erfpachter de feitelijke macht over de zaak heeft. De erfpachter heeft eveneens op grond van art. 5:85 lid 1 BW de bevoegdheid tot het gebruik van de grond, ook wel aangeduid als het gebruiksrecht. In de parlementaire geschiedenis werden de termen *recht* en *bevoegdheid* vaak door elkaar gebruikt, maar werd ook een verhelderend onderscheid gemaakt tussen enerzijds het zakelijk recht van erfpacht en anderzijds de bevoegdheden van de erfpachter op grond van dat zakelijk recht.[4] Het gebruik van de zaak door de erfpachter wordt in art. 5:89 BW en art. 5:90 BW aangeduid als *genot*.[5] Art. 5:89 lid 1 BW bepaalt in het algemeen dat 'de erfpachter hetzelfde genot van de zaak [heeft] als een eigenaar' en art. 5:90 lid 1 BW bepaalt specifiek dat de 'vruchten die tijdens de duur der erfpacht zijn afgescheiden of opeisbaar worden, en voordelen van roerende aard die de zaak oplevert' aan de erfpachter toebehoren. Beide bepalingen zijn van regelend recht, er kan in de akte van vestiging van worden afgeweken en in de praktijk wordt aan de erfpachter meestal een beperkter genot dan dat van de eigenaar gegeven. Het genot dat de eigenaar van een zaak heeft is vervat in het in art. 5:1 BW omschreven 'meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben'. Het eigendomsrecht bestaat uit de bevoegdheid van de eigenaar om over de zaak te beschikken, deze met uitsluiting van anderen te gebruiken, daarvan de vruchten te trekken en deze eventueel te vernietigen.[6] Van oudsher worden met het recht van erfpacht wel de bevoegdheden tot gebruik en vruchttrekking toegekend, maar wordt het de erfpachter verboden de zaak te ver-

1 Op grond van art. 767 OBW had de erfpachter tussen 1 januari 1825 en 1 januari 1992 'het vol genot van een aan een ander toebehoorend onroerend goed'.

2 De erfpachter kan zolang zijn recht bestaat dus ook niet door verjaring eigenaar van de onroerende zaak worden omdat voor verkrijgende verjaring bezit vereist is, vgl. Rb. Arnhem (vzr) 7 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU8388 (*Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Andreas/Kadaster*).

3 Bij een recht van ondererfpacht is de ander ook erfpachter, maar wordt 'in zijn verhouding tot de ondererfpachter als eigenaar aangemerkt', art. 5:93 lid 3 BW.

4 PG Boek 5 BW, p. 293 (TM): "De voornaamste kenmerken van de erfpacht zijn, dat de erfpachter een zakelijk *recht* heeft om een onroerende zaak te houden en te gebruiken (...). Terwijl bij erfpacht het *recht* om de grond te houden en te gebruiken primair is, heeft de opstaller ten aanzien van de grond slechts die *bevoegdheden*, die nodig zijn om het volle genot van zijn eigendomsrecht te hebben." Nadruk toegevoegd. In een eerder, uit archiefmateriaal bekend ontwerp van Meijers werd het volgende onderscheid gemaakt: "Erfpacht is een zakelijk *recht*, hetwelk de *bevoegdheid* geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken onder de verplichting (...)." Nadruk toegevoegd. Bron: NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1086, Stukken ter voorbereiding van het Groene Boek voor Boek 5, titel 7, 1953-1955, Ontwerp B.W. 32 I van waarschijnlijk zomer 1953, p. 1.

5 De beperkte rechten worden onderscheiden in enerzijds genotsrechten en anderzijds zekerheidsrechten, Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 384, Slangen 2002, p. 77-78.

6 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 369.

nietigen.[7] Indien er geen beperkingen aan het gebruik zijn gesteld, staat het de erfpachter vrij de onroerende zaak, meestal een perceel grond, naar eigen inzicht te gebruiken.[8] Het gebruiksrecht omvat de grond en alles wat daarmee te maken heeft, dus ook het grondwater in de grond, de gebouwen en beplantingen die op de grond staan en de ruimte boven de grond. Voor de gebouwen en beplantingen die de erfpachter aanbrengt geldt de natrekkingsregel van art. 5:20 BW als gevolg waarvan de erfverpachter eigenaar van die gebouwen en beplantingen wordt. Deze eigendomsverkrijging kan voorkomen worden door ten gunste van de erfpachter een opstalrecht te vestigen op de door hem aangebrachte of overgenomen gebouwen. Een combinatie van de rechten van erfpacht en opstal komt regelmatig voor. In de praktijk wordt het meest omvattende recht van de eigenaar niet volledig aan de erfpachter overgedragen of toegekend, maar worden in de vestigingsakte beperkingen op het gebruiksrecht gesteld. Van oudsher had de erfpachter niet de bevoegdheid iets te doen waardoor de onroerende zaak in waarde zou dalen.[9] De beperkingen op het gebruik kunnen zeer uitvoerig en gedetailleerd zijn, maar ook uit niet meer bestaan dan een aanduiding van de bestemming van de zaak, bijvoorbeeld dat de erfpachter de onroerende zaak zal gebruiken voor bewoning. De erfverpachter bepaalt bij uitgifte tot welk gebruik van de zaak de erfpachter bevoegd zal zijn en welke gebruiksbeperkingen en gebruiksverboden worden opgelegd.

Art. 5:89 lid 2 BW introduceerde naast de begrippen gebruik en genot ook het begrip *bestemming van de zaak*: "Hij [de erfpachter] mag echter zonder toestemming van de eigenaar niet een andere bestemming aan de zaak geven of een handeling in strijd met de bestemming van de zaak verrichten." Deze toestemming werd in het NBW opgenomen op verzoek van de gemeenten en losgekoppeld van de vraag of de verandering een wijziging van de waarde van de zaak tot gevolg zou hebben.[10] In de akte van vestiging kan van art. 5:89 lid 2 BW worden afgeweken, maar in de praktijk heeft de erfpachter zelden de vrijheid de bestemming van de onroerende zaak te wijzigen zonder toestemming van de erfverpachter. Bij stedelijke erfpacht werd voor de bestemming van de grond vooral gekeken naar het soort bebouwing dat volgens de ruimtelijke plannen van de overheid op het perceel was toegestaan. Onderscheiden werden grond bestemd voor woningbouw en voor bedrijvigheid, die laatste eventueel uitgesplitst naar de bestemmingen kantoren, detailhandel, industrie en havenactiviteiten. In de vesti-

7 In de literatuur is discussie gevoerd over de vraag of de erfpachter bevoegdheden krijgt overgedragen waarna de eigenaar die bevoegdheden niet meer zelf kan uitoefenen, of dat hij bevoegdheden krijgt toegekend, in welk geval de eigenaar die bevoegdheden soms zelf ook nog kan uitoefenen. De *nemo plus* regel van art. 3:81 lid 1 BW bepaalt dat de eigenaar geen bevoegdheden die hij zelf niet heeft kan overdragen. Over dit subtractieprincipe uitvoerig Struycken 2007, p. 401-415. Zie ook Vonck 2013, p. 145-147. De discussie werd met name gevoerd ten aanzien van de aard van de canonverplichting, een verplichting tot een doen die de eigenaar zelf niet had.

8 PG Boek 5 BW, p. 308 (TM) verwoordde de bedoeling van de wetgever als volgt: "[Dit artikel] laat partijen vrij om te bepalen tot welk gebruik van de zaak een erfpachter bevoegd zal zijn. Het meest beperkte en het meest uitgebreide genot kunnen dus beide inhoud van het erfpachtrecht zijn."

9 Art. 768 OBW: "De erfpachter oefent alle de regten uit, welke aan den eigendom van het erf verknocht zijn, doch hij vermag niets te verrigten, waardoor de waarde van den grond zoude worden verminderd." Met bepalingen ten aanzien van afgravingen van de grond in art. 768 OBW en over bomen en beplantingen in art. 769 OBW.

10 PG Boek 5 BW, p. 309 (MvA II): "Het belang dat met name de overheid heeft bij handhaving van de bestemming van door haar in erfpacht gegeven grond is vaak van publieke aard en hangt niet samen met een eventuele waardevermindering van de grond." Voorbeelden waren de instandhouding van landschapsschoon en de noodzakelijke spreiding van de wijze waarop de grond in een bepaald gebied werd geëxploiteerd. Zie ook De Jong & Ploeger 2008, p. 48.

gingsakte kan de bestemming meer of minder ruim omschreven zijn en soms zijn afzonderlijke algemene erfpachtvoorwaarden opgesteld voor verschillende bestemmingen.[11] Wanneer een erfpachter in een woning op erfpachtgrond een kantoor wil beginnen zal hij de erfverpachter om privaatrechtelijke toestemming moeten vragen, naast de vraag of hij krachtens het bestemmingsplan publiekrechtelijk gerechtigd is om de bestemming van het pand te wijzigen.[12] De bestemming van de in erfpacht uitgegeven zaak komt veelal overeen met de bestemming uit het bestemmingsplan, maar wordt in de vestigingsakte vaak nader ingevuld. In die zin is het niet nader gedefinieerde begrip *bestemming* uit art. 3.1 Wro ruimer dan het begrip *bestemming* uit art. 5:89 BW. Toegepast op grond van overheden dienen beide bestemmingsbegrippen publiekrechtelijke doelen zoals ruimtelijke ordening en volkshuisvesting.[13] De erfpachter moet rekening houden met de bestemming van de onroerende zaak en met de beperkingen ten aanzien van het gebruik van de grond, die ook de bebouwing kunnen omvatten. Zowel de bestemming van de onroerende zaak als de omvang van het gebruik of genot van de erfpachter worden bepaald door de erfverpachter en zijn kenbaar voor eenieder uit de inschrijving van de akte van vestiging in de openbare registers.[14] De bestemming volgens de akte van vestiging vormt het kader voor het gebruik dat de erfpachter van de zaak kan maken. Alleen wanneer de vestigingsakte geen bepaling over het gebruik of de bestemming bevat heeft de erfpachter op grond van de wet een gebruiksrecht dat gelijkstaat aan het genot van een grondeigenaar. De eigenaar kan allerlei redenen hebben zijn grond in erfpacht uit te geven in plaats van de grond te verkopen of te verhuren en deze motieven spelen ook mee bij het bepalen van de gebruiksbeperkingen, naast de bestemming van de grond. Het doel van uitgifte is veelal alleen kenbaar wanneer beleidsregels voor uitgifte zijn opgesteld, zoals bij uitgiftes door overheden. De bestemming van de zaak en de gebruiksbeperkingen die aan de erfpachter zijn opgelegd blijken uit de vestigingsakte, de doelstelling van uitgifte niet.

1.1.2 Indelingen

Toepassingen van het recht van erfpacht kunnen op verschillende manieren worden onderscheiden, zoals naar de persoon van de erfverpachter, naar de door de erfverpachter gehanteerde doelstelling van uitgifte, naar de bestemming van de onroerende zaak en/of naar het gebruik door de erfpachter. In de literatuur wordt een hoofdonderscheid gemaakt naar stedelijke en groene erfpacht.[15] Met stedelijke erfpacht wordt gedoeld op uitgifte van grond in stedelijke gebieden, over het algemeen door gemeenten, in het kader van beleid op het gebied van ruimtelijke ordening en stedenbouw. Met groene erfpacht wordt gedoeld op uitgifte van

11 De gemeente Amsterdam kent bijvoorbeeld naast de algemene erfpachtbepalingen die gelden voor erfpachtrechten met een woonbestemming, afzonderlijk algemene bepalingen voor erfpacht van gronden met bestemming industrie, voor havengebieden en voor erfpachtuitgiftes aan woningcorporaties.

12 De casus van het arrest HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, *NJ* 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*).

13 Art. 3.1 Wro bepaalt dat de gemeenteraad bestemmingsplannen opstelt voor het gehele grondgebied van de gemeente en daarbij regels geeft die in elk geval betreffen het gebruik van de grond en van de zich daar bevindende bouwwerken. Bestemmingsplannen kunnen globaal of gedetailleerd de bestemming van gronden aangeven.

14 Art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 jo.°3:89 lid 1 BW jo. art. 24 Kadw.

15 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/212 noemt stedelijke erfpacht de belangrijkste vorm van erfpacht. Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 474-475.

grond in landelijke gebieden, door een scala aan particuliere en publieke grondeigenaren en met verschillende doelstellingen.[16] Als andere toepassingen worden genoemd de uitgifte van gronden met een openbare bestemming en andere uitgiftes door overheden zoals de Rijksoverheid of waterschappen, particuliere erfpacht en agrarische erfpacht.[17] Rank-Berenschot onderscheidt vier soorten erfpacht afhankelijk van het doel van uitgifte.[18] De Jong & Ploeger geven aan dat het recht van erfpacht breed wordt toegepast door een grote variëteit aan gebruikers en voor verschillende doeleinden.[19] Ook Vonck deelt de verschillende toepassingen van erfpacht in naar de persoon van de erfverpachter.[20] Elke indeling van erfpachttoepassingen is arbitrair en noodzakelijk gegrond op de praktijk omdat aan de wet geen indeling in soorten toepassingen te ontlenen valt.[21] De wet biedt erfverpachters veel vrijheid om gebruiksrechten op grond te vestigen, ongeacht bestemming en gebruiksbeperkingen. In de twintigste eeuw heeft de stedelijke erfpacht zich ontwikkeld tot een belangrijke toepassing en is het BW daar ook op aangepast, maar over vijftig jaar kan het landschap er weer heel anders uitzien. Ik houd de indeling naar bestemming van de grond aan omdat ik denk dat het besluit tot uitgifte in erfpacht wordt voorafgegaan door een besluit van de grondeigenaar om de van oudsher bestaande bestemming van zijn percelen te handhaven of te wijzigen. Vervolgens komt het besluit om vanwege een bepaalde doelstelling percelen al dan niet in erfpacht uit te geven waarbij de bestemming en de doelstelling bepalend zijn voor de omvang van het gebruiksrecht en de inrichting van de erfpachtvoorwaarden.

1.1.3 Agrarische erfpacht

In de agrarische sector komt uitgifte in erfpacht van landbouwgrond en grond onder gebouwen voor als financieringsconstructie en vormt dan een alternatief voor grondaankoop of pacht.[22] Agrarische erfpacht betreft een specifieke vorm van erfpacht met bestemming bedrijvigheid. De wettelijke regeling staat de toe-

---

16 Zie De Koe 2011 voor een uitvoerig overzicht van erfverpachters en doelstellingen van uitgifte in erfpacht in landelijke gebieden.

17 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/213.

18 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 561. De vier toepassingen zijn: stedelijke erfpacht, industriële erfpacht, agrarische erfpacht en recreatie erfpacht. De Vries & Pleysier 2002, p. 10-27 onderscheiden dezelfde vier toepassingen.

19 De Jong & Ploeger 2008, p. 4 geven een opsomming van acht verschillende erfverpachters met ieder hun eigen doelstellingen van uitgifte, aangevuld met erfpacht als bijzondere financieringsvorm, waarna op p. 5-6 nader wordt ingegaan op de stedelijke erfpacht. Ploeger & Wolff 2014, p. 182 onderscheiden vijf vormen: stedelijke erfpacht, agrarische erfpacht, industriële/commerciële erfpacht, groene erfpacht en particuliere erfpacht, en vermelden terecht dat de waarde van elke typologie beperkt is tot een overzicht van verschillende soorten praktijksituaties.

20 Vonck 2013, p. 7-67 behandelt als moderne functies van erfpacht achtereenvolgens uitgifte door de gemeentelijke overheid, natuurbeschermingsorganisaties, de Rijksoverheid, woningcorporaties en beleggers in onroerend goed, aangevuld met een bespreking van uitgifte met het oog op parkmanagement.

21 Ook het OBW schreef geen toepassingen voor, zoals bijvoorbeeld gememoreerd in Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W*. 5834 (*College kerkvoogden der Nederduitsche Hervormde gemeente te Scharnegoutum/Christelijk Gereformeerde gemeente te Scharnegoutum*), p. 3 linkerkolom: '(…) omdat al moge in overoude tijden verbetering van den grond het doel van het uitgeven van grond in erfpacht geweest zijn, dit niet meer geldt voor ons recht, daar toch in onze tegenwoordige wetgeving het erfpachtsrecht geheel zelfstandig is geregeld en daarin geen spoor te vinden is van eenig doel, waarmede zoodanig recht zou kunnen of moeten worden gevestigd.'

22 Zie voor meer informatie over agrarische erfpacht De Koe 2011 en Snijders 1995. De bekendste constructie is die van de stichting Fagoed, opgericht door landbouworganisaties en de toenmalige Heidemij. Fagoed hanteert een vorm van financieringserfpacht voor de agrarische sector als tussenvorm tussen pacht en eigendom door de grond aan te kopen van de agrariër zelf of van derden en deze in erfpacht uit te geven tegen een geïndexeerde canon en met een periodiek terugkoopprecht.

passing van erfpacht als financieringsconstructie voor agrarische doeleinden niet in de weg, mits rekening wordt gehouden met de bepalingen van het pachtrecht.[23] De erfverpachters in deze sector zijn met name grote institutionele beleggers. Het exploiteren van landbouwgrond is geen kerntaak van de Staat, maar bij grootschalige ontginningen uit het verleden die op kosten van de Staat werden uitgevoerd kon dat tijdelijk anders zijn. Na de drooglegging van de voormalige Zuiderzee werd de nieuwe landbouwgrond in de IJsselmeerpolders onder meer in erfpacht uitgegeven, om controle te houden over het gebruik van het nieuwe land en om via de canon de investering terug te verdienen.[24] Er bestaan nog een aflopend aantal agrarische erfpachtcontracten met de Staat als erfverpachter.

1.1.4 Erfpacht op grond met bestemming bedrijvigheid

Grond met de bestemming bedrijvigheid wordt gebruikt voor kantoren, detailhandel en winkelcentra, bedrijventerreinen, industrieterreinen, havens en alle overige bedrijvigheid die niet agrarisch is. Een bijzonder geval betreft de uitgifte door de Rijksoverheid van grond langs snelwegen voor verkooppunten van brandstoffen voor motorrijtuigen.[25] In het verleden heeft de Staat regelmatig woeste gronden zoals duinen in erfpacht uitgegeven met de opdracht aan de erfpachter om een voorziening zoals een waterleiding te realiseren.[26] De huidige toepassing van het recht van erfpacht voor de bestemming bedrijvigheid is met name een financieringsvraagstuk en de erfverpachters zijn meestal gemeenten. Door middel van de uitgiftevoorwaarden kunnen gemeenten als erfverpachter tot in detail regels stellen over het gebruik van de grond, de canon levert inkomsten op en door gunstige voorwaarden te stellen kunnen de lokale bedrijvigheid en werkgelegenheid worden gestimuleerd. Erfpacht fungeert op deze wijze als bestuursinstrument om doelen van gemeentelijk beleid op het gebied van huisvesting, economie, ruimtelijke ordening en milieu te realiseren.[27] De bemoeienis van gemeenten met grond voor stadsuitbreiding kent een lange geschiedenis.[28] Eind negentiende eeuw kwam in het kader van de urbanisatie een stelsel voor stedelijke erfpacht tot ontwikkeling, ook voor de bestemming bedrijvigheid, eerst in

23 Agrarische erfpachtrechten worden uitgegeven voor bepaalde duur, met een minimumduur van 26 jaar in verband met de dwingendrechtelijke werking van art. 7:399d BW dat bepaalt dat op erfpachtrechten op landbouwgrond van onbepaalde duur of met een duur korter dan 25 jaar de pachtregels van overeenkomstige toepassing zijn.

24 Vonck 2013, p. 19-22 beschrijft de redenen voor uitgifte in plaats van verkoop, onder verwijzing naar het rapport van de Commissie Vissering uit 1930. Inmiddels is de meeste grond verkocht.

25 Deze uitgifte is geregeld in een afzonderlijke wet, de Benzinewet. Jaarlijks veilt het Rijksvastgoedbedrijf (RVB) de huur- en erfpachtrechten van een aantal locaties, met als doel de marktwerking te stimuleren. Er gelden afzonderlijke algemene erfpachtvoorwaarden. Zie hierover Vonck 2013, p. 23-24.

26 *Kamerstukken II* 1869/70, 135, 1-2. Ontwerp van wet tot bekrachtiging der uitgifte in erfpacht voor 99 jaren aan D. Dronkers te Middelburg van duinen en vroonen, enz. in het noorden van Walcheren. De aangehechte overeenkomst van 16 maart 1870 werd gesloten onder de ontbindende voorwaarde van art. 3: "De uitgifte vervalt wanneer niet binnen drie en een half (3 1/2) jaar na de in art. 1 bedoelde bekrachtiging door den erfpachter, overeenkomstig de bepalingen der hem te verleenen concessie, eene drinkwaterleiding naar Middelburg en Vlissingen is aangelegd." Dronkers slaagde hier niet in, waarna de grond werd verkocht aan de gemeente Middelburg, vgl. *Kamerstukken II* 1889/90, 153, 3-4.

27 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 561.

28 De Jong 1984a, p. 9-11. Met name onder de Republiek, in de 16e en 17e eeuw, was er veel activiteit op dit gebied, samenhangend met de economische groei van die tijd.

Amsterdam en Den Haag en later ook in andere gemeenten.[29] Deze vorm van overheidsbemoeienis met de bestemming, de inrichting en het beheer van grond, in het kader van ruimtelijke ordening nam in de jaren tachtig met de economische crisis weer af[30] en wordt de laatste jaren primair als financieringsinstrument toegepast.[31] Een klein aantal grote gemeenten in de Randstad geeft grond met bestemming bedrijvigheid uitsluitend of in de regel uit in erfpacht en heeft daarvoor beleid vastgesteld en algemene erfpachtvoorwaarden opgesteld die op alle uitgiftes van toepassing worden verklaard. Gemeenten zonder stelsel van stedelijke erfpacht hanteren erfpacht als maatwerk-instrument voor gebiedsontwikkeling en herstructurering.[32] Gemeenten voeren soms een actief grondbeleid of beperken zich tot het faciliteren van ontwikkeling door private partijen en als tussenvorm zijn diverse varianten van publiek-private samenwerking mogelijk. Zo wordt voor de ontwikkeling en het beheer van industrieterreinen en havens ook wel een gemeenschappelijke regeling opgericht die grond in huur of erfpacht uitgeeft. Het voordeel van erfpacht voor de uitgifte van grond met de bestemming kantoren of bedrijventerrein bestaat uit de lagere financieringslasten.[33] De erfpachtconstructie kan fungeren als een tussenstap naar eigendom indien er een recht op koop van de bloot eigendom aan is verbonden. Enige voorbeelden van bedrijfsmatige uitgiftes zijn de ontginning van de Tweede Maasvlakte,[34] de aankoop van grond onder het plaatselijke voetbalstadion door de gemeente gevolgd door uitgifte van die grond in erfpacht aan de sportvereniging,[35] het stimuleren van de lokale economie door een provincie[36] en de herontwikkeling van bedrijventerreinen door een gemeente.[37] In de ondernemingsrechtpraktijk werd de zogenoemde erfpachtlease toegepast voor vastgoedbeheer, om zekerheid te creëren

29 De Jong 1984a, p. 80-93 geeft de resultaten weer van een veldonderzoek naar de inzet van het instrument uitgifte in erfpacht in de jaren zeventig bij gemeenten met meer dan 25.000 inwoners. Over de bestemming bedrijvigheid, p. 90: "Grond voor *bedrijfs*- in het bijzonder *industriële en handelsdoeleinden* wordt veel in erfpacht uitgegeven, doch meestal wordt hierin aan de gegadigde grote keuzevrijheid gelaten." Nadruk in origineel.

30 De Jong, Pluijmers & Wolff 1995.

31 Huijgen & Rijpert 2011 signaleren enerzijds een afname van stelselmatige stedelijke erfpacht door conversie naar eigendom, en anderzijds een toename van incidentele uitgifte van grond in erfpacht door gemeenten om de lokale woningmarkt of de lokale economie te stimuleren.

32 Zie hierover nader Mertens 2011 en Mertens 2012.

33 Ten Have, Celik & Vroom 2016. Vergelijkbaar Van der Heijden e.a. 2016.

34 De bodem van de territoriale zee is eigendom van de Staat, zoals vastgelegd in art. 5:25 BW en dat geldt op grond van art. 5:29 BW eveneens voor het nieuw te creëren land. Op grond van art. 2 Wet beheer Rijkswaterstaatwerken verleende de Staat aan het Havenbedrijf Rotterdam een vergunning om voor eigen rekening en risico tweeduizend hectare haven- en industrieterrein in de Noordzee aan te leggen. De zeebodem van het plangebied werd door het Rijk in erfpacht uitgegeven aan de gemeente Rotterdam waarna de gemeente de tweede Maasvlakte om niet en voor onbepaalde duur in ondererfpacht uitgaf aan het Havenbedrijf, tegen dezelfde condities als die van het bestaande havengebied. Anders dan bij de ontginning van de IJsselmeerpolders lag het exploitatierisico van de Tweede Maasvlakte niet meer bij de Staat, maar bij het Havenbedrijf Rotterdam.

35 Van Oostrom-Streep & Bartels 2012, p. 15 noemen dit een onvervalste sale-and-lease-back-constructie. De Europese Commissie heeft bij Besluit (EU) 2016/1849 van de Commissie van 4 juli 2016 betreffende maatregel SA.41613 — 2015/C (ex SA.33584 — 2013/C (ex 2011/NN)) door Nederland ten uitvoer gelegd met betrekking tot de profvoetbalclub PSV in Eindhoven, beslist dat er bij deze uitgifte geen sprake was van verboden staatssteun omdat de gemeente had 'gehandeld zoals een hypothetische particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie had kunnen doen'. De uitgifte geschiedde tegen een canon die even hoog was als de rente op de lening die de gemeente voor de aankoop had afgesloten.

36 *Statenvoorstel erfpachtkader* (No. G-17-046), Maastricht: Gedeputeerde Staten van Limburg 2017. Een evaluatie van de pilot is opgenomen als Bijlage 1. Nieuwsbericht € 100 voor erfpacht in Limburg: <www.limburg.nl/actueel/nieuws/nieuwsberichten/2017/november/100-miljoen-erfpacht/>, geraadpleegd op 4 juli 2018.

37 *Beleidsnota Expiratie bedrijfsmatige erfpachtrechten en de samenhang met herstructurering*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2008, waarin opgenomen de voorwaarde voor verlenging van aflopende tijdelijke erfpachtrechten dat het voortgezet gebruik zou passen binnen de herstructureringsvisie van de gemeente, en *Kadernota Grond 2015*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2015, waarin de criteria per bedrijventerrein werden uitgewerkt in de vorm van een profiel. De gebruiksvoorschriften maken onderdeel uit van de erfpachtvoorwaarden.

en uit fiscale motieven, maar deze variant is sinds het wegvallen van het belastingvoordeel op zijn retour.[38]

1.1.5 Erfpacht op grond met bestemming wonen

Erfpacht is het meest bekend van de toepassing wonen. Uitgifte in erfpacht van grond met een woonbestemming komt relatief veel voor en allerlei soorten grondeigenaren maken er gebruik van. Naast gemeenten zijn dit andere overheidsorganisaties zoals waterschappen en natuurbeheerders die incidenteel woningen in natuurgebieden in erfpacht uitgeven, maar ook particulieren en rechtspersonen. Woningcorporaties nemen een bijzondere positie in en kunnen zowel erfverpachter als erfpachter zijn. Er moet onderscheid gemaakt worden tussen grondeigenaren die veel en stelselmatig grond voor woningbouw in erfpacht uitgeven en grondeigenaren die incidenteel grond met woonbestemming in erfpacht uitgeven. Dit laatste wordt regel, de stelselmatige uitgifte neemt af. Tegenwoordig zijn nieuwe uitgiftes voornamelijk incidenteel en/of dienen zij als financieringsinstrument.

Een aantal grote gemeenten heeft in de twintigste eeuw voor een kortere of langere periode alle gemeentegrond die bestemd was voor woningbouw stelselmatig in erfpacht uitgegeven op grond van door de raad vastgesteld beleid. Tegenwoordig hanteert alleen de gemeente Amsterdam nog een erfpachtstelsel voor alle gemeentegrond terwijl in andere gemeenten geen erfpacht wordt toegepast of een gedifferentieerd beleid wordt gehanteerd waarbij stelselmatige erfpacht is beperkt tot stadsvernieuwingsgebieden en/of bepaalde bestemmingen en bestaat keuzevrijheid bij nieuwe gronduitgiftes. Bestaande stelsels worden geleidelijk opgeheven door de bloot eigendom van de grond aan de zittende erfpachters te koop aan te bieden.[39] De betekenis van canoninkomsten neemt af, erfpacht is tegenwoordig vooral een sturingsinstrument, een vorm van maatwerk waarmee het grondgebruik meer in detail geregeld kan worden dan met behulp van publiekrechtelijke regelingen mogelijk is, bijvoorbeeld ten behoeve van herstructurering.[40] Erfpacht wordt voor woonbestemmingen ook gebruikt als instrument voor de financiering van de grond en/of de woning, met als doel het stimuleren van de lokale woningmarkt en eigenwoningbezit voor starters. Per november 2012 stonden in de kadastrale registratie 145.000 erfpachtcontracten bij gemeenten geregistreerd, waarvan 93.000 van particuliere woningeigenaren, 40.500 van wo-

38 Zie Visser 2009, De Vries 2009, Nijkamp 2015 en Rozendal 2015. Bovendien konden financiers niet altijd met de constructie instemmen zoals bleek uit Rb. Arnhem (vzr) 1 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT2580 (*Roma/Reparco*), r.o. 2.12.

39 Companen 2013 beschrijft deze zogenoemde conversie van erfpacht naar eigendom voor grond met de bestemming wonen, een onderzoek uitgevoerd op verzoek van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Zie Bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 27924, 57. Het onderzoek sloot aan bij de selectie van gemeenten van Nelisse 2008 en vormde er qua gegevens een actualisatie van. De conclusie luidt dat lokale omstandigheden bepalend zijn voor de vraag of erfpacht een waardevol instrument is.

40 De gemeente Utrecht achtte in 2015 erfpacht niet langer nodig en besloot bij raadsbesluit van 29 januari 2015 nieuwe percelen alleen nog in eigendom uit te geven en bij raadsbesluit van 26 november 2015 houders van bestaande erfpachtrechten de mogelijkheid te bieden de bloot eigendom te kopen, met als voornaamste argument: “Voor woongebieden biedt erfpacht niet of nauwelijks meer gemeentelijke sturingsmogelijkheden op het gebruik van de grond, met uitzondering van het gebruik ten behoeve van sociale woningbouw.”

ningcorporaties en 11.500 van andere partijen.[41] Erfpachters zijn voor het grootste deel particuliere woningbezitters die de woning zelf bewonen en voor een klein deel woningcorporaties die woningen verhuren of in ondererfpacht uitgeven.

Bij stelselmatige uitgifte stellen gemeenten algemene erfpachtvoorwaarden op die op alle individuele uitgiftes van toepassing worden verklaard. Kenmerkende erfpachtvoorwaarden bij woonbestemmingen zijn de onbepaalde duur van het recht, de mogelijkheid om de canon in één keer te voldoen voor de gehele duur van het recht of voor de duur van een tijdvak, de verplichting op de grond een woning te bouwen, de wettelijk verplichte opstalvergoeding bij beëindiging van het recht en de opzegging in het algemeen belang. Bij erfpacht als financieringsinstrument zijn daarentegen kenmerkend de bepaalde duur van het recht en de koopoptie voor de erfpachter en/of de terugkoopverplichting van de erfverpachter. Stedelijke erfpacht met een woonbestemming stuitte al vanaf de aanvang op verzet, met name bij stelselmatige uitgifte, en de laatste jaren hebben zich ook problemen voorgedaan met de financiering van particuliere erfpacht. Kritiekpunten vormen met name de onvoorzienbare lastenverzwaring als gevolg van herziening van de canon, tussentijds of bij verlenging of heruitgifte na het einde van een tijdelijk recht.

Enige voorbeelden van erfpachtgemeenten. De gemeente Amsterdam (ruim 811.000 inwoners) kent sinds 1896 een erfpachtstelsel gericht op controle over stadsuitbreiding en inkomsten voor de stad, maar heeft het beleid in 2016 gewijzigd waarbij de inkomstendoelstelling is vervallen. Bij aanvang van een nieuw recht wordt de keuze geboden tussen eenmalige afkoop van de canon of een jaarlijkse canonbetaling, die nog wel wordt geïndexeerd maar niet meer periodiek herzien. Canonherziening vindt alleen nog plaats bij bestemmingswijziging. Voor bestaande erfpachtrechten is in 2017 een overgangsregeling vastgesteld. De gemeente Amsterdam is monopolist op de lokale grondmarkt omdat zij gemeentegrond uitsluitend in erfpacht geeft en waar mogelijk grond bijkoopt, vooral in het kader van stadsvernieuwing. In 2012 was circa zeventig procent van het grondgebied van Amsterdam eigendom van de gemeente, waarvan ongeveer 3.500 ha in erfpacht was uitgegeven aan ongeveer 200.000 erfpachters. De grond in de stad die voor 1900 al bebouwd was is veelal particulier eigendom.[42] Er gelden verschillende algemene erfpachtvoorwaarden, afhankelijk van wanneer een recht gevestigd werd. De gemeente Utrecht (ruim 311.000 inwoners) heeft in 2015 het erfpachtstelsel afgeschaft en biedt de gemeentegrond sindsdien in eigendom aan. Zittende erfpachters kunnen de canon eeuwigdurend afkopen[43] en daarna eventueel de bloot eigendom van de grond kopen.[44] De gemeente Den Haag (ca. 500.000 inwoners) hanteert geen stelselmatige erfpachtuitgifte

41 Companen 2013, p. 4. Overigens noemde de minister in antwoord op Kamervragen een totaal aantal van 358.808 erfpachtcontracten (bedoeld zullen zijn erfpachtrechten), waarvan 242.463 erfpachtcontracten uitgegeven door gemeenten, zie het antwoord op vraag 3 Aanhangsel *Handelingen II* 2011/12, 3050. Beide bronnen baseren zich op gegevens van het Kadaster per 1 november 2011.

42 Jesterhoudt 2012, p. 7-8. Het aantal van 200.000 erfpachters betreft niet uitsluitend woningbezitters.

43 *Algemene voorwaarden voor de uitgifte van gronden in erfpacht van de gemeente Utrecht 1989* (AV 1989), Utrecht: Gemeente Utrecht 1989. Alleen bij wijziging van het gebruik of de bestemming moet de erfpachter de meerwaarde die ontstaat door waardestijging van de grond aan de gemeente afdragen.

44 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (raadsbesluit 26 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015.

meer en biedt de vele zittende erfpachters de bloot eigendom van de grond te koop aan. Omdat eerder de canon eeuwigdurend kon worden afgekocht is het animo voor grondaankoop gering. Veel erfpachters zien geen verschil tussen een eeuwigdurend gebruiksrecht zonder vergoeding en eigendom.[45] De gemeente Deurne (ruim 31.000 inwoners) kwam uit het onderzoek van De Jong naar voren als een gemeente die landbouwgrond in erfpacht uitgaf om greep te houden op de ontwikkeling van de intensieve veehouderij.[46] Ruim dertig jaar later koos deze gemeente opnieuw voor erfpacht, maar nu werd de voorheen actieve rol van de gemeente op de grondmarkt als een voor eigen risico ontwikkelende partij vervangen door een faciliterend grondbeleid waarbij de gemeente met behulp van de sturingsmogelijkheden uit de Wro gewenste ontwikkelingen in particuliere exploitaties ondersteunde.[47] Ten aanzien van mensen met een zwakke positie op de woningmarkt behoudt de gemeente een actieve rol, net als voor herontwikkeling van binnenstedelijke gebieden en bedrijventerreinen. Per gebied of project wordt de inbreng van de gemeente afgewogen, met sturing aan de hand van een gedifferentieerd grondprijsbeleid. De herziening van het grondbeleid in 2016 bevestigde de toepassing van erfpacht als instrument om de beleidsdoelen woningen voor starters en maatwerk op het gebied van bedrijfshuisvesting te realiseren.[48]

Voor gemeenten is erfpacht een sturingsinstrument dat met name gewicht krijgt in tijden van economische crisis om tegen lagere kosten dan bij verkoop nieuwe woningen of bedrijventerreinen te realiseren. Zodra de economie zich herstelt wordt de voorkeur gegeven aan verkoop van grond en blijft erfpacht beperkt tot financieringsinstrument op maat voor zwakke groepen zoals starters op de woningmarkt, bedrijfsruimte voor zzp'ers en om bouwprojecten op gewenste (herontwikkel)locaties te sturen.[49] Steeds meer gemeenten maken gebruik van erfpacht voor percelen met een woonfunctie, 62% in 2013 en 69% in 2016, maar het leeuwendeel van de uitgiftes vindt nog steeds plaats in de vier grote steden: 84% van de erfpachtuitgiften met een woonfunctie zijn te vinden in Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht. Voorbeelden van kleinere en middelgrote gemeenten met een sterke groei in woonpercelen uitgegeven in erfpacht zijn de gemeenten Westvoorne, Lingewaard, Enschede en Goes.[50] De markt voor gebiedsontwikkeling trok weliswaar aan, maar de aangescherpte regels voor de verstrekking van hypotheken veroorzaakten eveneens een toename van erfpacht. Een korte blik op de ontwikkelingen in de genoemde gemeenten toont de diversiteit van de toepassingen. De gemeente

45 *Nieuw Haags gronduitgiftesysteem* (voorstel van het college van 6 februari 2008, RIS 146023), Den Haag: Gemeente Den Haag 2008.

46 De Jong 1984a, p. 157, 164, 166 en 169.

47 *Nota Grondbeleid. Een nieuwe koers, op een andere manier* (raadsbesluit 1 oktober 2013), Deurne: Gemeente Deurne 2013. De gemeente Deurne had veel grond in eigendom en liep daarmee omvangrijke risico's.

48 *Nota Grond- en Vastgoedexploitaties 2016-2025*, Deurne: Gemeente Deurne 2016, p. 33: "De gemeente biedt omwille van de financierbaarheid van woningen en bedrijfshuisvesting erfpacht aan voor bedrijfskavels en woningbouwkavels met een beleidsmatige prioriteit (goedkope koopwoningen). Omdat grond niet wordt mee verkocht, betekent dit dat woningen beschikbaar komen voor een grotere doelgroep. Eenvoud en zekerheid zijn belangrijke voorwaarden waar een erfpachtovereenkomst aan moet voldoen. Behalve voor de consument zijn er ook voordelen voor de ontwikkelaar. De ontwikkelaar hoeft de grondwaarde namelijk niet voor te financieren."

49 Deloitte berekende dat tussen 2013 en 2016 vijf procent meer percelen met een woonfunctie in erfpacht waren uitgegeven dan daarvoor, zie Ten Have, Celik & Vroom 2016, p. 2-3: "Dit houdt in dat van 2013 tot 2016 bijna 28.000 woningen zijn uitgegeven in erfpacht, dit is ca. 10% van het totaal aantal nieuwbouwwoningen in die periode. (…) In totaal zijn per 2016 bijna 200.000 percelen in erfpacht uitgegeven. Dit komt neer op iets meer dan 650.000 woningen op erfpachtgrond."

50 Ten Have, Celik & Vroom 2016, p. 5.

Westvoorne voert een actief grondbeleid en geeft grond in beginsel uit in eigendom, tenzij om strategische en/of maatschappelijke redenen voor uitgifte in erfpacht wordt gekozen.[51] Ook de gemeente Lingewaard hanteert geen erfpachtstelsel en geeft grond in beginsel in eigendom uit.[52] Voor de gemeente Enschede vormen eigendom en beheer van vastgoed geen kerntaak, maar wordt erfpacht toegepast als een van de instrumenten om bedrijven die zich in de stad willen vestigen bij veranderende marktomstandigheden tegemoet te komen.[53] De gemeente Goes ten slotte voert een actief strategisch grondbeleid en heeft een erfpachtregeling opgesteld voor nieuwbouwprojecten voor woningen en bedrijven, als tijdelijk middel om de woningmarkt vlot te trekken.[54] De ontwikkeling van erfpacht bij gemeenten gaat in de richting van minder stelselmatige toepassing en meer maatwerk ten behoeve van concrete beleidsdoelen.

Woningcorporaties zijn verenigingen en stichtingen die uitsluitend werkzaam zijn op het gebied van de volkshuisvesting, met als taak het 'huisvesten of doen huisvesten van personen die door hun inkomen of door andere omstandigheden moeilijkheden ondervinden bij het vinden van hun passende huisvesting.'[55] Bij het bouwen, verhuren en verkopen van woningen kunnen corporaties op verschillende manieren met erfpacht te maken krijgen. In het verleden kozen gemeenten soms expliciet voor een erfpachtstelsel om de bouw van woningen voor mensen met lage inkomens te bevorderen door de gemeentegrond uit te geven aan een woningcorporatie die daarop woningen bouwde en deze ging verhuren.[56] In andere gemeenten waren de corporaties zelf grondeigenaar. Vanaf het midden van de jaren zeventig experimenteerden corporaties met overdracht van woningen aan huurders voor een gunstige prijs en onder stringente voorwaarden, met als doel de bevordering van het eigen woningbezit en ontstond in Rotterdam de vorm die *maatschappelijk gebonden eigendom* (MGE) werd genoemd. Hierbij

51 *Nota Grondbeleid 2009-2013*, Westvoorne: Gemeente Westvoorne 2009, p. 18. Dit beleid geldt nog steeds, zo blijkt uit de Begroting 2017, p. 78 en Begroting 2018, p. 74. Voorbeelden van de uitzonderingen waarvoor wel erfpacht wordt toegepast zijn de uitgifte van grond voor sportaccommodaties of voor starterswoningen met behulp van de Koopgarant-regeling. Gemeentegrond met een woonfunctie in duingebieden wordt om strategische redenen in erfpacht en niet in eigendom uitgegeven.

52 *Nota Grondbeleid 2013*, Lingewaarde: Gemeente Lingewaard 2013 p. 43: "Uitgangspunt is uitgifte van de grond in eigendom, maar indien uitgifte van de grond in erfpacht ertoe kan bijdragen dat terreinen niet braak blijven liggen, bedrijven zich toch vestigen en de gemeente er bovendien financieel niet op achteruit gaat is ook uitgifte in erfpacht een mogelijkheid." Uit de begroting 2018 blijkt dat de gemeente Lingewaard erfpacht vooral inzet als instrument voor de uitbreiding en verbetering van vestigingsmogelijkheden voor bedrijven, *Begroting 2018*, par. 7 Grondbeleid, programma 3 bedrijvigheid.

53 *Grondprijsbeleid 2013* (Raadsvoorstel), Enschede: Gemeente Enschede 2013, p. 2: "Afgezien van een stimulans in de uitgifte, vraagt ook de markt om meer maatwerk. De afnemer is kritischer en veelal minder kredietwaardig. Om de investeringen en werkgelegenheid te blijven stimuleren zal meer openheid en meer maatwerk een bijdrage kunnen leveren. In bepaalde situaties zoals onderscheidende duurzaamheidsmaatregelen, social return on investment, verkoop van reststroken of minder courante kavels kan de afnemer tegemoet gekomen worden. Daarbij kan gedacht worden aan een tegemoetkoming in de grondprijs, inzet van erfpacht, reserveringstermijnen, moment van afname e.d. We hebben de afgelopen jaren al een aantal praktijkervaringen opgedaan."

54 *Programmabegroting 2018*, Goes: Gemeente Goes 2018, p. 68 (hoofdstuk grondbeleid). De erfpachtvoorwaarden van de eeuwigdurende rechten omvatten een grondprijs die gedurende de uitgifte gelijk blijft, een jaarlijks geïndexeerde canon en een koopoptie op het bloot eigendom tegen de oorspronkelijke grondwaarde, bron: <www.goes.nl/in-de-gemeente/bouwkavels_44196/>, geraadpleegd 25 november 2017. Vgl. ook *NRC Handelsblad* 26 april 2017, 'Goes is wel blij met erfpacht'.

55 Respectievelijk art. 19 Woningwet en art. 47 lid 1 sub a Woningwet.

56 Nelisse 2008, p. 70 en 76: de gemeente Rotterdam voerde in 1916 een erfpachtstelsel in voor uitgifte van grond aan woningbouwverenigingen, Leiden deed hetzelfde in 1933 en Den Bosch in 1959. Zie ook Vonck 2013, p. 16. De gemeente Amsterdam stelde voor de uitgifte aan woningcorporaties afzonderlijke algemene erfpachtvoorwaarden op.

werd de woning door de corporatie verkocht aan de huurder en werd voor het gebruik van de grond een erfpachtrecht gevestigd zodat de voormalige huurder erfpachter van de grond werd waardoor voor de aankoop minder financiering nodig was dan voor een woning op eigen grond. Sindsdien zijn ook andere vormen van koopstimulering ontwikkeld en veelal spelen erfpachtrechten daarin een rol.[57] De wetgever heeft deze verkoop onder voorwaarden willen ondersteunen.[58] Corporaties kunnen zelf de koopvorm en de bijbehorende voorwaarden kiezen en er zijn in de loop der tijd verschillende tussenvormen tussen huur en koop ontstaan. Uit onderzoek naar koopstarters op de woningmarkt blijkt dat de instrumenten Koopgarant en Starterslening het meest effectief zijn.[59] Koopgarant is een koopstimuleringsinstrument dat in licentie wordt uitgegeven aan woningcorporaties en ontwikkelaars, die het vervolgens aanbieden aan kopers van woningen. De koper koopt alleen de woning, voor het gebruik van de grond wordt een erfpachtrecht gevestigd. De corporatie verplicht zich de woning en het erfpachtrecht weer terug te kopen wanneer de koper wil verhuizen onder afrekening van de waardeontwikkeling van de woning volgens een vooraf bepaalde methode. Het erfpachtrecht wordt voor onbepaalde duur gevestigd, de canon wordt in één keer afgekocht (en maakt deel uit van de koopprijs) en bij terugkoop gaat het recht teniet door vermenging.

Waterschappen zijn openbare lichamen op grond van art. 133 Gw die tot doel hebben de waterstaatkundige verzorging van een bepaald gebied.[60] Waterschappen zijn van oudsher grondbezitters, onder meer van de dijken die zij aanlegden rond de drooggelegde polders. Dijkgronden hadden een strategische betekenis voor het waterbeheer waardoor zij niet verkocht konden worden, wel konden percelen dijkgrond worden uitgegeven aan dijkbewoners in 'gebruikseigendom tot wederopzegging', een bekende vorm van grondgebruik onder het oudvaderlands recht.[61] Na de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 (OBW) werden dijkgronden in erfpacht of in opstal uitgegeven.[62] Deze rechten hebben de afgelopen jaren aanleiding gegeven tot rechtszaken over onder meer de bevoegd-

57 Vonck 2013, p. 24-39 behandelt twee varianten van deze constructies met de corporatie als erfverpachter. Zie over MGE uitvoerig Venema 1984a, Venema 1984b en De Vries-Kalff 1986.

58 Art. 27 lid 1 sub a Woningwet 2015 jo. art. 22-26a Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015. Art. 23 van het Besluit bepaalt dat een corporatie een woongelegenheid mag verkopen aan de zittende huurder voor eigen gebruik 'tegen een prijs van minder dan 90% van de getaxeerde marktwaarde vrij van huur en gebruik of de WOZ-waarde' (lid 1) of 'tegen een prijs van ten minste 75% van de getaxeerde marktwaarde vrij van huur en gebruik of de WOZ-waarde' mits de huurder een bepaald maximum inkomen heeft (lid 2). Een van de aanvullende regels luidt dat de huurder de woning niet binnen tien jaar mag doorverkopen.

59 Companen 2012, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 31757, 47 (Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van 1 oktober 2012).

60 Art. 1 lid 1 Waterschapswet.

61 Ketelaar 1978, p. 14 en p. 136-144 en De Blécourt & Fischer 1969, p. 94-96 en 175-179. Dijken werden beschouwd als zaken die niet in de handel waren in de zin van art. 593 OBW en aan de Staat behoorden, of aan publieke lichamen die de zaak namens de Staat beheerden, zoals dijkscollegiën en dergelijke, Voorduin 1837, deel III, p. 354.

62 Asser/Beekhuis 1977, p. 205, De Jong & Ploeger 2008, p. 4, Van Velten 2009, p. 468-469.

heden van de waterschappen als grondeigenaar.[63] In deze zaken is ook gediscussieerd over de vraag of waterschapserfpacht een eigen karakter heeft.

1.1.6 Erfpacht op grond met bestemming natuur en recreatie

Gronden die in erfpacht worden uitgegeven met de bestemming natuur en recreatie liggen meestal in of aan de rand van natuurgebieden. De grondeigenaar is veelal ook eigenaar van het omliggende natuurgebied en natuurbeheer gaat in deze gebieden meestal boven recreatie. Recreatie vindt dan plaats op plaatsen waar dat mogelijk is zonder de kwaliteit van de natuur aan te tasten en wordt vanwege de natuurdoelstellingen aan extra beperkingen verbonden. Daarom wordt in deze sector op grote schaal erfpacht toegepast.[64] De erfverpachters bij deze bestemming zijn de Staat,[65] natuurbeschermingsorganisaties en particulieren. De Staat is als grondeigenaar betrokken bij grote projecten gericht op natuurbehoud, zoals de ontwikkeling van de Markerwadden.[66] De exploitatie van gronden wordt aan de markt overgelaten, maar via de erfpachtvoorwaarden behoudt de overheid controle op het gebruik van de grond. Ook lagere overheden zoals gemeenten of recreatieschappen[67] geven grond uit in erfpacht in de recreatieve sfeer.[68] Natuurbeschermingsorganisaties zoals Natuurmonumenten en de provinciale landschappen hebben ook eigen grond in bezit waarvan zij soms percelen in erfpacht uitgeven, met daarop gebouwen zoals voormalige boswachters-

---

63 Bijvoorbeeld HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *TBR* 2010/93, m.nt. F.J. Vonck (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*) en HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0871 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*). Zie ook Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943 (*Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*) en Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789 (*Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier/Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier c.s.*). En daarnaast Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*) en HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*).

64 Vonck 2013, p. 17-18 bespreekt de uitgifte van grond in erfpacht door natuurbeschermingsorganisaties, die ook wel 'groene erfpacht' wordt genoemd. Het gaat hierbij om gronden die geschikt zijn voor particulier gebruik, gelegen in gebieden met een landschappelijk bijzondere betekenis, die niet verkocht worden, die de erfverpachter niet direct zelf nodig heeft en die met behulp van erfpacht rendabel kunnen worden gemaakt.

65 Namens de Staat treedt voor natuurgebieden veelal de verzelfstandigde dienst Staatsbosbeheer op en voor strategische gronden het Rijksvastgoedbedrijf of Rijkswaterstaat. De wettelijke taak van Staatsbosbeheer als natuurbeheerder berust op art. 3 Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer. Zie ook De Jong 2009, p. 25-26 voor gegevens over Staatsbosbeheer als erfverpachter.

66 Het Rijksvastgoedbedrijf heeft namens de Staat het gebied in erfpacht uitgegeven aan onder meer de Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland die de eerste fase van het natuurontwikkelingsproject met een aantal samenwerkingspartners uitvoert, zie onder meer *Stcrt*. 17 september 2013, nr. 25889 en <www.rijkswaterstaat.nl/zakelijk/innovatie-en-duurzame-leefomgeving/innovatie/waterinnovaties/kennis-en-innovatieprogramma-marker-wadden.aspx>, geraadpleegd op 5 juli 2018. Deze vorm van uitgifte sluit nog nauw aan bij de klassieke ontginning van gronden.

67 Een recreatieschap is een samenwerkingsverband tussen gemeenten en provincies conform art. 106 van de Wet gemeenschappelijke regelingen met als doel het ontwikkelen, beheren en exploiteren van voorzieningen voor openluchtrecreatie buiten de bebouwde kom. Voorbeelden zijn: (zwem)plassen, picknickplaatsen, fiets- en wandelpaden en kanoroutes. Het gaat hierbij om basisvoorzieningen die openbaar zijn en (meestal) gratis toegankelijk. Naast de recreatieve doelstellingen hebben de meeste recreatieschappen in de doelstelling ook beschreven het behartigen van natuur- en landschapsbelangen. Met het beheer dragen deelnemende gemeenten ook het eigendom en bevoegdheden over aan het recreatieschap.

68 De Vries & Pleysier 2002, p. 22 noemen als voorbeeld het Paterswoldse meer dat was ontstaan door de ontginning van laagveen door het Meerschap Paterswolde, een gemeenschappelijke regeling van de gemeenten Haren, Groningen en Tynaarlo, ingesteld voor het beheer van een aantal recreatie- en natuurgebieden. Het Meerschap heeft terreinen in erfpacht uitgegeven aan particulieren voor tweede woningen en aan Natuurmonumenten ten behoeve van natuurbeheer. Bron: <www.meerschap-paterswolde.nl>, geraadpleegd op 29 november 2013.

woningen of een verzameling vakantiewoningen in een park. Particuliere grondeigenaren beheren landgoederen en geven soms kleine gedeelten daarvan in erfpacht uit.[69] Particulieren geven soms ook een stuk grond in erfpacht uit aan een ontwikkelaar die een vakantiepark realiseert, voor de exploitatie een derde partij aantrekt en de woningen zelf in huur of in ondererfpacht uitgeeft aan gebruikers.[70] Ook de erfpachters vormen een diverse groep bestaande uit natuurbeschermingsorganisaties, ontwikkelmaatschappijen en particuliere eigenaren van recreatiewoningen. Natuurmonumenten is erfpachter van het Nationaal Park Schiermonnikoog met als taak het beheer van het natuurgebied.[71] Ontwikkelmaatschappijen krijgen veelal als erfpachter de opdracht een gebied voor een bepaalde bestemming geschikt te maken en de exploitatie op te zetten. Zij dragen daarna de rechten over aan eindgebruikers of geven percelen in ondererfpacht uit aan eindgebruikers. Daarnaast treden beheerstichtingen op als erfpachter van een complex recreatiewoningen die in ondererfpacht worden uitgegeven aan gebruikers. De stichting exploiteert het complex, legt voorzieningen aan, zorgt voor het onderhoud van de algemene gedeelten en geeft de percelen in ondererfpacht uit aan eindgebruikers die daarop een recreatiewoning bouwen.[72] Percelen grond in natuurgebieden worden ook direct aan particulieren in erfpacht uitgegeven.

De doelstelling van uitgifte van dit soort gronden door en aan overheidsorganisaties bestaat primair uit natuurbeheer en natuurbehoud. De erfverpachter wil greep houden op het gebruik van gronden in natuurgebieden en legt daartoe aan erfpachters extra beperkingen in de erfpachtvoorwaarden op. Het bevorderen van recreatie heeft daarnaast vaak tot doel de stimulering van de lokale economie. Particuliere erfverpachters gaat het primair om rendement, maar ook de overheid treedt op als marktpartij en geeft gronden uit die niet strategisch zijn, maar dat op termijn wel zouden kunnen worden en die in de tussentijd voor extra inkomsten kunnen zorgen. De natuurdoelstelling betreft onbebouwde bos- en natuurterreinen, uitgegeven aan natuurbeschermingsorganisaties of aan agrarische ondernemers als de natuurdoelstelling een vorm van agrarisch beheer vereist.[73] Ten behoeve van recreatie worden aan ondernemers allerlei gebouwen en werken in de

69 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/213.

70 De Vries & Pleysier 2002, p. 22. Zie ook De Jong & Ploeger 2008, p. 4.

71 Het Waddeneiland Schiermonnikoog is sinds 1989 aangewezen als nationaal park op grond van de Regeling aanwijzing nationale parken. Een nationaal park is een aaneengesloten natuurgebied van minimaal 1.000 hectare met bijzondere planten en dieren. De twintig nationale parken in Nederland vormen een onderdeel van de Ecologische Hoofdstructuur (EHS) en van de Natura 2000 gebieden. Het is 5.400 hectare groot en bestaat uit duinen en kwelders. Het eiland is eigendom van de Staat, wordt deels beheerd door Rijkswaterstaat ten behoeve van de zorg voor veiligheid en het onderhoud aan de dijken en duinen, en is ten behoeve van beheer in erfpacht uitgegeven aan Natuurmonumenten. Vanaf 2014 geeft het Rijk geen financiering meer voor de nationale parken.

72 Dit komt bijvoorbeeld voor op Vlieland, zie De Jong 2009, p. 29: "Bij de complexen op Vlieland waar sprake is van ondererfpacht (Duinkersoord & Vliepark, Ankerplaats), is op de door Staatsbosbeheer in erfpacht uitgegeven grond door de erfpachter (een Stichting) de benodigde infrastructuur (wegen, verlichting) aangelegd. De erfpachter heeft de grond, minus het deel van de grond bestemd voor de wegen op het complex, verkaveld en de kavels in ondererfpacht uitgegeven ten behoeve van de bouw van recreatiewoningen. De Stichting houdt als (hoofd)erfpachter de verantwoordelijkheid voor de wegen en andere infrastructuur die op het complex is aangelegd." Er kan ook een beheersvereniging zijn opgericht waar alle (onder)erfpachters verplicht lid van zijn, p. 34. Dan ontstaat wel de problematiek van de erfpachters die zich aan de onderhoudsverplichting kunnen onttrekken door hun lidmaatschap op te zeggen, vgl. Van Straaten 2008. Dezelfde problematiek speelt bij het onderhoud van gemeenschappelijke gedeelten van bedrijventerreinen.

73 De Koe 2011, p. 439.

recreatieve sector in erfpacht uitgegeven.[74] Aan particulieren worden woningen of recreatiewoningen in erfpacht uitgegeven. De uitgifte betreft veelal de grond, gecombineerd met een afhankelijk opstalrecht voor de gebouwen. Voor monumenten worden in de voorwaarden eventueel verplichtingen tot restauratie en onderhoud van bijvoorbeeld huizen op een landgoed opgenomen.[75] De erfpachtrechten zijn meestal van bepaalde duur omdat de erfverpachter de bestemming periodiek wil kunnen heroverwegen, en kennen relatief veel gebruiksbeperkingen, gedetailleerde onderhoudsbepalingen en de verplichting geen schade toe te brengen aan de omgeving.[76] De canon wordt op uiteenlopende wijzen vastgesteld en kan meestal niet worden afgekocht. Door de relatief korte duur vormt het einde van het recht veelal een belangrijk knelpunt bij de toepassing van erfpacht voor de bestemming natuur en recreatie. Omdat overheidsorganisaties vroeger een lage canon en tegenwoordig een marktconforme canon berekenen komen canonexplosies voor.

1.1.7 Samenvatting bestemmingen

Het beperkt recht van erfpacht wordt bijzonder breed toegepast in Nederland. Zowel overheden als particuliere grondeigenaren hanteren het instrument voor het realiseren van een diversiteit aan publieke en private doelstellingen. In opkomst is de financieringsconstructie met erfpacht voor de ontginning van nieuwe gronden of de herontwikkeling van bestaande gebieden. Grond vertegenwoordigt waarde en erfpacht is een manier om die waarde uit de grond te halen en aan te wenden voor het gebruik. In een enkel geval wordt nog een principiële keuze gemaakt voor het behoud van grondbezit, zoals de Staat ten aanzien van strategische gronden en het erfpachtstelsel van de gemeente Amsterdam, maar waar mogelijk gaan het gebruik en de financiering vóór op het recht van eigendom. De wettelijke regeling staat de toepassing van erfpacht als financieringsconstructie niet in de weg, of dat nu voor agrarische doeleinden is, voor de financiering van bedrijfsmatige toepassingen of als koopstimulering voor eigen woningen. De wet biedt voldoende vrijheid aan gemeenten om een erfpachtstelsel naar eigen wensen in te richten en staat ook natuurbeschermingsorganisaties niet in de weg bij het beperken van gebruiksrechten.

Bij vrijwel alle toepassingen is de erfverpachter een professionele organisatie die meer dan incidenteel grond in erfpacht uitgeeft en daar met het oog op een concrete doelstelling beleid en/of algemene erfpachtvoorwaarden voor heeft opgesteld. De erfpachters zijn in de meeste gevallen particulieren en voor hen geldt

74 De Koe 2011, p. 439 noemt als voorbeelden van watersport: jachthavens, zeilscholen, reparatiewerven en detailhandel voor de watersport; voorbeelden van verblijfsrecreatie zijn campings, bungalowparken, hotels, appartementencomplexen, groepsaccommodatie en kampeerboerderijen; voorbeelden van dagrecreatie: eet- en drinkgelegenheden, golfbanen, themaparken, speeltuinen, zwembaden, wellnesscentra, maneges, volkstuinen en dierentuinen.

75 De Koe 2011, p. 439 noemt als voorbeelden de huizen op het landgoed Haarzuilens bij Utrecht en op het landgoed Hemmen in de Betuwe. Natuurmonumenten is eigenaar van het landgoed rond kasteel De Haar, het kasteel zelf is eigendom van een stichting. Het landgoed Hemmen wordt beheerd door een stichting die de ca. 700 ha grond met boerderijen in erfpacht uitgeeft of verhuurt aan particulieren en bedrijven.

76 Vonck 2013, p. 17-18 en 155. De Koe 2011, p. 440 merkt op dat de erfpachtvoorwaarden bij groene erfpacht niet altijd voldoen aan de wet, aan de regeling over algemene voorwaarden of aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zodat ook niet altijd zeker is dat alle bedingen zakelijke werking hebben.

dat zij incidenteel met erfpacht te maken hebben en veelal geen invloed hebben op de bestemming van de grond en op de gebruiksbeperkingen die hen bij uitgifte worden opgelegd. Dit geldt ook voor bedrijfsmatige erfpachters, maar grote partijen hebben vermoedelijk enige onderhandelingsruimte. Uitzonderingen daargelaten is het de erfverpachter die bij uitgifte de begrenzingen van het gebruiksrecht van de erfpachter bepaalt.

1.2 Aanleiding voor het onderzoek

De neutrale kwalificatie van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter in de wet wordt doorgaans overgenomen in de rechtspraak en de literatuur. Uit de goederenrechtelijke rechtsverhouding volgt dat in de vestigingsakte overeengekomen bevoegdheden en verplichtingen naar de letter nagekomen dienen te worden.[77] In de literatuur is uit de neutrale wettekst afgeleid dat de rechtsverhouding gekenmerkt wordt door een evenwicht tussen de belangen van de erfverpachter en de erfpachter.[78] In contrast daarmee is het beeld van machtsonevenwicht bij erfpachtverhoudingen dat uit de media oprijst. Ik licht dit verschil tussen wet en praktijk toe met voorbeelden.

Soms wordt in rechterlijke uitspraken en de bespreking daarvan gewezen op de situatie in de praktijk of komen in tussenzinnen opmerkingen voor over de aard van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter waarin de verschillen in de onderlinge positie tot uitdrukking worden gebracht. Uit dat soort opmerkingen blijkt dat in de praktijk niet altijd sprake is van machtsevenwicht.[79] Ook de klassieke erfpacht met de functie ontginning bracht niet de voordelen voor beide partijen die daaraan werden toegeschreven.[80] In het algemeen dient gewaakt te

77 Voor enige voorbeelden uit vele van gebondenheid aan overeengekomen bevoegdheden zie: Rb. Middelburg 23 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0527 (*Stichting Renesse/erfpachter*), r.o. 4.3.2: "De Stichting [erfverpachter] heeft de herziene canon vastgesteld op de wijze zoals in art. 1 van de Erfpachtvoorwaarden is bepaald. In de contractuele verhouding met de erfpachters kon zij dat doen", Hof Den Bosch 21 september 2004, r.o. 9.2.3 geciteerd in de conclusie van A-G Wesseling-van Gent bij HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/115, par. 2.11: 'Het nadeel voor [eiser] c.s. [erfpachters] bestaat uit de verhoging van de canon met 700%. Zoals hiervoor is overwogen kan dit op zichzelf echter niet de conclusie rechtvaardigen dat de nieuw vastgestelde canon onredelijk is' en Rb. Almelo (vzr) 8 december 2000, *KG* 2001/25, ECLI:NL:RBALM:2000:AH8305 (*Naafs c.s./Enschede*), r.o. 6: "Vast staat dat de gemeente erfpachtovereenkomsten met Naafs c.s. heeft gesloten en dat de onderscheidenlijke overeenkomsten op grond van een daarin opgenomen bepaling tussentijds door de gemeente kunnen worden opgezegd. De ter terechtzitting geponeerde stelling van Naafs c.s. dat zij zich destijds niet bewust waren van de bevoegdheid van de gemeente om tussentijds op te zeggen, aangezien die bepaling bij de opstelling van de akten 'er in geslopen is', houdt, bij gebrek aan onderbouwing, geen stand."

78 Plantenga 1957, p. 18: "Erfpacht is, evenals de meeste andere verhoudingen, welke het onderwerp vormen van privaatrechtelijke overeenkomsten, in beginsel gericht op *een zeker evenwicht van de wederzijdse posities*, hier dus tussen de belangen van de eigenaar en die van de erfpachter." Nadruk toegevoegd.

79 Jaarsma, *BR* 2009/136: "Het erfpachtsrecht bestaat grotendeels uit regelend recht. De wetgever is er destijds dus van uitgegaan dat in de meeste gevallen sprake zal zijn van een *machtsevenwicht* tussen erfpachter en erfverpachter. In onderling overleg en op basis van gelijkwaardigheid worden afspraken gemaakt en vastgelegd in een overeenkomst. (…) In de praktijk is de verhouding tussen erfverpachter en erfpachter echter vaak *asymmetrisch*." Nadruk toegevoegd.

80 Veegens & Oppenheim 1919, p. 140-141: "In het algemeen pleegt erfpacht slechts voor een bepaalden, zij het geruimen, tijd verleend te worden. Het is evenwel herhaaldelijk gebleken niet meer dan eene illusie te zijn, dat tijdelijke erfpacht heide- en zandgronden duurzaam in vruchtbaren grond zou vermogen te herscheppen. *Deze erfpacht lijdt aan innerlijke tegenstrijdigheid*, in zoover zij de belangen van erfpachter en eigenaar niet tot het einde toe doet samenloopen.(…) Dit bezwaar wordt ondervonden bij de toepassing van het recht van erfpacht zoowel in den omtrek der steden als ten plattelande." Nadruk toegevoegd.

worden voor 'een te grote machtspositie van overheden'.[81] Dat de erfpachter bijvoorbeeld verplicht toestemming voor overdracht moet vragen aan de erfverpachter 'wijst op een zwakke economische positie van de erfpachter tegenover de grondeigenaar'.[82] In de situatie dat partijen na afloop van een tijdelijk recht onderhandelen over voortzetting is sprake van een ongelijke machtspositie waarbij de erfpachter een afhankelijke positie inneemt.[83] Een bedongen bevoegdheid tot opzegging van het erfpachtrecht in het algemeen belang verzwakt de positie van de erfpachters.[84] Als het de bedoeling van de wetgever was een kader te scheppen voor een rechtsverhouding tussen gelijkwaardige partijen die in volkomen contractvrijheid de inhoud van het gebruiksrecht bepaalden, dan laat de praktijk zien dat van die bedoeling niet veel terecht is gekomen omdat vaak sprake is van ongelijke machtsposities van partijen ten opzichte van elkaar. Herstel van het gewenste evenwicht kan komen van de rechter die in de omstandigheden van het geval de rechtsverhouding beoordeelt naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Heel anders van toon zijn de kwalificaties van de rechtsverhouding in de media. In krantenkoppen wordt de positie van erfpachters vaak als bijzonder ongunstig afgeschilderd. Er is sprake van ellende,[85] drama,[86] oproer,[87] willekeur,[88] misleiding,[89] ondoorgrondelijke canons en erfpachtstelsels,[90] onverkoopbare woningen,[91] te hoge canons waardoor mensen hun huis uit moeten,[92] maar ook tekorten

81 Mollema 2013, p. 256: '(…) overheden, zoals de gemeenten kunnen (…) met name bij de uitgifte van grond in erfpacht – zeer grote en machtige spelers zijn, waartegen de gemiddelde erfpachter niet zomaar is opgewassen. Gewaakt moet hierbij worden tegen een te grote machtspositie van overheden.'

82 Hof Den Haag 2 mei 1962, *NJ* 1963/163 (*'t Hart/Boddaert c.s.*), p. 436 rechterkolom. Het hof nam mede in aanmerking dat de erfpachter geen recht had op een opstalvergoeding na het einde van het recht.

83 Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045, r.o. 4.4 en Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.3. Beoordeeld diende te worden of de gemeente als erfverpachter geen misbruik maakte van zijn machtspositie. Tevens waren in deze situatie de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing.

84 W.J.E. van der Werf, annotatie bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *TBR* 2015/32, par. 14: "Van een onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet is dus geen sprake. Tegelijk legt het arrest van de Hoge Raad bloot dat een in de akte van vestiging geregelde bevoegdheid tot opzegging 'in het algemeen belang' *de positie van de erfpachter en opstalhouder danig verzwakt* ten opzichte van degenen ten aanzien waarvan deze bevoegdheid niet wordt voorbehouden. Zelfs huurders genieten een sterkere bescherming." Nadruk toegevoegd.

85 'Erfpachtellende brengt halve straat in Bos en Lommer aan bedelstaf – Canonkanjer valt op 1055 DD', *De Telegraaf*, 6 april 2012. Dit bericht vormde aanleiding voor Kamervragen, *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 2521, Vragen van de leden De Rouwe, Van der Werf en Bruins Slot over de erfpacht in Amsterdam, 15 mei 2012.

86 'Het Amsterdamse erfpachtdrama', *NRC Handelsblad* 9 mei 2017, column Coen Teulings.

87 'Welgesteld oproer tegen de erfpacht', *De Volkskrant* 16 februari 2017.

88 'Erfpacht is complete willekeur', *De Telegraaf* 2 mei 2012.

89 'Erfpacht nog altijd misleidend', *Spits* 23 augustus 2013 over zelfbouwkavels op IJburg. 'Huiseigenaren betichten Amsterdam van misleiding', *De Telegraaf* 21 april 2017 over de financiële bijsluiter over erfpacht.

90 'Erfpacht in Amsterdam te hoog en ondoorgrondelijk', *NRC Handelsblad* 27 juni 2012. 'Erfpachtbeleid Amsterdam deugt niet', *De Volkskrant* 6 januari 2016. 'Woede om nieuwe erfpacht: de gemeente is gek geworden', *Het Parool* 1 februari 2017. 'Utrecht in de fout met afkoopprijs erfpacht', *AD* 13 april 2018. Met als dieptepunt de volgende kop boven een artikel over de erfpachtdiscussie in de Amsterdamse gemeentepolitiek: 'De erfpachtjihad', *Het Parool* 6 december 2013.

91 'Tienduizenden huizen nog altijd onverkoopbaar door particuliere erfpacht', *De Volkskrant* 9 januari 2014. 'Woning wordt onverkoopbaar door nieuwe erfpachtstelsel', Het Parool 7 februari 2017.

92 'Eeuwige erfpacht, wie kan dat betalen?' *NRC Handelsblad* 18 januari 2017. 'Hoge erfpacht nekslag voor bewoners landgoed De Hoogt', *AD* 2 maart 2017.

op de gemeentebegroting,[93] verzet,[94] demonstraties,[95] en rechtszaken.[96] Talloze opiniestukken, ingezonden brieven en berichten op sociale media zoals Twitter tonen dat het onderwerp erfpacht mensen bezighoudt. De indruk die de lezer van deze berichten krijgt is dat over erfpacht altijd discussie en strijd gevoerd wordt en dat dit een ongelijke strijd is omdat erfpachters de dupe zijn van het beleid van de (gemeentelijke) grondeigenaren. Commotie over erfpacht in de media leidt geregeld tot Kamervragen. Meestal wordt daarbij aandacht gevraagd voor de positie van de erfpachter in verhouding tot de erfverpachter en opvallend vaak wordt in deze vragen om meer bescherming voor de erfpachters gevraagd, bij voorkeur in de vorm van regelgeving.[97] In de toon en de vraagstelling wordt soms de stijl van de media overgenomen.[98] Volgens de vragenstellers dient de wetgever de erfpachter meer bescherming te bieden tegen onredelijke canonverhogingen bij dijkwoningen[99] en op de Waddeneilanden,[100] tegen onredelijke erfpachtvoorwaarden bij particuliere erfpacht[101] of tegen te hoge afkoopsommen in Amsterdam.[102] Ook wordt vaak bij wijze van retorische vraag de medewetgever gevraagd of het optreden van de overheid als erfverpachter getuigt van een betrouwbare overheid[103] en of er geen mensenrechten worden geschonden.[104] Ook wordt er veelvuldig voor gepleit erfpacht te beschouwen als een complex

93 ‘Erfpacht niet meer in zwang bij gemeenten’, *De Volkskrant* 3 oktober 2013. ‘Strijden om Haagse grond’, “Hete aardappel” erfpacht wordt doorgeschoven’, *AD* 23 oktober 2017.

94 ‘Hommeles om erfpacht in Utrecht’, *De Telegraaf* 23 augustus 2017. ‘Het erfpachtverzet hijst de stormbal’, *Het Parool* 22 april 2017.

95 ‘Ruim 200 demonstranten bij manifestatie tegen erfpacht’, *Het Parool* 20 mei 2017.

96 ‘Ontevreden erfpachters in Utrecht overwegen gang naar rechter’, *AD* 23 augustus 2017.

97 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1299, vragen van het lid Paulus Jansen (SP) over de rechtsbescherming van erfpachters en *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, 2464, vraag 2 van het lid Paulus Jansen (SP) over particuliere erfpacht: ‘(…) de noodzaak voor een betere consumentenbescherming tegen onredelijke erfpachtbepalingen.’ Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 740, vraag 2 van de leden Ronnes en Van den Berg (beiden CDA) over erfpacht in Amsterdam: “Bent u van mening dat erfpachters die onroerend goed in erfpacht hebben, van overheden voldoende consumentenbescherming genieten?”

98 *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 1849, vraag 11 van het lid Ronnes (CDA) over erfpacht: “Deelt u de gedachte dat de positie van huiseigenaren met erfpacht, ter voorkoming van plotselinge, eenzijdige, exorbitante verhogingen van de erfpacht door de grondeigenaar, versterking nodig heeft juist nu de gemeente een monopoliepositie op de Amsterdamse grondmarkt heeft en een grote groep huiseigenaren (circa 100.000) door de overstapregeling in hun financiële vermogen klem wordt gezet?”

99 *Aanhangsel Handelingen II* 1996/97, 1222, vragen 1 en 3 van het lid Poppe (SP) over het verhogen van de erfpachtscanon voor een aantal dijkbewoners: ‘Is het u bekend, dat het waterschap De Waterlanden onlangs de erfpachtscanon voor een aantal dijkbewoners met 1500% tot 2000% verhoogd heeft (…)’ en ‘(…) acht u dergelijke verhogingen maatschappelijk aanvaardbaar en bent u – indien dit niet het geval is – bereid om de regelgeving hiertoe aan te passen?’

100 *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, 1796, vraag 4 van de leden Schreijer-Pierik en Atsma (beiden CDA) over de verhoging van de tarieven van de erfpacht op Terschelling en Vlieland: “Deelt u de mening dat dergelijke forse erfpachttariefverhogingen vakantiehuizen voor minder gefortuneerden steeds meer onbetaalbaar maken, daarmee een negatieve invloed hebben op de beschikbaarheid van huizen voor de verhuur en daarmee tevens een bedreiging vormen voor het toerisme en de recreatie op de eilanden en de lokale economie, die afhankelijk is van inkomsten uit het verblijfstoerisme en de recreatie?”

101 *Aanhangsel Handelingen II* 2007/08, 2524, vraag 4 van het lid Jansen (SP) over misbruik van erfpacht: “Is het fenomeen particuliere erfpachtovereenkomst bewust toegelaten door de wetgever, of is hiermee een maas in de wet opgezocht?”

102 *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 1466, vraag 2 van het lid Ronnes (CDA) over erfpacht in Amsterdam: “Deelt u de gedachte dat het Amsterdamse gemeentebestuur hier als monopolist de bewoners een aanbod heeft gedaan om de erfpacht voor eeuwig af te kopen? Zo ja, noopt dat niet tot extra bescherming? Zo nee, waarom niet?”

103 *Aanhangsel Handelingen II* 2011/12, 2521, vraag 5 van de leden De Rouwe, Van der Werf en Bruins Slot (allen CDA) over erfpacht in Amsterdam: “Bent u van mening dat de overheid ook bij privaatrechtelijke zaken een betrouwbare overheid moet zijn en dat dit conflicteert met het optreden van de gemeente Amsterdam in dit geval?”

104 *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, 2828, vraag 6 van het lid Visser (VVD) over nieuwe erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam: “Hoe verhouden zich de voorwaarden van erfpacht die gemeenten kunnen stellen tot art. 17 van het Handvest Grondrechten (recht op eigendom)?”

financieel product op de toepassing waarvan toezicht zou moeten worden gehouden door bijvoorbeeld de Autoriteit Financiële Markten (AFM).[105] Uit de gestelde vragen rijst het beeld op dat de rechtsverhouding er een is van ongelijkwaardige partijen waarbij de erfpachter bescherming behoeft tegen met name overheden maar ook tegen particulieren die als erfverpachter onvoldoende rekening houden met de belangen van de erfpachters. In antwoord op de gestelde vragen wordt door de regering steevast gesteld dat het bij erfpacht om privaatrechtelijke rechtsverhoudingen gaat waar geen nadere regulering voor nodig is en dat indien overheidsinstanties optreden als erfverpachter zij daarbij gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Ik vind het contrast tussen de neutrale juridische formuleringen die getuigen van evenwicht in de rechtsverhouding en de commotie in de praktijk over het machtsonevenwicht in diezelfde rechtsverhouding opmerkelijk en vraag me naar aanleiding daarvan in dit onderzoek af of de bestaande regeling van de rechtsverhouding mede heeft bijgedragen aan de bezwaren van de erfpachters.

De wetgevers van het oude en het nieuwe Burgerlijk Wetboek hebben de rechtsverhouding uitsluitend geregeld in het deel over respectievelijk het zakenrecht en het goederenrecht en geen afzonderlijke regels gegeven voor de overeenkomst tot vestiging, voorheen het benoemde contract van erfpachtgunning. Ten aanzien van de bevoegdheden en verplichtingen van erfpachter en erfverpachter jegens elkaar werd een beperkt aantal regels opgesteld, in het OBW aangevuld met een artikel dat partijen de vrijheid gaf van alle bepalingen af te wijken. De plaatsing van alle erfpachtbepalingen in het wetboek over het zakenrecht liet de vraag open of uit de daar geregelde bevoegdheden verbintenissen tussen de betrokkenen onderling konden voortvloeien. In de toelichting op het NBW werd verduidelijkt dat de verplichting tot canonbetaling moest worden beschouwd als een kwalitatieve verbintenis. Andere verplichtingen volgden uit het erfpachtrecht. Volgens rechtsgeleerde Meijers was de overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht uitgewerkt op het moment dat de vestiging gerealiseerd was zodat alle verplichtingen tussen gerechtigden alleen aan het zakelijk recht ontleend konden worden.[106] Later werd deze opvatting genuanceerd door de overeenkomst tot vestiging voor wat betreft obligatoire bepalingen die onvoldoende verband hielden met de inhoud van het erfpachtrecht te laten doorwerken tussen de betrokkenen bij vestiging.[107] Ondanks de zakenrechtelijke regeling was Schoordijk van me-

105 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2017/18, niet-dossierstuk nr. 2018D31952 van 4 juni 2018 met als bijlage de brief aan de heer S. te R. over toezicht op erfpacht.

106 Meijers 1948, p. 270 in een passage over de verschillen tussen zakelijke en persoonlijke rechten ten aanzien van de bron van de bevoegdheden: "De bevoegdheden van de zakelijk gerechtigde vloeien uit zijn zakelijk recht voort, de bevoegdheden van de persoonlijk gerechtigde worden gewoonlijk afgeleid uit het rechtsfeit, dat het recht in het leven roept. Komt de eigenaar jegens de erfpachter zijn verplichtingen niet na, dan is dit een inbreuk op het erfpachtsrecht; de erfpachter kan niet meer teruggrijpen op de overeenkomst, waarbij hij het erfpachtsrecht bedongen heeft; deze overeenkomst is uitgevoerd met de vestiging van het erfpachtsrecht en de afgifte van het goed. Komt daarentegen een verhuurder zijn verplichtingen niet na, dan is dit een niet-naleving van de huurovereenkomst met alle gevolgen van dien; men kan niet zeggen, dat het contract heeft uitgewerkt, zodra de huurder het gehuurde goed betrokken heeft."

107 Deze opvatting werd onder meer verwoord door Plantenga 1957, p. 29-31 waar hij een onderscheid maakte tussen drie soorten erfpachtvoorwaarden. Naast de bepalingen die de bevoegdheden van de gerechtigden ten aanzien van de onroerende zaak regelden, bestonden die uit bepalingen die verbintenissen tussen partijen in het leven riepen, binnen en buiten het door wet getrokken kader.

ning dat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter in feite beschouwd moest worden als een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding in een goederenrechtelijk jasje.[108] In deze benadering was het gehele verbintenissenrecht onverkort van toepassing op alle aspecten van de rechtsverhouding mits niet in strijd met de goederenrechtelijke bepalingen werd gehandeld.

In de rechtspraak worden geregeld geschillen beslecht tussen erfpachters en erfverpachters en daarbij wordt in meer of mindere mate de goederenrechtelijke aard van het erfpachtrecht meegewogen. Het grootste deel van de geschillen betreft de betaling van de canon en is daarmee in wezen verbintenisrechtelijk van aard. In de negentiende eeuw leidden canongeschillen tot vragen over de bevoegdheid van de rechter. Ten aanzien van elke erfpachtvoorwaarde kan de vraag opgeworpen worden of deze zakelijke werking heeft en of deze dus ook geldt ten aanzien van rechtsopvolgers van de eerste erfpachter en erfverpachter. In 1999 bevestigde de Hoge Raad het oordeel van het hof Den Haag dat tussen erfverpachter en erfpachter na afloop van een tijdelijk recht en gedurende onderhandelingen over heruitgifte een rechtsverhouding bestond waarop de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing waren.[109]

De verschillende benaderingen hebben tot gevolg dat onzekerheid kan bestaan over de vraag wat voor soort bevoegdheden en verplichtingen de gerechtigden bij een erfpachtrecht jegens elkaar hebben afgesproken en over de in rechte te volgen toetsingsmethode van die bevoegdheden en verplichtingen, zowel ten aanzien van de partijen bij vestiging als voor hun rechtsopvolgers. Bij de vestiging van een beperkt recht zijn minimaal twee personen betrokken en tussen die personen ontstaat bij vestiging van een beperkt recht een rechtsverhouding, een verhouding geregeld door het recht. Die rechtsverhouding wordt doorgaans alleen beschouwd vanuit het goederenrecht en betreft dan de verhouding tussen de personen in hun hoedanigheid van erfpachter en erfverpachter en met betrekking tot de onroerende zaak. In Boek 5 BW heeft de wetgever regels neergelegd voor de goederenrechtelijke kant van de rechtsverhouding, regels betreffende de vestiging en de beëindiging van het recht en een aantal bevoegdheden en verplichtingen dat voor de betrokkenen ten aanzien van (de macht over) de onroerende zaak uit het recht voortvloeit. Het staat partijen vrij bij vestiging andere bevoegdheden en verplichtingen af te spreken, mits deze niet strijden met dwingendrechtelijke bepalingen. Ook los van deze autonomie van partijen de inhoud van het beperkt recht naar eigen wens in te richten kan de rechtsverhouding daarnaast worden beschouwd vanuit het verbintenissenrecht en betreft dan de verhouding tussen de (rechts)personen die op een concreet moment gerechtigd zijn tot het erfpachtrecht en de bloot eigendom van de onroerende zaak *jegens elkaar*. Voor deze verbintenisrechtelijke kant van de rechtsverhouding zijn in het BW geen bijzondere regels vastgelegd en gelden de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht van Boek 6 BW, zo nodig via de schakelbepaling van art. 6:216 BW.

108 Schoordijk 1992, p. 1205. Deze opvatting wordt gevolgd door Vonck 2013, p. 149 e.v.
109 HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*).

De reeds in 1995 door Van Velten gestelde vraag of Boek 6 BW van toepassing is op erfpachtverhoudingen is in 2018 nog niet afdoende beantwoord.[110] Dat blijkt uit de verschillende benaderingen van de rechtsverhouding. De vraag is voor de praktijk relevant omdat deze van invloed is op de verwachtingen ten aanzien van de uitoefening van bevoegdheden en verplichtingen die betrokkenen aan hun, mogelijk lang geleden, gevestigde recht kunnen ontlenen en daarmee op de rechtszekerheid. Dit onderzoek wil een aanzet geven tot duidelijkheid hierover.

1.3 Onderzoeksvraag

Het onderzoek stelt de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter centraal en bestudeert ongeveer twee eeuwen aan wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie vanuit de volgende eenvoudige onderzoeksvraag:

> Hoe moet de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter juridisch gekwalificeerd worden?

De vraag is niet vanzelfsprekend. Zoals kort aangestipt en hierna nog uitvoerig wordt besproken, is niet altijd duidelijk of en hoe uit de door het goederenrecht beheerste rechtsverhouding bij erfpacht voor partijen verbintenissen kunnen voortvloeien. Om duidelijkheid te verschaffen zoek ik aansluiting bij de stroming die de relativering van goederenrechtelijke rechten voorstaat.[111] Dit onderzoek wil bijdragen aan het rechtswetenschappelijk debat over de relativering van goederenrechtelijke rechten door de kwalificatievraag centraal te stellen. Van de beantwoording van die vraag hangt af welke rechtsgevolgen aan die kwalificatie verbonden kunnen worden. Met name is het de vraag of uit de rechtsverhouding verbintenissen kunnen voortvloeien waarop de algemene regels van het verbintenissenrecht van Boek 6 BW van toepassing zijn. Voorts rijst de vraag of uit de in de rechtspraak gehanteerde toetsingsmaatstaf blijkt dat, wanneer en in welke mate bepalingen uit Boek 6 BW worden toegepast op erfpachtverhoudingen. In het verlengde daarvan is relevant te bekijken of in de rechtspraak een meer of minder strikte objectieve uitlegnorm wordt gehanteerd voor de partijafspraken zoals die zijn vastgelegd in de in de openbare registers ingeschreven vestigingsakte. De vraag kan worden toegespitst tot de vraag of bij de beoordeling van een erfpachtgeschil alleen rekening gehouden moet worden met de voor derden uit de openbare registers kenbare voorwaarden of dat ook de omstandigheden van het geval en de verwachtingen en bedoelingen van partijen in de beoordeling betrokken kunnen worden, eventueel met buiten toepassing laten van ingeschreven erfpachtvoorwaarden. Laat het publiciteitsbeginsel een dergelijk verschil in gebondenheid toe?

110 Van Velten 1995b, p. 68-70.
111 De relativerende benadering wordt beschreven door Struycken 2007 en onderschreven door Snijders in Snijders & Rank-Berenschot 2012 en Snijders & Rank-Berenschot 2017.

De bespreking van de kwalificatievraag in hoofdstuk 2, waarin onderzocht wordt hoe de twee dimensies van de rechtsverhouding in het verleden zijn beoordeeld, mondt uit in een stellingname in aansluiting op de lijn Eggens uit de doctrine, dat de rechtsverhouding twee dimensies kent, een goederenrechtelijke en een verbintenisrechtelijke. Betoogd wordt dat er geen sprake kan zijn van een kwalificatie als een louter goederenrechtelijke of louter verbintenisrechtelijke rechtsverhouding, maar dat beide dimensies er tegelijk zijn en dat onder omstandigheden de ene dan wel de andere op de voorgrond treedt. Een veronderstelling daarbij is dat de wettelijke onduidelijkheid over de verbintenisrechtelijke kant van de rechtsverhouding mede aanleiding vormt voor geschillen over erfpachtrechten.

Die veronderstelling wordt getoetst in een onderzoek naar de werking van de verbintenisrechtelijke algemene voorwaardenregeling in erfpachtverhoudingen en in onderzoek naar de ruimte die in actuele jurisprudentie over drie goederenrechtelijk verschillend geregelde deelonderwerpen van de erfpachtverhouding gegeven wordt aan het verbintenissenrecht. Dit betreft drie onderwerpen die vaak aanleiding vormen voor geschillen die in rechte moeten worden beslist.[112] Het resultaat is een gedetailleerd overzicht van uit de wet en de jurisprudentie afgeleide regels over algemene erfpachtvoorwaarden, het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen, de wijziging van de inhoud van het recht in de vorm van verschillende varianten van canonherziening en de beëindiging van erfpachtrechten. Daarbij betreft toestemming voor overdracht een combinatie van een verbintenis en een goederenrechtelijke kwestie, canonherziening betreft naast verbintenissen ook de goederenrechtelijke bevoegdheid de inhoud van het recht te wijzigen en de beëindiging van het recht is een goederenrechtelijke kwestie waaruit verbintenissen voortvloeien. Bij alle onderwerpen komen de twee dimensies dus in beeld, waarmee de rechtsverhouding juridisch gekwalificeerd kan worden. Bij het overzicht wordt onderscheid gemaakt tussen de goederenrechtelijke gevolgen van een bepaald beding, afhankelijk van de correcte opname in de vestigingsakte of andere bronnen, en de verbintenisrechtelijke gevolgen van de toepassing van een beding op een bepaald moment waarbij een bevoegdheid of verplichting uit de vestigingsakte of een andere bron wordt omgevormd tot concrete verbintenissen van bepaalde personen jegens elkaar. Hierbij wordt tevens aangegeven in welke gevallen en op welke wijze het algemene verbintenissenrecht van Boek 6 BW van toepassing is. In aansluiting op de bevindingen wordt ten slotte de vraag gesteld of de wetgever een taak heeft in de verduidelijking van die kwalificatie dan wel of er andere manieren zijn om die verduidelijking gestalte te geven.

De toepassing van het recht van erfpacht in Nederland kent naast de juridische aspecten nog vele andere, sociaal-maatschappelijke en economische functies, waar de vele pleidooien om de wettelijke regeling aan te passen van getuigen en die in het maatschappelijke debat zodanig overheersend zijn dat zij het zicht op de juridische kwalificatievraag danig kunnen belemmeren. Ik ontkom er niet aan

112 Een stelling die overigens gerelativeerd kan worden, vgl. Hartkamp 2017a, p. 49: “Indien er veel rechtspraak bestaat over nieuwe regels of begrippen, behoeft dat geenszins te betekenen dat de ingevoerde nieuwe regel problematisch is.”

maatschappelijke kwesties mee te wegen nu de wetgever en de rechtspraktijk daar overwegingen aan wijden, maar beperk mij zoveel mogelijk tot de algemene vraag naar de waarde van de respectievelijke rechten van de erfpachter en de erfverpachter gedurende de looptijd van het recht omdat daarin de onderlinge verhouding wordt weergegeven. Ik probeer geen nieuwe interpretatie van de erfpachtverhouding te geven, maar slechts de inpassing ervan in het gegeven wettelijk stelsel van het vermogensrecht te verduidelijken. Ik verwacht dat de rechtszekerheid en het opstellen en toetsen van erfpachtvoorwaarden in de rechtspraktijk daarmee gebaat zullen zijn. Naast een aanpassing of uitbreiding van de wetgeving zou gedacht kunnen worden aan een vorm van zelfregulering of een meer verfijnde toetsingsmethodiek in rechte. In het onderzoek komt een voorbeeld van zelfregulering aan de orde. Meer dan een eeuw na de introductie van stedelijke erfpacht wordt allerwege ingezien dat een onvoorspelbare canonherziening leidt tot majeure rechtsonzekerheid voor erfpachters en hun financiers en vinden stelselwijzigingen plaats waarbij, op zijn hoogst, herziening van de canon in de toekomst alleen nog op voorzienbare wijze plaatsvindt. Vanwege de lange duur van erfpachtrechten zullen vele varianten nog een hele tijd naast elkaar bestaan.

Verantwoording onderzoeksvraag[113]

Nieuw aan dit onderzoek zijn de aandacht voor de kwalificatie van de rechtsverhouding en het systematische onderzoek van actuele rechtspraak. De kwalificatievraag vormt een uitdieping van de relativering van een goederenrechtelijke rechtsverhouding, een gedachtegang die al bijna honderd jaar oud is en weer aan belang lijkt te winnen. De rechtspraak wordt beschouwd als casuïstisch, het zou slechts toeval zijn of bepaalde vraagstukken aan een rechter worden voorgelegd zodat daar geen algemene conclusies aan verbonden kunnen worden. In dit onderzoek wordt een groot aantal uitspraken bestudeerd met het oog op de wijze waarop de rechtsverhouding in rechte werd beschouwd, benoemd en beoordeeld. Dat levert conclusies op over de kwalificatie van de rechtsverhouding naast een overzicht van oordelen met betrekking tot verschillende vormen van canonherziening, toestemming en beëindiging. Het onderzoek wil nieuwe kennis aandragen door de rechtsverhouding bij erfpachtrechten centraal te stellen en heel precies te analyseren hoe de onderlinge verhouding is tussen de betrokken personen bij verschillende gebeurtenissen die zich gedurende de looptijd van een erfpachtrecht kunnen voordoen en hoe de opvattingen over hoe zij zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen in de loop der tijd zijn veranderd. Hiervoor heb ik argumenten verzameld uit twee eeuwen schrijven en oordelen (in wetsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak) over (rechts)feiten die niet in het stelsel van de wet pasten, maar wel aanleiding waren voor concrete conflicten. Het overzicht van uit de jurisprudentie af te leiden regels met betrekking tot verschillende aspecten van erfpachtrechten waarover vaak conflicten ontstaan kan van dienst zijn in de rechtspraktijk. Het onderzoek beperkt zich tot een juridische kwalificatie en gaat niet in op maatschappelijke vragen of op vragen naar de juiste wijze van waardering van erfpachtrechten. De politieke keuze voor erfpacht boven verkoop wordt ingegeven door een veelheid aan motieven. De keuze voor een bepaalde wijze

113 Naar aanleiding van Asser/Vranken 2014/44-50.

van canonvaststelling of waardering van erfpachtrechten is een afzonderlijke discipline waarin ik als juridisch onderzoeker onvoldoende thuis ben om er betrouwbare uitspraken over te kunnen doen. Het onderzoek is voor een deel beschrijvend van aard in dat het een groot aantal opvattingen en argumenten over de rechtsverhouding uit diverse bronnen op een systematische wijze presenteert. De analyse die op grond van die beschrijving wordt uitgevoerd is gericht op meer inzicht in de tweezijdige aard van de rechtsverhouding bij erfpacht en op het identificeren van ontwikkelingen in de jurisprudentie over bepaalde aspecten van de erfpachtverhouding.

1.4 Kader: onderzoeksprogramma Open Universiteit

Dit onderzoek is uitgevoerd in het kader van het onderzoeksprogramma van de Faculteit Cultuur en Rechtswetenschappen, wetenschapsgebied Rechtswetenschappen van de Open Universiteit, *Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving* 2014-2019.[114] Het onderzoeksprogramma legt de nadruk op veranderingen in intermenselijke relaties en verhoudingen in de samenleving, waarbij enerzijds sprake is van individualisering en anderzijds van vernetwerking die leidt tot sterkere wederzijdse afhankelijkheid. Dit onderzoek sluit vanuit een privaatrechtelijk perspectief met name aan op het onderdeel 'individualisering en de belangenmaatschappij' en doet dat door de nadruk te leggen op de rechtsverhouding tussen de twee personen die betrokken zijn bij een zakelijk recht. Het goederenrecht regelt uitsluitend de verhouding tussen persoon en goed en heeft traditioneel weinig aandacht voor de rechtsverhouding tussen de betrokken personen onderling. De wet stelt bij erfpacht de contractvrijheid en de partijautonomie voorop en reflecteert daarmee de maatschappelijke opvattingen. Maar die opvattingen zijn aan verandering onderhevig. Erfpachters, met name bij stedelijke erfpacht, verenigen zich steeds vaker in belangenorganisaties, vragen steeds luider aandacht voor hun belangen en stellen de vanzelfsprekendheid ter discussie dat de overheid als grondeigenaar altijd redelijk en in het algemeen belang zou handelen. Erfpachters vinden daarbij in toenemende mate steun in het Europees consumentenrecht. Dit onderzoek sluit aan op de onderzoeksvraag uit het onderzoeksprogramma door het functioneren van het recht, en dan met name het verbintenissenrecht, in goederenrechtelijke verhoudingen centraal te stellen.[115]

1.5 Opzet en methode van het onderzoek

De vraag hoe de rechtsverhouding bij erfpacht gekwalificeerd dient te worden betreft de plaats van de rechtsverhouding in het wettelijk stelsel van het Nederlands vermogensrecht. Het uitgangspunt is dat die plaats niet duidelijk is als gevolg waarvan twijfel kan ontstaan over welk recht op de erfpachtverhouding van

114 Bron: <www.ou.nl/web/open-universiteit/onderzoek-rechtswetenschappen>, geraadpleegd 22 juni 2018.

115 Onderzoeksprogramma Recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving, algemene onderzoeksvraag, p. 3: "Hoe functioneert het recht in een geïndividualiseerde netwerksamenleving, rekening houdende met (nieuwe) verweven rechtsverhoudingen, rechtsvormers en rechtsbronnen en kan het recht een rol spelen in het creëren, bestendigen en ordenen van verbindingen?"

toepassing is. Het onderzoek is uitgevoerd als een bronnenstudie. Het begrip rechtsverhouding, de totstandkoming van erfpachtwetgeving sinds de eerste Staatsregeling uit 1795, de verschillende opvattingen over de rechtsverhouding bij erfpacht in de literatuur en de jurisprudentie over erfpachtgeschillen zijn bestudeerd in openbare rechtsbronnen: de gepubliceerde wetsgeschiedenis, handboeken, monografieën en artikelen en gepubliceerde uitspraken. Het onderzoek geeft een beschrijving van bestaande kennis over erfpachtverhoudingen in Nederland.

Omdat het huidige Burgerlijk Wetboek expliciet gericht was op continuering en waar nodig op aanpassing van het bestaande recht was het nodig ook het voorgaande Burgerlijk Wetboek en de totstandkoming daarvan te onderzoeken. De eenwording van Nederland in de periode 1795-1813 vormde een goed startpunt omdat in die omwentelingsperiode veel codificatiewerk is verricht. Het regionale en lokale gewoonterecht aangevuld met Romeins recht zoals dat gold onder de republiek werd vervangen door een centrale wet, de Franse Code civil terwijl commissies een eigen Nederlandse wetgeving ontwierpen wat resulteerde in de erfpachtwet van 10 januari 1824 die in 1838 werd opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. De negentiende-eeuwse rechtspraak en doctrine bevatten reflecties op die transitie.

Omdat de gepubliceerde wetsgeschiedenis van het NBW vragen openliet over de inbreng van erfpachters heb ik daarnaast het wetgevingsarchief van Boek 5 NBW bestudeerd.[116] Een beschrijving van de codificatiegeschiedenis van het recht van erfpacht in Nederland zal, aangevuld met een nauwkeurige tracering van de totstandkoming van de eerste erfpachtwet, mogelijk het voorwerp zijn van een afzonderlijk publicatie. Enige verhelderende bevindingen uit het archiefonderzoek over de totstandkoming van de wettelijke bepalingen over toestemming en canonherziening zijn in de par. 4.3, 5.3 en 6.3 van dit onderzoek opgenomen.

De gepubliceerde wetsgeschiedenis geeft de bedoeling van de wetgever weer, terwijl in archiefmateriaal tevens de opvattingen te vinden zijn die een rol hebben gespeeld bij de codificatie, opvattingen die door de verschillende regeringscommissarissen en hun medewerkers beoordeeld werden, gewogen en eventueel weer verworpen. Uit de discussie en de overwegingen rijst een beeld op van de belangen en argumenten die een rol hebben gespeeld, de rol van de politiek bij wetgeving en de wetssystematische uitgangspunten. Ook de doctrine en de rechtspraak vanaf het midden van de negentiende eeuw zijn bestudeerd met het oog op het achterhalen van verschillende argumenten en opvattingen over het beperkt recht van erfpacht, de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter en de vraag hoe deze gekwalificeerd dient te worden. In grote lijnen gaat het om de vraag of het een goederenrechtelijke of een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding betreft. Die argumenten worden gewogen en gebruikt om te komen tot een kwalificatie van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter.

116 Aan de hand van de archiefinventaris: Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Nieuw Burgerlijk Wetboek, nummer toegang 2.09.75.

Ik maak grotendeels gebruik van de klassieke juridisch-dogmatische onderzoeksmethode. Het verzamelen en wegen van argumenten uit verschillende historische periodes sluit als methode aan bij wat Smits de empirisch-normatieve methode voor rechtswetenschappelijk onderzoek heeft genoemd.[117] Het recht, betoogt Smits, is een argumentatieve wetenschap met een normatief perspectief, dat antwoorden geeft op de vraag hoe het recht behoort te luiden. Hij stelt voor daar een extern normatief perspectief voor te ontwikkelen in plaats van het gebruikelijke interne perspectief waarbij de wetgever en de rechter bepalen wat recht is. Dit onderzoek gebruikt die methode door de nadruk te leggen op argumenten en door de wetsgeschiedenis, uitspraken en literatuur als bron van deze argumenten te beschouwen. Naar mijn mening is het mogelijk om deze methode toe te passen in het kader van juridisch-dogmatisch onderzoek, onder meer door deze uit te breiden met een uitvoerige probleemanalyse. De argumenten gaan over de vraag wat wordt verstaan onder een rechtsverhouding en hoe die opvattingen worden toegepast op de rechtsverhouding bij erfpacht. Vervolgens wordt met behulp van de naar mijn mening meest geëigende benadering een inpassing van de rechtsverhouding in het wettelijk stelsel van vermogensrecht beoogd en worden richtlijnen voor de praktijk gedestilleerd uit de recente jurisprudentie. Dat roept vragen op naar de realisatie van het beginsel van contractvrijheid binnen een rechtsverhouding met ongelijke uitgangsposities en leidt tot bespreking van kwesties als waardetoedeling en beoordeling van geschillen vanuit de meerlagige rechtsorde die met de toenemende invloed van het Europees consumentenrecht aan het ontstaan is.[118] De kwalificatie staat niet los van de vraag naar wat de meest rechtvaardige handelwijze zou behoren te zijn bij gronduitgifte in erfpacht, het afstaan van gebruik van onroerende zaken aan een ander.

Smits benadert het recht als een spontane ontwikkeling in plaats van als een bewuste keuze.[119] De benadering van het recht als spontane orde biedt een goed kader voor de ontwikkeling van het recht van erfpacht waarbij de vastlegging van regels in wetgeving sinds de eenwording steeds het resultaat van een zorgvuldig proces was waarbij bewust werd aangesloten op de behoeften van de samenleving en op de van oudsher bestaande regelingen, maar toch tot een relatief toevallige uitkomst leidde. Bezwaren van erfpachters en hun financiers tegen te zwaar drukkende erfpachtvoorwaarden zijn van alle tijden en betreffen sinds de opkomst van stedelijke erfpacht aan het einde van de negentiende eeuw vaak de veranderingen in de waarde van de onroerende zaak teweeggebracht door de investering van de erfpachters. Waar de wetgever verdere aanpassingen van de wet afwees ontstonden voorstellen over voor erfpachters meer aanvaardbare erfpachtvoorwaarden in de vorm van zelfregulering. Deze hebben nog niet geleid

117 Smits 2015, p. 114: "Recht wordt dan niet langer bestudeerd als een systeem van bindende uitspraken (die voortvloeien uit de formele rechtsbronnen) of als een functioneel systeem (met nadruk op de mate waarin het recht een extern doel realiseert), maar als een *normatief* systeem: welke argumenten pleiten voor en tegen bepaalde uitkomsten en wat kunnen wij daarbij leren van ervaringen die hier en elders zijn opgedaan?" Nadruk in origineel.

118 Smits 2015, p. 75-76 beschreef dat als gevolg van de Europeanisering van het recht de rechtsnormen niet langer uitsluitend afkomstig zijn van 'democratisch gelegitimeerde nationale instituties'. Zie voor de gevolgen hiervan voor de rechtswetenschap ook Van Gestel, Loth & Mak 2016.

119 Smits 2015, p. 84.

tot verandering van wetgeving, maar onder invloed van Europees recht is wel een verschuiving aan het optreden.

Terminologie. De gerechtigde tot een erfpachtrecht wordt in titel 5.7 BW consequent als 'erfpachter' aangeduid. In de wettekst wordt in art. 5:85 lid 1 BW met de 'ander' degene aangeduid die in lid 2 'de eigenaar' wordt genoemd. Titel 5.7 BW gaat vooral over de bevoegdheden en verplichtingen van de erfpachter en is daarmee geschreven vanuit het perspectief van de erfverpachter, van degene die die beperkingen aanbrengt en in de uitoefening van zijn belangen door de wet wordt ondersteund. In dit onderzoek worden partijen aangeduid met de functionele benamingen erfpachter en erfverpachter. De aanduiding grondeigenaar voor erfverpachter is weliswaar ingeburgerd, maar heeft de hier ongewenste connotatie met het begrip eigendom. Eigendom wordt doorgaans als een 'hogere' positie beschouwd dan die van beperkt gerechtigde en die ongelijkwaardigheid vormt nu juist het voorwerp van onderzoek. Bij de bespreking van vergelijkbare vragen bij de rechtsverhouding bij opstalrechten doet het begrip grondeigenaar minder afbreuk aan die verhouding omdat beide rechten een vorm van eigendom inhouden. Van de rijke terminologie uit het verleden heeft alleen het begrip 'opstalhouder' zich gehandhaafd, ik geef aan dit begrip de voorkeur boven het eveneens ingeburgerde 'opstaller'. De verouderde begrippen 'erfpachtgever' en 'erfpachthouder' zou ik vanwege hun duidelijkheid in beginsel verkiezen boven de huidige wettelijke terminologie, maar deze termen zijn niet meer in gebruik.[120]

Onafhankelijkheid. Tijdens de uitvoering van het onderzoek was ik werkzaam als onderzoeksjurist en advocaat bij een gespecialiseerd advocatenkantoor waar veel in erfpachtzaken werd geprocedeerd. In een deel van de hier besproken erfpachtgeschillen werd door dit kantoor namens een der partijen in rechte opgetreden. Ik heb als onderzoeker steeds een onafhankelijke positie ingenomen. Bij de hier geanalyseerde zaken die door dit kantoor werden behandeld ben ik niet zelf als advocaat betrokken geweest en heb ik geen invloed gehad op de procesvoering. Mijn analyses zijn uitsluitend afkomstig van mijzelf en gebaseerd op openbaar toegankelijke bronnen.

Leeswijzer. In hoofdstuk 2 wordt het begrip rechtsverhouding en de rechtsverhouding bij erfpachtrechten van alle kanten bestudeerd. Aan bod komen het wettelijk kader en de wetsgeschiedenis, de opvattingen van gezaghebbende auteurs van de negentiende eeuw tot medio 2018 en de rechtspraak van de Hoge Raad sinds de invoering van het OBW in 1838 tot medio 2018. Dit hoofdstuk bevat een overzicht van beschikbare kennis over de rechtsverhouding bij erfpacht. Aan het eind komen alle lijnen bij elkaar en ontwikkel ik een onderzoekskader waarmee in de volgende hoofdstukken enige bijzondere onderwerpen worden onderzocht. Het derde hoofdstuk behandelt de toepassing van de algemene voorwaardenregeling op erfpachtverhoudingen, ten aanzien waarvan het nooit een vraag was dat deze verbintenisrechtelijke regeling van toepassing was op de goederenrechtelijke verhouding. Bovendien doet zich op dit gebied de invloed van het Europees

120 Althans niet in Nederland. Verheye 2017 duidt voor het Belgisch recht betrokkenen aan als erfpachtgever en erfpachthouder.

consumentenrecht gelden, ook in erfpachtverhoudingen. Ik formuleer een bijdrage aan het voortdurende debat over deze vorm van een meerlagige rechtsorde. De hoofdstukken 4, 5 en 6 behandelen actuele jurisprudentie over drie deelonderwerpen van erfpachtverhoudingen: het toestemmingsvereiste, canonherziening en beëindiging van het recht. Bij deze onderwerpen komt de onderzoeksvraag op verschillende manieren aan bod. Daarnaast vormen deze hoofdstukken een inventarisatie van ontwikkelingen in de soms omvangrijke jurisprudentie. Het onderzoek wil daarmee een bijdrage leveren aan de rechtspraktijk. In hoofdstuk 7 worden de bevindingen op een rij gezet, de onderzoeksvraag beantwoord, conclusies getrokken over de betekenis daarvan en aanbevelingen gedaan voor vervolgonderzoek.

2 De rechtsverhouding

In dit hoofdstuk onderzoek ik de opvattingen over de aard van de rechtsverhouding tussen de hoofdgerechtigde tot een onroerende zaak waarop een beperkt recht van erfpacht is gevestigd en de gerechtigde tot dat beperkte gebruiksrecht. De opvattingen en onderliggende argumenten van de wetgever, de doctrine en de rechtspraak van de Hoge Raad vanaf het ontstaan van de erfpachtwet in de negentiende eeuw tot nu passeren de revue. In par. 2.1 bespreek ik de heersende opvatting over die rechtsverhouding en de verschillende wijzen waarop de vraag of Boek 6 BW op die rechtsverhouding van toepassing is wordt beantwoord. In de par. 2.2-2.4 wordt onderzoek gedaan naar opvattingen over de rechtsverhouding door bestudering van de totstandkoming van de geldende wettelijke regels over erfpachtverhoudingen (par. 2.2), de opvattingen van gezaghebbende auteurs (par. 2.3) en de rechtspraak (par. 2.4). De nadruk ligt op de actuele stand van het recht, maar waar nodig worden verklaringen gezocht in wettelijke regels, meningen van gezaghebbende auteurs en rechtspraak uit het verleden. Opvattingen en argumenten uit gezaghebbende teksten worden daarbij niet beschouwd naar hun juistheid voor het positieve recht, dus vanuit een intern perspectief, maar vanuit wat Smits aanduidt als een extern normatief perspectief waarin wetgeving, literatuur en rechtspraak worden opgevat als bronnen van informatie.[1] Par. 2.5 bevat een bespreking van de verschillende opvattingen en de gevolgen daarvan en een eigen inbreng in de dogmatiek in de vorm van een verduidelijking van de rechtsverhouding en de vraag of uit een goederenrechtelijk recht verbintenissen kunnen voortvloeien. Dit kader vormt vervolgens het uitgangspunt voor de jurisprudentiestudies van de volgende hoofdstukken.

2.1 Inleiding rechtsverhouding

In deze paragraaf worden het begrip rechtsverhouding en het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht naar geldend recht uitgelegd en aangegeven welke verschillende opvattingen er bestaan over de vraag of het verbintenissenrecht van toepassing is op erfpachtverhoudingen.

---

1 Smits 2015 en Smits 2009, p. 74-75 en p. 114-140 waar de normatief-empirische benadering wordt uitgewerkt, uitgaande van de opvatting dat het recht een wetenschap zou moeten zijn van conflicterende argumenten en waarin, p. 114 ‘bestaande rechtsstelsels (...) worden beschouwd als *empirisch materiaal* over hoe wordt omgegaan met conflicterende argumenten. De wetenschappelijke methode bestaat er dan in om deze argumenten voor het voetlicht te brengen en de consequenties van de keuze voor het ene argument boven het andere te bespreken’. Nadruk in origineel.

2.1.1 Het begrip rechtsverhouding

Hoewel bij erfpachtrechten de aandacht meestal uitgaat naar de inhoud van het gebruiksrecht en de vraag naar de eventuele derdenwerking van het goederenrechtelijk recht, is er bij ieder erfpachtrecht ook altijd sprake van een rechtsverhouding tussen de twee direct betrokken personen, erfverpachter en erfpachter.[2] Het begrip rechtsverhouding wordt enerzijds gebruikt om de hele betrekking tussen twee personen aan te duiden, zoals bijvoorbeeld bij de huurovereenkomst die een groot aantal bevoegdheden en verplichtingen over en weer bevat, en wordt anderzijds gebruikt in engere zin om een bepaalde verbintenis aan te duiden.[3] Ik gebruik het begrip rechtsverhouding in het kader van dit onderzoek in ruime zin, voor het geheel van de bevoegdheden en verplichtingen die tussen erfverpachter en erfpachter bij vestiging worden afgesproken. Ik gebruik daarvoor het begrip rechtsverhouding of erfpachtverhouding.

Naar huidig recht wordt onder een rechtsverhouding verstaan een betrekking tussen twee of meer rechtssubjecten waaraan door het objectieve recht bepaalde rechtsgevolgen worden verbonden.[4] Een rechtsverhouding of rechtsbetrekking ontstaat als gevolg van een bepaalde handeling zoals het sluiten van een koopovereenkomst, de vestiging van een beperkt recht of het verrichten van een feitelijke handeling die kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad. Meestal ligt aan het ontstaan van een rechtsverhouding een door partijen beoogde rechtshandeling ten grondslag, maar noodzakelijk is dat niet. De vestiging van een erfpachtrecht is een door het recht geregelde gebeurtenis waaraan voor betrokkenen door het objectieve recht in titel 5.7 BW gevolgen zijn verbonden. Die gevolgen bestaan uit een of meer subjectieve rechten die door het recht aan de betrokken personen worden toegekend en die bestaan uit bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot de onroerende zaak. Die bevoegdheden en verplichtingen vormen veelal elkaars keerzijde en gelden altijd jegens personen.[5] Eerder werd hier wel anders over gedacht in de zin dat een betrekking tussen een persoon en een zaak werd aangenomen:

> "Een rechtsbetrekking, een bevoegdheid met als keerzijde een verplichting, kan alleen bestaan tussen *personen*. Men stelt het wel eens voor alsof een rechtsbetrekking ook zou kunnen bestaan tussen een persoon en een zaak. Zo noemt Hugo de Groot het *eigendomsrecht* een recht 'bestaende *tusschen den mensch ende de zaecke* zonder noodigh opzicht (lees: betrekking) op een ander mensch'.[6] Maar deze voorstelling is niet juist. De zaak is enkel het object van de tussen de eigenaar en alle andere personen bestaande betrekking."[7]

2 Vonck 2013, p. 147: "De vestiging van een beperkt recht resulteert in een bijzondere rechtsverhouding tussen de hoofdgerechtigde en de beperkt gerechtigde."

3 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/8 wijst er op dat het woord *overeenkomst* ook wordt gebruikt voor 'de uit de handeling voortvloeiende rechtsbetrekking tussen de contracterende partijen (de inhoud van het overeengekomene)'.

4 Reijntjes & Boon 2000, p. 5. Zie ook Asser/Sieburgh *6-I* 2016/6 waar een rechtsbetrekking wordt omschreven als 'een door het recht erkende en geregelde verhouding'.

5 Brahn/Reehuis 2015, p. 2: "Een subjectief recht is een aan iemand toekomende 'bevoegdheid'. Een vermogensrecht betekent hier een aan een bepaalde persoon toekomend recht dat deel uitmaakt van zijn vermogen, bijvoorbeeld een eigendomsrecht of een vorderingsrecht. (…) De subjectieve vermogensrechten vallen te onderscheiden in rechten met betrekking tot goederen en rechten met betrekking tot personen." Zo ook Reijntjes & Boon 2000, p. 77.

6 De Groot 1631, II, 1 par. 58.

7 Reijntjes & Boon 2000, p. 79. Nadruk in origineel.

Een subjectief recht veronderstelt een rechtsbetrekking, met als actieve zijde een bevoegdheid van een persoon en als keerzijde een verplichting van een of meer andere personen jegens die persoon. Die personen kunnen bepaald zijn zoals de koper en de verkoper bij een koopovereenkomst en dan is sprake van een relatief of persoonlijk recht. De personen kunnen daarnaast aan de passieve zijde onbepaald zijn zoals in de verhouding tussen de eigenaar van een zaak en alle andere personen die zijn bevoegdheid over zijn zaak te beschikken dienen te eerbiedigen en dan is sprake van een absoluut recht.[8] Het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten ligt ten grondslag aan het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht.[9] Dat wil echter niet zeggen dat uit een goederenrechtelijk recht voor betrokkenen uitsluitend absolute rechten voortvloeien.

De rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter ontstaat bij de overeenkomst tot vestiging van het recht en heeft dan uitsluitend een verbintenisrechtelijk karakter. In het spraakgebruik wordt onder de 'erfpachtovereenkomst' of het 'erfpachtcontract' vaak de gehele rechtsverhouding met alle onderscheiden bevoegdheden en verplichtingen verstaan, ook na de vestiging. Vanuit juridisch oogpunt is dat onjuist omdat met de erfpacht*overeenkomst* of het erfpacht*contract* alleen de titel voor de vestiging kan worden bedoeld, de overeenkomst die verplicht tot het vestigen van een erfpachtrecht met de in die overeenkomst aangeduide inhoud.[10] De inhoud van die obligatoire overeenkomst gaat na vestiging over in het goederenrechtelijk erfpachtrecht.[11] De rechtsverhouding is daarmee goederenrechtelijk van karakter geworden en wordt beheerst door de vestigingsakte, de bepalingen van titel 5.7 BW en vaak ook door bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden. Daarnaast kunnen obligatoire afspraken zonder zakelijke werking tussen partijen blijven bestaan. De rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter bestaat dus uit een bundeling van bepaalde bevoegdheden en verplichtingen van betrokkenen met betrekking tot de onroerende zaak die ontstaan als het gevolg van de vestiging van het beperkte recht. Die subjectieve rechten kunnen van goederenrechtelijke of van verbintenisrechtelijke aard zijn.

---

8 Het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten verving aan het einde van de negentiende eeuw het onderscheid tussen rechten op zaken (ook genoemd *res ad rem*) en rechten jegens personen (*res ad personam*), met name om ook rechten op intellectuele eigendom in het schema te kunnen onderbrengen, zie onder meer Asser & Scholten 1905, p. 1-2.

9 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 5 en Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 12-13.

10 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/218: "De titel voor het vestigen van een recht van erfpacht wordt in veel gevallen gevormd door de obligatoire overeenkomst tot het vestigen van het erfpachtrecht. Uit deze overeenkomst ontstaat voor beide partijen de verplichting om aan de vestiging van het recht mee te werken." Zo ook Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, titel 7 Boek 5 BW, aant. 54.1: 'Titel van vestiging' (online, bijgewerkt 30 januari 2018): "De titel van de vestiging van het erfpachtrecht is in het algemeen de uit het onbenoemde contract van 'erfpachtgunning' voortvloeiende verplichting van de eigenaar aan de erfpachter het erfpachtrecht te verschaffen, en de uit datzelfde contract voortvloeiende verplichting voor de erfpachter het erfpachtrecht aan te nemen met de kwalitatieve verplichtingen die uit dat recht voortvloeien, zoals een betaling van de canon."

11 Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, titel 7 Boek 5 BW, aant. 54.2: 'Betekenis van de titel na de vestiging' (online, bijgewerkt 30 januari 2018): "Het contract in zoverre het als titel gediend heeft, is in principe uitgewerkt [na het vestigen van het erfpachtrecht]." En Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:85 BW, aant. 2: 'Zakelijk recht' (online, bijgewerkt 30 januari 2018): "Dat contract verplicht tot de vestiging van een erfpachtrecht met een bepaalde inhoud en is nagekomen met de inschrijving van de vestigingsakte in de openbare registers. De verdere verplichtingen vloeien voort uit de erfpacht zelf en niet uit de overeenkomst."

2.1.2 Goederenrechtelijke rechten en persoonlijke rechten

Het onderscheid tussen goederenrechtelijke rechten op een goed en verbintenissen of relatieve rechten tussen personen vormt de hoofdindeling van het vermogensrecht. De onderdelen goederenrecht en verbintenissenrecht worden in de wet en daarmee in de doctrine afzonderlijk behandeld. Vanuit het verbintenissenrecht bezien wordt het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten eenvoudig beschreven als het verschil tussen rechten op goederen en verbintenissen. Zo verwoordt het Asser-deel over de verbintenis in het algemeen een echo van de opvatting over het recht op een goed zoals geciteerd bij De Groot:

> "Met het recht op een goed (...) heeft de verbintenis gemeen, dat zij een vermogensrechtelijke betrekking is, doch daarvan onderscheidt zij zich weer, doordat de verbintenis een betrekking is tussen personen. Ter onderscheiding van het recht op een goed, *dat een betrekking vestigt tussen persoon en goed*, wordt de verbintenis daarom ook wel persoonlijk recht genoemd."[12]

Vanuit het goederenrecht bezien wordt de verschillende werking van absolute en relatieve rechten benadrukt, jegens iedereen of jegens de bepaalde contractpartner.[13] Het was lang de heersende leer dat er een directe rechtsbetrekking zou bestaan tussen de rechthebbende en het goed.[14] Dat het geldende recht uitgaat van de tweedeling tussen persoonlijke rechten en rechten op goederen betekent nog niet dat het onderscheid absoluut moet worden opgevat, want al vrijwel even lang werd de vraag naar het onderscheid tussen beide rechten gesteld:

> "Hoezeer ook de tegenstelling van fundamentele aard moge zijn, toch is reeds lang de vraag aan de orde wat nu het wezenlijke kenmerk is van een recht op een goed, de vraag dus waarin een dergelijk recht verschilt van een persoonlijk recht."[15]

De vraag naar het wezen van het verschil tussen rechten op goederen en verbintenissen brengt tevens de vraag mee naar de mogelijkheden van kruisbestuiving en tussenvormen:

> "Het huidige Burgerlijk Wetboek gaat nog steeds uit van de tweedeling waarin persoonlijke rechten staan tegenover rechten op goederen. (…) Tegelijkertijd zou het bepaald onjuist zijn het onderscheid al te absoluut op te vatten. Het onderscheid vervaagt bijvoorbeeld wanneer men aan

---

12 Asser/Sieburgh *6-I* 2016/7. Nadruk toegevoegd.

13 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 13: "De kern van het absolute recht *op een goed* is, dat iedereen het moet respecteren; de gerechtigde kan ook met speciale acties tegen iedere schending optreden. Een relatief recht als een vorderingsrecht geldt slechts *tegen* een of enkele *personen* en alleen de wederpartij(en) van de gerechtigden kan dit recht schenden." Nadruk in origineel. Zie ook Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 3: "In het goederenrecht staat de relatie persoon-goed centraal, anders dan in het verbintenissenrecht, dat gericht is op de verhouding persoon-persoon. (…) Daar waar het gaat om de relatie persoon-goed, zijn telkens rechten aan de orde die een bepaalde persoon op een bepaald goed kan doen gelden en daarmee rechten die hij in beginsel tegenover een ieder kan handhaven (absolute rechten). Die absolute werking of derdenwerking is kenmerkend voor goederenrechtelijke rechten. Bij het verbintenissenrecht, dat ziet op de relatie persoon-persoon, gaat het om rechten die de ene persoon in beginsel uitsluitend tegenover de andere persoon kan inroepen (relatieve/persoonlijke rechten)." In gelijke zin ook Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, p. 29 over de indeling van vermogensrechten.

14 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/22-26. De beantwoording van de vraag omvatte een overzicht van opvattingen in de loop der tijd. Deze opvattingen komen in par. 2.3 uitvoerig aan de orde.

15 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/22.

persoonlijke rechten werking tegenover derden (bijvoorbeeld rechtsopvolgers onder bijzondere titel) toekent, en de werking van rechten op goederen ten opzichte van derden beperkt."[16]

Bekende voorbeelden van persoonlijke rechten met derdenwerking zijn de kwalitatieve verbintenissen en onderdelen van huur- en pachtrechten.[17]

2.1.3 Relativering van goederenrechtelijke rechten

De klassieke opvatting over de verschillen tussen zakelijke en persoonlijke rechten gaat uit van een strikte scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht.[18] Een andere stroming in de doctrine legt de nadruk bij goederenrechtelijke verhoudingen op de relationele dimensie vanuit de gedachte dat rechtsbetrekkingen alleen tussen personen kunnen bestaan, ook als deze betrekking hebben op een goed.[19] Waar de klassieke leer zal volstaan met de constatering dat een bevoegdheid conform de vestigingsakte is uitgeoefend, worden in de relativerende visie goederenrechtelijke rechten mede in verbintenisrechtelijke termen geanalyseerd, komt de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht in beeld en worden bevoegdheden met betrekking tot een goed mede beoordeeld in het licht van de verhouding tot de andere betrokkene(n) bij het goed, in de omstandigheden van het geval zoals die zich op enig moment voordoen. Deze zogenoemde relativering van het strikte onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht omvat nadrukkelijk niet alleen de relatie tussen hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde maar eveneens andere betrokkenen bij de onroerende zaak. Struycken vat de invloed van deze benadering als volgt samen:

"Deze doctrinaire benaderingen hebben steeds duidelijker een weerslag gehad op de rechtsontwikkeling (…). Daardoor biedt het vermogensrecht ruimte, vermoedelijk meer dan vroeger, voor toetsing van de wijze waarop een bevoegdheid met betrekking tot een goed wordt uitgeoefend. De redelijkheid en billijkheid en het daarmee verwante leerstuk misbruik van bevoegdheid creëren ook in het goederenrecht gedragsnormen die worden ingevuld op basis van de verhouding tot een ander in de omstandigheden van een concreet geval. De relativerende, of relationele, tendens wordt daarmee een gedragsrechtelijke benadering."[20]

Struycken is van mening dat een ver doorgevoerde relativering, in de vorm van een uitbouw van de imprévision, een meer geprononceerde rol voor de eisen van redelijkheid en billijkheid en van het leerstuk misbruik van bevoegdheid, in strijd zal komen met de goederenrechtelijke aard van de beperkte rechten en afbreuk zal doen aan de *numerus clausus*. Met name in geval van rechtsopvolgers zal de rechtszekerheid in het geding komen indien de balans tussen rekening houden met gewijzigde omstandigheden bij duurovereenkomsten en derdenwerking in het nadeel van het recht zoals het werd gevestigd zal uitslaan:

16 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/23.
17 Hartkamp 2017a, p. 48 noemt als voorbeeld van mengvormen met persoonlijke en zakelijke werking ook het recht van retentie ex art. 3:291 BW. Zie voor meer voorbeelden van tussenvormen Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/26. Zie ook Du Perron 1999, met name het hoofdstuk over kwalitatieve rechten en verplichtingen.
18 Rank-Berenschot 1992, p. 35-41. Zie uitgebreid par. 2.3.
19 Zie Struycken 2007, p. 742-745 voor een overzicht van de auteurs en hun standpunten.
20 Struycken 2007, p. 745.

> "Dezelfde keerzijde [vermindering van de rechtszekerheid] kleeft ook aan de tendens tot relativering, waarin de redelijkheid en billijkheid ten opzichte van een wederpartij en de evenredigheid van de wederzijds betrokken belangen bepalend zijn voor de uitoefening van het eigen recht. Dit bezwaar is in het goederenrecht pregnanter dan in het overeenkomstenrecht, aangezien de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten juist betekent dat bij de vestiging niet valt in te zien wie op een later moment de wederpartij zal zijn. (…) De overdraagbaarheid van goederenrechtelijke rechten brengt (…) mee dat een goederenrechtelijke rechtsverhouding kan ontstaan jegens een ander dan de wederpartij bij vestiging van dat recht, zodra het overgaat naar die ander. Naarmate de omstandigheden van die wederpartij, in verband met de redelijkheid en billijkheid, van grotere invloed worden op de bevoegdheid om tot uitoefening van het goederenrechtelijk recht over te gaan, is de rechtszekerheid meer in het geding. Meer relatief is minder absoluut. De relativeringstendens doet afbreuk aan de goederenrechtelijke aard van beperkte rechten."[21]

Daarmee opende Struycken het debat over de vraag wanneer binnen goederenrechtelijke verhoudingen door de rechter voorbij mag worden gegaan aan de afspraken uit de vestigingsakte in het kader van een belangenafweging en in het licht van gewijzigde omstandigheden. Naar zijn mening dient daarvan slechts spaarzaam gebruik te worden gemaakt. Minder terughoudend ten aanzien van relativering van goederenrechtelijke rechten is Vonck in zijn onderzoek naar de flexibiliteit van het recht van erfpacht, waarin hij onder meer de vraag stelt naar het toepasselijke recht op de rechtsverhouding bij erfpacht:

> "Zijn op de relatie tussen de erfpachter en de bloot eigenaar enkel de regels van toepassing die het erfpachtregime kent, of mag men zich ook beroepen op de regels van het verbintenissenrecht?"[22]

Vonck beantwoordt de gestelde vraag naar de toepassing van het verbintenissenrecht bevestigend omdat er naar zijn mening geen materiële reden te vinden is om binnen een goederenrechtelijke verhouding geen toepassing te geven aan algemene verbintenisrechtelijke regels.[23] In feite beschouwt hij daarmee de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter als een obligatoire verhouding, hoewel in een goederenrechtelijk kader, waarop het verbintenissenrecht direct van toepassing is. In dezelfde lijn lag reeds de beantwoording van de vraag naar het toepasselijke recht door Van Velten:

> '(…) of de verhouding tussen bloot-eigenaar en erfpachter of opstaller beheerst wordt uitsluitend door het goederenrecht of (daarenboven) ook door het verbintenissenrecht.'[24]

---

21 Struycken 2007, p. 751-752.
22 Vonck 2013, p. 147.
23 Vonck 2013, p. 149-150, op p. 170 samengevat als 'de – in de literatuur vaker verdedigde – opvatting dat de verhouding tussen de erfpachter en de bloot eigenaar niet principieel afwijkt van die tussen obligatoir gerechtigden'. Het kader van deze bespreking wordt gevormd door een onderzoek naar de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden. Vonck bespreekt de gevolgen van deze opvatting in het geval van faillissement van de erfpachter en de gevolgen voor het soort actie dat kan worden toegepast bij niet nakoming van een verplichting uit het erfpachtrecht. De genoemde opvattingen uit de doctrine worden besproken in par. 2.3.
24 Van Velten 2015, p. 588-589. Eerder verwoord in voorgaande drukken van dit handboek en in Van Velten 1995b, p. 68-70.

Van Velten sluit zich aan bij de opvatting dat toepassing van Boek 6 BW in erfpachtverhoudingen mogelijk is, tenzij de Boeken 3 of 5 BW anders bepalen.[25] In het door Van Velten gegeven voorbeeld kan de erfverpachter die wil ageren op het uitblijven van canonbetaling door de erfpachter derhalve vrijelijk de instrumenten van Boek 6 BW inzetten en bijvoorbeeld aanvullende schadevergoeding vorderen. Een uitzondering geldt voor de opzegging van het erfpachtrecht, waarvoor de afzonderlijke regeling art. 5:87 lid 2 BW moet worden gevolgd en niet de verbintenisrechtelijke regeling van de ontbindiing van obligatoire overeenkomsten van afd. 6.5.5 BW. De bezwaren van Struycken betreffen het doorbreken van de verwachtingen van derden, waaronder opvolgende erfpachters, op grond van de ingeschreven inhoud van het erfpachtrecht, terwijl de visies van Vonck en Van Velten vooral uitgaan van de belangen van de erfverpachter in een rechtsverhouding die zij primair als verbintenisrechtelijk beschouwen.

Daarmee is de vraag naar de verhouding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht binnen de rechtsverhouding nog niet beantwoord. Ook Snijders onderschrijft de ontwikkeling naar een grotere nadruk op de relationele dimensie van goederenrechtelijke rechten. De goederenrechtelijke rechtsverhouding heeft in zijn visie meerdere dimensies die tegelijk in beeld kunnen zijn:

> "In de toepassing van het recht in de praktijk gaan goederenrecht en verbintenissenrecht hand in hand. Men dient zich steeds bewust te zijn van beide vermogensrechtelijke dimensies. Met name de goederenrechtelijke regeling van de beperkte rechten op goederen mag ons niet doen vergeten dat aan de vestiging van beperkte rechten een titel (bijvoorbeeld een overeenkomst) ten grondslag ligt die verbintenisrechtelijke verplichtingen tussen hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde in het leven roept. In de eerste plaats zal die titel de verplichting tot vestiging van een beperkt recht inhouden, maar ook andere al of niet nauw met het beperkt recht samenhangende verplichtingen kunnen in de titel (met name in de vestigingsovereenkomst) opgenomen zijn (…). Men onderscheide dus ook hier steeds een goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke dimensie: de rechtspositie ten opzichte van een goed (met inbegrip van mogelijke mutaties) respectievelijk het recht tegenover een bepaald persoon."[26]

De verhouding tussen erfverpachter en erfpachter met betrekking tot de onroerende zaak waarop het recht rust, wordt volgens deze opvatting dus gekenmerkt door enerzijds een goederenrechtelijke dimensie, die bestaat uit de inhoud van het recht waaraan zakelijke werking kan worden toegekend, en anderzijds uit een verbintenisrechtelijke dimensie die niet alleen betrekking heeft op de tussen betrokkenen afgesproken verplichtingen, maar ook op hoe betrokkenen zich ten opzichte van elkaar dienen te gedragen en op de vraag of zij bij een bepaalde gebeurtenis ten aanzien van het recht rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen en met hetgeen zij over en weer ten aanzien van het recht van elkaar mogen verwachten. In deze visie komen de goederenrechtelijke benadering van Struycken en de verbintenisrechtelijke benadering van Vonck en Van Velten samen. De scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht en

25 Van Velten 2015, p. 590: "Niet valt in te zien waarom de scheiding tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht zo dogmatisch dient te worden getrokken (…)."
26 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 55.

het tweedelige stelsel blijven intact, maar moeten niet al te strikt worden opgevat. Er bestaat echter geen consensus over de vraag of betrokkenen bij een erfpachtrecht zich ten aanzien van hun onderlinge rechtsverhouding kunnen beroepen op het verbintenissenrecht. In het navolgende wordt bestudeerd hoe daarover werd gedacht in de wetsgeschiedenis, de doctrine en de rechtspraak. Bij de conclusies van hoofdstuk 7 kom ik terug op de verschillende standpunten van Struycken en Vonck en bespreek de gevolgen van mijn bevindingen voor beide argumenten.

2.2 Het wettelijk kader

In deze paragraaf wordt het wettelijk kader voor de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter behandeld. Na een korte beschrijving van de totstandkoming van titel 5.7 BW worden de gelaagde structuur van het BW en de schakelbepalingen besproken. De nadruk ligt op de vraag of verbintenissen kunnen voortvloeien uit beperkte rechten en welk recht op die verbintenissen van toepassing is.

2.2.1 Wetsgeschiedenis erfpachtrecht

De hoofdindeling van het vermogensrecht in goederenrecht en verbintenissenrecht zoals het BW die nu kent gaat terug op de van oudsher gemaakte indelingen uit het Rooms-Hollands recht. Vanaf het begin van Nederland als eenheidsstaat werd deze hoofdindeling aangehouden als grondslag voor het Burgerlijk Wetboek, als voortzetting van de bestaande indeling.[27] De codificatiecommissie die in 1798 de opdracht kreeg een burgerlijk wetboek op te stellen baseerde zijn inhoudsopgave, het algemeen plan van Cras,[28] op het handboek van Hugo de Groot[29] en bevatte, naast zijn hoofdindeling van het vermogensrecht in 'beheer' en 'inschuld', alle beperkte rechten die ook door De Groot werden genoemd, met uitzondering van de rechten die bij de Staatsregeling waren afgeschaft.[30] Omdat het recht van erfpacht bij die regeling was behouden, in het gewoonterecht voorkwam en beschreven werd in het handboek van De Groot moest het in het wetboek worden opgenomen, als een voortzetting van de bestaande situatie. Net als bij De Groot werd het recht van erfpacht door Cras ingedeeld bij de beperkte

27 PG Algemeen deel BW, p. 131-132 (TM).

28 Hoogleraar natuurrecht Henrik Constantijn Cras (1739-1820) was een prominent lid van de wetgevingscommissie. De zogenoemde Derde Memorie van Cras met de eerste inhoudsopgave van het burgerlijk wetboek dateert van augustus/oktober 1799 en is opgenomen in Aa, De Smidt & Huussen 1968, p. 64-72.

29 De Groot 1631.

30 Conform art. 25 Burgerlijke en Staatkundige Grondregels bij de Staatsregeling 1798 werd het leenrecht afgeschaft. Bij De Groot was het leenrecht nog de tweede vorm van 'erfelijke tocht' naast de erfelijke tocht, die een 'onerfaenhangige' vorm van gebrekkig eigendom was, diendend tot tegenwoordig nut. Zie De Groot 1631, p. 4A. Een online versie van dit werk uit 1631 is te raadplegen via de browser voor gedigitaliseerd materiaal van de afdeling Bijzondere collecties van de Universiteitsbibliotheek Utrecht: <objects.library.uu.nl/reader/index.php?obj=1874-198737&lan=en#page//13/35/75/13357520639292162133299102106754897 1972.jpg/mode/1up>. Geraadpleegd op 17 april 2018.

rechten en de onderliggende titel van vestiging bij de verbintenissen.[31] Omdat verspreiding van het onderwerp over meerdere rubrieken van het wetboek onwenselijk werd geacht, werd het plan bijgesteld en het recht van erfpacht alleen nog bij de zaken behandeld.[32]

Vanaf het eerste ontwerp voor een wettelijke regeling van het erfpachtrecht werd een regeling van regelend recht voorzien die beoogde eventuele leemten in de erfpachtvoorwaarden aan te vullen en voor het overige de inhoud van het recht overliet aan de contractvrijheid van partijen.[33] Het Ontwerp Kemper uit 1816 vormde daarop een uitzondering omdat dit ontwerp was bedoeld als alomvattend wetboek gebaseerd op de traditie van het Rooms-Hollands recht.[34] Het Ontwerp 1816 bevatte 47 bepalingen over het erfpachtrecht in het boek over zaken en 23 bepalingen over het benoemde contract van erfpachtgunning in het boek over verbintenissen.[35] In de titel over de erfpachtgunning werden de verbintenisrechtelijke zaken geregeld die volgden uit de aan de vestiging ten grondslag liggende overeenkomst.[36] In de andere ontwerpen werden die onderwerpen bij het zakenrecht geregeld, maar deze dogmatisch juistere indeling toonde duidelijk aan dat aan het zakelijk recht verbintenisrechtelijke aspecten kleefden, dat aan de vestiging van het zakelijk recht een overeenkomst ten grondslag kon liggen die verbintenissen met zich bracht die ook na vestiging moesten worden nagekomen. Een alomvattend wetboek waarin erfpacht bepalingen waren verspreid over verschillende delen werd inefficiënt en niet praktisch bruikbaar geacht. Bij het inkorten van het Ontwerp 1816 sneuvelde de afdeling over het benoemde contract van erfpachtgunning en werden beide titels over erfpacht weer samengevoegd in

31 Het plan van Cras volgde de indeling van De Groot op de voet. Erfpacht was opgenomen in het tweede boek dat handelde over toebehoren, in de eerste afdeling over 'beheer'. Het recht van erfpacht was ook hier een vorm van erfelijke tocht, die een onerfaanhangige vorm van gebrekkig eigendom was. Nummer 47 handelde over de wijze waarop erfpacht verkregen en verloren werd. In de tweede afdeling van Boek II die handelde over 'inschuld' waren opgenomen 'de meest gebruikelijke toezeggingen over overkomingen', waaronder bij nummer 16 de Erfpachtgunning. Zie Aa, De Smidt & Huussen 1968, p. 67 en 69.

32 Aa, De Smidt & Huussen 1968, p. 82-83. Het recht van huisgebouw werd eveneens in het wetboek opgenomen en op voorstel van commissielid Wierdsma omgedoopt tot het recht van opstal. Waar De Groot erfpacht en opstal op verschillende plaatsen in de systematiek behandelde, stonden de rechten in het Plan Cras direct onder elkaar in dezelfde categorie. Deze samenvoeging was van belang omdat latere wetgevers de rechten veelal in nauw verband tot elkaar beschouwden, terwijl de rechten onder het Rooms-Hollands recht op verschillende plaatsen in de systematiek waren opgenomen.

33 Dit geldt voor het Voorontwerp Wierdsma opgenomen in Van Gessel-de Roo 1991, p. 96-106 en voor het ontwerp Van der Linden uit 1807 opgenomen in de heruitgave Van der Linden 1807. Het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland uit 1809 volgde de indeling van de Code Civil en voegde het erfpachtrecht toe aan het boek over verbintenissen (als een wijze van eigendomsverkrijging), zie Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland, Staatsdrukkerij 1809. De Universiteitsbibliotheek Utrecht stelt een gedigitaliseerde versie van het ter beschikking die online en in pdf-formaat bekeken kan worden: <objects.library.uu.nl/reader/index.php?obj=1874-31064>. Geraadpleegd op 2 juli 2018.

34 Florijn 1994, p. 13 en Cleveringa 1938 onder verwijzing naar Voorduin 1837, deel I. Lokin & Zwalve 2001, p. 295 noemen dit 'de valkuil van de materiële volledigheid'. De bepalingen over het zakenrecht uit het ontwerp 1816 zijn opgenomen in de bronnenuitgave Van Gessel-de Roo 1991, p. 161-371.

35 Zie voor de bepalingen over het erfpachtrecht Van Gessel-de Roo 1991, p. 283-297. Zie voor de bepalingen over het recht van erfpachtgunning Kemper, Bijleveld & Reuvens 1816, art. 2873-2895 (ongepagineerd).

36 Na vestiging had de eigenaar bijvoorbeeld een vordering op de erfpachter ter hoogte van de jaarlijkse pacht en de dubbele pacht in de gevallen waarin die was vereist (art. 2881). De persoonlijke vorderingen van de eigenaar gingen over op zijn rechtsopvolger wanneer de eigendom werd overgedragen (art. 2893) en datzelfde gold voor de persoonlijke vorderingen van de erfpachter (art. 2894). Uitvoerig geregeld was de persoonlijke verplichting tot betaling van de jaarlijkse erfpacht (art. 2882-2887), waaruit onder andere bleek dat de hoogte van de canon gerelateerd werd aan de opbrengst van de grond. Bij het einde van het recht had de eigenaar een persoonlijke vordering op de erfpachter tot teruggave van de onroerende zaak in de staat waarin deze werd uitgegeven. De erfpachter kon niet van de eigenaar eisen dat deze de gebouwen en verbeteringen overnam of daar een vergoeding voor betaalde (art. 2889). Zie Kemper, Bijleveld & Reuvens 1816.

het boek over zaken.[37] Ook de volgende commissie ontwierp een wetboek met algemene uitgangspunten. Het resultaat daarvan bestond onder meer uit de wet van 10 januari 1824 die de erfpachttitel voor het Burgerlijk Wetboek bevatte nadat het parlement eerder met een kleine meerderheid had besloten dat het recht van erfpacht in het wetboek moest worden opgenomen.[38] De erfpachttitel werd meteen ingevoerd omdat daaraan in de praktijk behoefte bestond en het geldende recht uit de Code civil geen regeling over erfpacht kende.[39] Na de afscheiding van België werd de erfpachtwet aangepast en in die vorm opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van 1838.[40] De erfpachttitel bleef ongewijzigd van kracht tot 1 januari 1992. Gedurende de ruim veertig jaar dat de ontwikkeling van het nieuwe BW vergde werd de erfpachttitel in beperkte mate aangepast aan de praktijk van stedelijke erfpacht, maar een ingrijpende wijziging van het bestaande recht van erfpacht werd niet beoogd. Opvallend was dat de canonverplichting, die in alle eerdere ontwerpen tot het wezen van het erfpachtrecht werd gerekend en tot een kenmerkende verbintenis tussen erfpachter en erfverpachter leidde, in het nieuwe BW facultatief werd gemaakt.[41]

De erfpachttitels uit het oude BW en alle daaraan voorafgaande ontwerpen waren opgesteld met het oog op toepassingen van het recht van erfpacht in de landbouw, met name ter ontginning van woeste gronden.[42] Kenmerkend voor het erfpachtrecht zoals het van oudsher in Nederland in gebruik was waren de lange duur waarvoor het recht werd gevestigd en de tegenprestatie die de erfpachter aan de erfverpachter verschuldigd was. Uit wetseconomisch oogpunt koos de wetgever er steeds voor alle bepalingen met betrekking tot het erfpachtrecht in het deel over zakenrecht op te nemen, met als gevolg dat de verbintenisrechtelijke kanten van de langdurige rechtsverhouding, waaronder het contract van erfpachtgunning, ongeregeld bleven. Dit hiaat in de regelgeving heeft geleid tot discussie in de doctrine en de rechtspraak zoals uit par. 2.3 en 2.4 zal blijken.

2.2.2 Gelaagde structuur vermogensrecht naar NBW

Bij de beantwoording van de vraag naar het toepasselijke recht op erfpachtverhoudingen moet de gelaagde structuur van het huidige Burgerlijk Wetboek in aanmerking worden genomen.[43] Het vermogensrecht is in het wetboek opgebouwd uit een algemene regeling in de Boeken 3 en 4 BW gevolgd door bijzon-

37 Zie voor de erfpachtbepalingen van het Ontwerp 1820 Van Gessel-de Roo 1991, p. 283-297.

38 *Kamerstukken II* 1822/23, X, 5, p. 694 over vraagpunten: "Daar de Kamer te regt heeft begrepen, dat over het: regt van opstal, zal behooren te worden gehandeld, bestaat er ook geene overwegende reden, om niet mede van: erfpacht, en: grondrenten, te spreken. Het een en ander bestaat in vele gewesten, en de wetgever behoort bij het opstellen van een Burgerlijk Wetboek, voorzeker zoodanige stoffe van gewigt niet uit het oog te verliezen." Zie ook Voorduin 1837, p. 514.

39 *Stb*. 1824, 78. Ook de titel over het recht van opstal kreeg op 1 januari 1825 kracht van wet.

40 *Stb*. 1833, 17. Bij de wetswijziging werden de dwingend opgelegde beperkingen in de duur van het recht afgeschaft waarmee de gehele regeling van regelend recht werd.

41 In de hoofdstukken over het toestemmingsvereiste, canonherziening en het beëindigen van erfpachtrechten wordt kort ingegaan op de totstandkoming van de betreffende wettelijke bepalingen van het NBW.

42 Voorduin 1837, III, p. 517-520, De Beaufort 1882, p. 20, Diephuis 1857, p. 377.

43 PG Algemeen deel BW, p. 133-134. Zie ook Reehuis 2015, p. 5-6, Hartkamp 2017a, p. 19-21 en Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, p. 1-3. Zie Van Boom 2003 over het verwateren van de gelaagde structuur onder invloed van Europese regelgeving.

dere regelingen in de Boeken 5-8 BW.[44] Op de bijzondere regelingen zijn de bepalingen van de algemene regeling van toepassing tenzij daar in de betreffende bijzondere regeling van wordt afgeweken. Dezelfde structuur van algemeen naar bijzonder wordt binnen de boeken, de titels en de afdelingen gehanteerd. Deze systematiek van de gelaagde structuur dient de overzichtelijkheid en de kenbaarheid van het recht en daarmee de rechtszekerheid.[45]

Het goederenrecht heeft betrekking op de rechtspositie van personen in verhouding tot goederen en regelt de macht over goederen en de wijze waarop in die machtsposities verandering kan worden gebracht.[46] Het statische en dwingendrechtelijke goederenrecht is geregeld in Boek 3 en Boek 5 BW. Het verbintenissenrecht ziet op rechtsverhoudingen tussen personen onderling waarbij de inhoud van die rechtsverhouding in hoge mate aan partijen en de maatschappelijke ontwikkeling wordt overgelaten. Het regelende verbintenissenrecht is geregeld in Boek 6 BW voor de algemene bepalingen en in de Boeken 7 en 8 BW voor specifieke bepalingen voor bijzondere overeenkomsten. Met het handhaven van deze hoofdindeling bleef bij de invoering van het nieuwe BW de vraag naar de toepassing van het verbintenissenrecht op erfpachtverhoudingen, die ook onder het OBW werd gesteld, actueel. Uit de gelaagde structuur van het vermogensrecht volgt dat op het beperkt recht van erfpacht de bijzondere regels over het zakelijk recht van erfpacht uit titel 5.7 BW van toepassing zijn en daarnaast de algemene regels voor het vermogensrecht van Boek 3 BW.[47] De regels van Boek 6 BW zijn dus niet direct van toepassing op de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter. Maar zo strikt moet de hoofdindeling niet opgevat worden.

De strikte scheiding tussen goederenrecht, met regels voor absolute rechten, en verbintenissenrecht, met regels voor relatieve rechten, vindt geen grond in de werkelijkheid, maar dient primair de overzichtelijkheid van het wetboek en wordt in het stelsel van het huidige BW op verschillende manieren doorbroken.[48] Dat blijkt ten eerste uit het toekennen van enige zakelijke werking aan sommige relatieve rechten, zoals in het huurrecht en het pachtrecht en de in 1992 geïntroduceerde kwalitatieve verbintenis. Ten tweede wordt het strikte onderscheid doorbroken door schakelbepalingen die bepaalde regelingen van overeenkomstige toepassing verklaren op andere vermogensrechtelijke verhoudingen. Ten derde nodigen de schakelbepalingen en de open normen die het wetboek bevat de rechter uit tot analoge toepassing van verbintenisrechtelijke bepalingen op andere vermogensrechtelijke verhoudingen. Hartkamp spreekt van een relativering van het strikte onderscheid dat via de dogmatiek in het nieuwe wetboek is opge-

44 In 2012 werd het BW aangevuld met Boek 10 over Internationaal privaatrecht waar in het kader van dit onderzoek geen aandacht aan wordt besteed.

45 Hartkamp 2017a, p. 7-8. Zie ook Smits 1998 en PG Boek 3 BW, p. 157-158 (TM): '(...) heeft het ontwerp een algemene regeling van de rechtshandeling verkozen boven het behandelen der algemene vragen bij bijzondere onderwerpen. Het ontwerp beperkt zich echter tot die regels, die zich tot algemene, op alle of de meeste rechtshandelingen toepasselijke bepalingen lenen. Bij de verschillende rechtshandelingen behoeven dientengevolge alleen de afwijkende of de aan die handeling eigen regels ten aanzien van de in deze afdeling behandelde onderwerpen opgenomen te worden.'

46 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/22-23 en Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 3 en 7.

47 Reehuis 2015, p. 27.

48 Hartkamp 2017a, p. 46-48. Zo ook Du Perron 1999, p. 4: "Het absolute recht en het relatieve recht zijn juridische constructies met ieder een eigen functie."

nomen.[49] Ook Nieuwenhuis en Reehuis onderschrijven dat het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht om didactische redenen nuttig is, maar dat in de praktijk de grenzen vervagen.[50]

Conform de hoofdindeling van het vermogensrecht wordt de verbintenis onderscheiden van een recht op een goed.[51] Het onderscheid wordt in ruime zin en in enge zin opgevat. In ruime zin betreft het de gehele rechtsverhouding, de gehele betrekking tussen een persoon en een goed of tussen een persoon en een ander persoon. In ruime zin is een recht van erfpacht een gebruiksrecht op een onroerende zaak van een ander en omvat dat beperkte recht de hele inhoud ervan. In enge zin wordt per bevoegdheid en per verplichting beoordeeld of deze goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijk van aard is. Het is de vraag of bij erfpachtrechten een benadering in enge zin op zijn plaats zou zijn of dat de gehele rechtsverhouding als of goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk dient te worden gekwalificeerd. Een argument voor de eerste benadering kan gevonden worden in de schakelbepalingen van het NBW.

2.2.3 De schakelbepalingen

Het nieuwe BW heeft de strenge scheiding van goederen- en verbintenissenrecht onder meer doorbroken met behulp van de schakelbepalingen die regelingen uit het ene deel van het wetboek van overeenkomstige toepassing verklaren op rechtsfiguren uit andere delen.[52] Voor beperkte rechten zijn met name de schakelbepalingen art. 3:98 BW en art. 6:216 BW van belang. Art. 3:98 BW verklaart de regels over overdracht van goederen van overeenkomstige toepassing op de vestiging, de overdracht en de afstand van beperkte rechten op goederen. Art. 6:216 BW verklaart de afdelingen 6.5.1-6.5.4 BW, die betrekking hebben op de verbintenisscheppende overeenkomst, van overeenkomstige toepassing op 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen', waaronder onder meer

49 Hartkamp 2017a, p. 46-47: De wijzigingen die het nieuwe BW bracht 'op het gebied van de rechtstechniek, van de dogmatiek in engere zin (…) die gemeen hebben dat zij getuigenis afleggen van het rechtsverfijnende, relativerende denken dat kenmerkend is voor de moderne privaatrechtwetenschap'. Snijders 2002 benadrukte de openheid van het vermogensrecht van het nieuwe BW, bedoeld om ruimte te bieden aan nieuwe rechtsfiguren. Het gesloten stelsel van het goederenrecht had alleen betrekking op eigendom en beperkte rechten en moest niet worden verbreed naar een strikt onderscheid tussen absolute en relatieve rechten.

50 Nieuwenhuis 2013, p. 9-10: "De onderscheidingen die in het voorgaande aan de orde kwamen (absoluut/relatief; zakelijk/persoonlijk; beperkt recht/vorderingsrecht) vormen geen ondoordringbare scheidsmuur die het bestaan van overgangsvormen onmogelijk maakt. Integendeel: het BW kent allerlei rechtsfiguren waarbij de hier getrokken grenzen vervloeien." Zie ook Reehuis 2015, p. 3: "Het maken van onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht kent weliswaar zijn nut, maar beide rechtsgebieden zijn niet los van elkaar te zien. Ze zijn als onderdelen van het vermogensrecht *onlosmakelijk* met elkaar verbonden." Vgl. Hartkamp 2017a, p. 67: "De soepelheid van het nieuwe stelsel wordt gediend door het in principe regelende karakter van het verbintenissenrecht en door de ruime mate van vrijheid om vorm te geven aan de inhoud van beperkte rechten; door het accent dat de schakelbepalingen leggen op de wenselijkheid van analogische rechtstoepassing; door de vrijheid die de vele open normen aan de rechter bieden; door de in de art. 3:13, 6:2 lid 2 en 248 lid 2 gelegen mogelijkheden om in een gegeven geval te knellende normen van contract of wet (regelend én dwingend) opzij te zetten; door de geest van relativering die in dogmatisch opzicht in het nieuwe recht te bespeuren valt."

51 Asser/Sieburgh *6-I* 2016/7. Sieburgh handhaaft hier, net als in de vorige druk van dit handboek, de idee van een zakelijk recht als een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen een persoon en een goed.

52 Reehuis 2015, p. 6-7, Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, p. 3 en Hartkamp 2017a, p. 19-21.

goederenrechtelijke overeenkomsten worden verstaan.[53] De formulering laat in het midden of de goederenrechtelijke overeenkomst ook verbintenisscheppend zou kunnen zijn.[54] De overeenkomstige toepassing betreft de bepalingen over de totstandkoming van overeenkomsten van afd. 6.5.2 BW, de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW en de rechtsgevolgen van overeenkomsten van afd. 6.5.4 BW. Geen overeenkomstige toepassing vindt plaats indien de strekking van deze bepalingen in verband met de aard van de goederenrechtelijke rechtshandeling zich tegen overeenkomstige toepassing verzet, zoals geformuleerd aan het slot van art. 6:216 BW. Voor erfpachtrechten brengt de overeenkomstige toepassing mee dat naast de algemene voorwaardenregeling ook art. 6:248 BW waarin de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn neergelegd, van toepassing kan zijn. Een punt van kritiek vormt de toepassing van algemene bepalingen over met name de nietigheid en vernietigbaarheid van overeenkomsten op duurovereenkomsten, waartoe de erfpachtverhouding gezien de vestiging voor lange tijd gerekend mag worden.[55] Het algemeen deel van het overeenkomstenrecht is geschreven voor eenmaligheid, maar bepalingen zoals art. 6:248 BW en art. 6:258 BW over onvoorziene omstandigheden lijken juist geschreven voor rechtsverhoudingen met een lange duur.

Het is de vraag of de overeenkomstige toepassing van afdelingen 6.5.1-6.5.4 BW uitsluitend de goederenrechtelijke overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht betreft of ook geldt voor de verbintenissen tussen erfpachter en grondeigenaar die gedurende de looptijd van het recht voortvloeien uit het erfpachtrecht. De schakelbepaling vereist een meerzijdige vermogensrechtelijke rechts*handeling*. Aan verbintenissen die voortvloeien uit een eenmaal gevestigd erfpachtrecht ligt vaak geen nieuwe rechtshandeling ten grondslag, terwijl de overeenkomst die aan de vestiging ten grondslag lag daarna voor de inhoud van het recht geen betekenis meer heeft. Doorslaggevend voor een overeenkomst is of partijen op een of andere wijze hun onderlinge rechtsverhouding willen regelen.[56] Dat is bij het vestigen van een erfpachtrecht steeds het geval, omdat naast het rechtsgevolg van het ontstaan van een beperkt recht er tevens onderlinge bevoegdheden en verplichtingen in het leven worden geroepen die voor de duur van het beperkt recht de rechtsverhouding zullen bepalen. Maar gedurende de lange duur van het

53 PG Boek 6 BW, p. 837 (TM): "Deze bepalingen zijn immers van dien aard dat toepassing daarvan op de bedoelde [andere meerzijdige vermogensrechtelijke] rechtshandelingen op haar plaats is, zolang niet moet worden vastgesteld dat dit in strijd zou zijn met de aard van de betrokken rechtshandeling. Daarmede is niet a contrario gezegd dat buiten de aangegeven gevallen voor analogische toepassing geen plaats zou zijn. Deze toepassing is daar slechts niet voorgeschreven (…) en dus wordt het aan de vrije waardering van de rechter overgelaten daartoe over te gaan indien hij daartoe voldoende grond aanwezig acht."

54 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/23 maakt onderscheid tussen verbintenisscheppende overeenkomsten en goederenrechtelijke overeenkomsten: "Gelijk men overeenkomsten die (of: voor zover zij) verbintenissen in het leven roepen, verbintenisscheppende of obligatoire overeenkomsten noemt, zo noemt men overeenkomsten, voor zover zij een zakelijk recht of een ander recht op een goed vestigen goederenrechtelijke overeenkomsten."

55 Hammerstein & Vranken 2003, p. 52: "Het belangrijkste kenmerk van een duurovereenkomst is dat er een rechtsverhouding bestaat waarbij partijen zich hebben verbonden gedurende een bepaalde of onbepaalde tijd over en weer een of meer bepaalde prestaties te verrichten. De prestaties dienen voortdurend, telkens terugkerend of opeenvolgend te zijn." In 2018 heeft de Hoge Raad arrest gewezen waarin algemene regels zijn opgenomen over de opzegging van duurovereenkomsten, HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98 (*Goglio/SMQ*). Het ging in casu om een licentieovereenkomst, waarvoor geen wettelijke opzegregeling bestaat. Uit het arrest blijkt echter dat ook als dat wel het geval is, en voor erfpachtrechten is de bevoegdheid tot opzegging geregeld in art. 5:87 BW, dat niet wegneemt dat op grond van art. 6:248 BW zowel de aanvullende als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een rol kunnen spelen, zie r.o. 3.6.2-3.6.4 van het arrest.

56 Reehuis 2015, p. 183.

erfpachtrecht ontstaan ook verbintenissen en indien partijen hun recht overdragen aan rechtsopvolgers ligt aan de verhouding tussen erfverpachter en erfpachter niet langer een overeenkomst tussen die bepaalde partijen ten grondslag maar volgt deze uit het beperkte recht. De voorstanders van een strenge scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht ontwaren hier geen andere overeenkomst dan de goederenrechtelijke overeenkomst die met het vestigen van het recht is uitgewerkt. Het rechtsgevolg van de vestiging is het ontstaan van het gebruiksrecht van de erfpachter op een onroerende zaak van de erfverpachter, zodat na de vestiging beide partijen een bepaald recht op dezelfde onroerende zaak hebben. Betreft dit rechtsgevolg dan rechtstreeks hun onderlinge verhouding? Een traditionele goederenrechtelijke benadering beantwoordt deze vraag ontkennend omdat het rechtsgevolg primair de verhouding tussen de personen en de onroerende zaak regelt en niet rechtstreeks hun onderlinge verhouding. Uitgaande van de opvatting dat alle rechtsverhoudingen tussen personen plaatsvinden, moet het antwoord echter bevestigend luiden omdat het rechtsgevolg niet alleen de rechtsbetrekking tussen de erfpachter of de erfverpachter en alle andere rechtssubjecten betreft, maar tevens de onderlinge verhouding tussen twee bepaalde personen in hun hoedanigheid van erfpachter en erfverpachter. Daarmee lijken de schakelbepalingen de toepassing van delen van het algemeen verbintenissenrecht op erfpachtverhoudingen mogelijk te maken. De wetgever heeft er geen twijfel over laten bestaan dat de schakelbepaling de grondslag vormt voor de toepassing van de algemene voorwaardenregeling op erfpachtrechten.[57]

2.2.4 Verbintenissen uit beperkte rechten

Een verbintenis is een door het recht erkende en geregelde verhouding tussen personen met een vermogensrechtelijk karakter.[58] Boek 6 BW bevat de algemene regels die voor alle rechtens afdwingbare verbintenissen gelden. Bij de vestiging van een erfpachtrecht ontstaat een rechtsbetrekking tussen de betrokken personen die als de ‘erfpachtverhouding’ kan worden aangeduid en door de wet in titel 5.7 BW wordt erkend en geregeld en daarom een vermogensrechtelijk karakter heeft. De definitiebepaling van art. 5:85 BW spreekt in lid 1 over de erfpachter die bevoegd is ‘eens anders onroerende zaak’ te houden en te gebruiken en in lid 2 over de mogelijkheid de erfpachter te verplichten de eigenaar een canon te betalen. De erfpachter en de erfverpachter zijn twee rechtssubjecten en de vermogensrechtelijke verhouding blijkt uit de aanduiding ‘zakelijk recht’ en uit de plaatsing van de regeling in Boek 5 van het wetboek. Ten aanzien van de verbintenissen die uit het erfpachtrecht voortvloeien moet een onderscheid gemaakt worden naar de bron van het beding waaruit de verbintenis voortvloeit. Die bron kan zakelijk of obligatoir zijn en indien zakelijk, volgen uit de wet of uit een partijafspraak.

57 De toepassing van de algemene voorwaardenregeling op erfpachtverhoudingen wordt nader besproken in hoofdstuk 3.

58 Asser/Sieburgh *6-I* 2016/6: “Onder verbintenis moet worden verstaan een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is.” PG Boek 6 BW, p. 37: “Zoals in Boek 5 geen bepaling is opgenomen houdende een definitie van het zakelijk recht, zo heeft het ontwerp, evenals het huidige BW en de meeste buitenlandse wetboeken, het opstellen van een definitie van het begrip verbintenis aan de wetenschap overgelaten.”

Erfpachter en erfverpachter kunnen naast de in de wet geregelde onderwerpen ook andere zaken onderling regelen en ook deze aanvullende bevoegdheden en verplichtingen kunnen verbintenissen van partijen jegens elkaar met zich brengen. Op obligatoire bedingen in erfpachtverhoudingen zijn de regels van Boek 6 BW direct van toepassing, ook indien deze zijn opgenomen in de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden.[59] Een canonverplichting die niet in de vestigingsakte is opgenomen en dus niet aan de formele eisen voldoet geldt uitsluitend tussen partijen en niet voor rechtsopvolgers, en leidt voor betrokkenen tot verbintenissen waarop Boek 6 BW direct van toepassing is.

Bij verbintenissen uit zakelijke bedingen is Boek 6 BW niet altijd direct van toepassing. Voor zover de onderlinge bevoegdheden en verplichtingen die deel uitmaken van het erfpachtrecht direct uit de wet volgen is op de daaruit voortvloeiende verbintenissen Boek 6 BW van toepassing. Art. 6:1 BW vereist immers dat verbintenissen uit de wet voortvloeien en deze verbintenissen voldoen aan de omschrijving van de toelichting van de wetgever:

> "Bij een verbintenis staat tegenover de rechtsplicht van de één een vorderingsrecht van de ander, dat een bestanddeel van diens vermogen is, en in het algemeen overdraagbaar en executabel is. Een verbintenis is derhalve niet aanwezig, wanneer degene jegens wie de rechtsplicht bestaat, niet een met die rechtsplicht corresponderend vermogensrecht heeft."[60]

Uit de wet kan op drie manieren voortvloeien dat een bepaald feit een verbintenis doet ontstaan.[61] Ten eerste wijst de wet rechtstreeks feiten aan als bronnen van verbintenissen, naar soort zoals bij de overeenkomst en bij onrechtmatige daad of afzonderlijk zoals bij onverschuldigde betaling. Ten tweede wijst de wet via ongeschreven recht bepaalde feiten aan als bronnen van verbintenissen zoals met de verwijzing naar verkeersopvattingen in art. 6:162 lid 2 BW. Ten derde kan een feit waarvoor de wet geen regeling biedt toch een verbintenis doen ontstaan omdat dit past in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen.[62]

De wet wijst in de erfpachttitel in beperkte mate rechtstreeks feiten aan die als bron van een verbintenis dienen. Het duidelijkste voorbeeld van een door de wet aangewezen feit dat een verbintenis doet ontstaan is art. 5:85 lid 2 BW waarin is bepaald dat aan de erfpachter de verplichting kan worden opgelegd om 'aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom – de canon – te betalen.' Indien partijen conform deze wetsbepaling een canon afspreken leidt dat tot het ontstaan van verbintenissen rechtstreeks uit de wet. Aange-

59 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/217: "Indien bevoegdheden en verplichtingen worden overeengekomen die onvoldoende verband houden met het wezen van het recht van erfpacht, zullen deze slechts bij uitzondering als een kwalitatief beding op grond van art. 6:252 BW kunnen worden opgenomen. Een dergelijk beding kan immers slechts betrekking hebben op verplichtingen om iets te dulden of niet te doen. Wel kunnen zij als kettingbeding worden opgelegd. Het is gebruikelijk in erfpachtvoorwaarden op te nemen dat alle bepalingen die geen goederenrechtelijke werking zullen blijken te hebben, gelden als kettingbedingen."

60 PG Boek 6 BW, p. 37-38.

61 Reehuis 2015, p. 188-190. Zie ook Asser/Sieburgh *6-I* 2016/47 en Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, p. 231-232.

62 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548, m.nt. DJV (*Quint/Te Poel*). Deze ruime uitleg is gecodificeerd in het woord 'voortvloeit' in art. 6:1 BW. Vgl. Snijders 2002, p. 37-38.

nomen mag worden dat verbintenissen kunnen voortvloeien uit wettelijke bepalingen van dwingend en van regelend recht. Titel 5.7 BW laat in veel artikelen partijen in meer of mindere mate vrij in de vestigingsakte een afwijkende regeling af te spreken. Verbintenissen die voortvloeien uit een dergelijke eigen regeling van partijen die afwijkt van regelend recht moeten ook worden beschouwd als verbintenissen waarop Boek 6 BW in beginsel van toepassing is.

Bevoegdheden en verplichtingen met betrekking tot een erfpachtrecht die niet wettelijk geregeld zijn dienen om deel uit te maken van de inhoud van een erfpachtrecht te voldoen aan het voldoende verband-vereiste. Het voldoende verband-vereiste houdt in dat een beding uit erfpachtvoorwaarden over een onderwerp dat de wet niet regelt zakelijke werking heeft indien er voldoende verband tussen het beding en het zakelijk recht bestaat dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.[63] De wetgever heeft het voldoende verband-vereiste aangenomen en in de parlementaire geschiedenis toegelicht, maar niet wettelijk verankerd.[64] Naar mijn mening dient hier de derde wijze van het ontstaan van verbintenissen uit de wet te worden toegepast omdat bij bedingen die voldoen aan het voldoende verband-vereiste sprake is van een regeling die past in het stelsel van de wet. Dat op deze verbintenissen de regels van Boek 6 BW van toepassing zijn vindt steun in de toelichting van de wetgever op art. 6:1 BW:

> "Steeds wanneer uit een of meer wetsbepalingen, die direct of naar analogie toepasselijk zijn, voortvloeit dat voor de een jegens de ander een verplichting bestaat, waarmede voor die ander een recht correspondeert dat deel uitmaakt van zijn vermogen, bestaat er tussen deze beide personen een rechtens afdwingbare verbintenis in de zin van Boek 6 van het ontwerp."[65]

De verbintenissen die voortvloeien uit een zakelijk werkend beding uit erfpachtvoorwaarden moeten op grond van art. 6:227 BW steeds bepaalbaar zijn. In de vestigingsakte kan bijvoorbeeld worden bepaald dat de erfverpachter, in afwijking van art. 5:96 BW, het onderhoud van de onroerende zaak voor zijn rekening neemt.[66] Dat leidt tot een weinig specifieke verplichting tot uitvoering van onderhoud waarbij de omstandigheden van het geval moeten bepalen met welke frequentie en op welke wijze die verplichting dient te worden uitgevoerd. Uit het gebruiksrecht vloeit het belang van de erfpachter bij die verplichting voort, zodat gesteld kan worden dat zijn aanspraak op onderhoud door de erfverpachter deel uitmaakt van zijn vermogen als een deel van de waarde van het gebruiksrecht. Indien is afgesproken dat de erfverpachter de onroerende zaak ieder jaar in oktober zal inspecteren op het voorkomen van houtrot en bij het aantreffen daarvan direct de nodige herstelmaatregelen zal nemen, ontstaat een specifieke verplichting tot het periodiek uitvoeren van genoemde handelingen. Bij gebreke daarvan kan de erfpachter de schade eenvoudiger op de erfverpachter verhalen dan wan-

63 PG Boek 5 BW, p. 294-297 (VV II van 25 oktober 1961 en MvA II van 16 oktober 1972).
64 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/217.
65 PG Boek 6 BW, p. 40. In de doctrine wordt getwist over de vraag of dit een overeenkomstige toepassing via art. 6:216 BW betreft of een directe toepassing. Deze vraag wordt besproken in par. 2.3.
66 Art. 5:96 lid 1 BW bepaalt dat de erfpachter het gewone onderhoud van de onroerende zaak voor zijn rekening neemt, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Wie het buitengewoon onderhoud dient uit te voeren wordt in art. 5:96 BW in het midden gelaten.

neer de verplichting alleen in het algemeen gegeven is, maar dat laat onverlet dat uit de verplichting tot onderhoud verbintenissen kunnen voortvloeien.

Bartels en Van Mierlo stellen de voorvraag naar de aard van deze verbintenissen, maar zij verbinden daaraan niet direct de toepassing van Boek 6 BW.[67] Naar hun aard kunnen deze verbintenissen kwalitatief zijn in de zin van art. 6:252 BW, en daarmee echte verbintenissen of rechten en verplichtingen die de inhoud van het zakelijk recht (nader) bepalen en daarmee goederenrechtelijk van aard. Naar hun mening had de wetgever een duidelijke keuze gemaakt voor het zakelijk recht wat zou betekenen dat de aanvullende bevoegdheden en verplichtingen niet als verbintenissen kunnen worden opgevat nu zij onderdeel zijn van een zakelijk recht. Dat lijkt mij niet juist. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de bevoegdheden en verplichtingen als onderdeel van het erfpachtrecht en de verbintenissen die daar voor erfpachter en erfverpachter jegens elkaar uit kunnen voortvloeien. De keuze van de wetgever betrof de partijvrijheid en de zakelijke werking van bedingen die niet wettelijk geregeld waren, zoals blijkt uit de toelichting Meijers op Boek 5 BW:

> "Is dit het geval [partijen vestigen een recht dat voldoet aan de definitie van een in de wet geregeld zakelijk recht], dan kunnen partijen binnen de grenzen van de wettelijke definitie in beginsel aan dat recht inhoud geven die zij wensen, behoudens de volgende restricties. (…) Dientengevolge wordt de vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, teruggebracht tot het gebied, waaromtrent de wet zich van een regeling onthoudt (…). De tweede restrictie is dat, indien men bevoegdheden en verplichtingen, welke de wet niet regelt, tot inhoud van het zakelijk recht wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband moeten hebben met het zakelijke recht, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is."[68]

De Memorie van Antwoord bij titel 5.7 BW specificeerde het 'zodanig verband' uit de toelichting Meijers tot het vereiste van 'voldoende verband' zoals eerder bepleit door Treurniet, eveneens in het kader van de vaststelling van de partijvrijheid:

> "Een belangrijk aspect van het hier aan de orde gestelde probleem wordt gevormd door de vraag in hoeverre het partijen geoorloofd is aan het erfpachtsrecht kwalitatieve rechten en verplichtingen te verbinden die een onderdeel vormen van het recht zelf. Inderdaad worden de grenzen die hier aan de vrijheid van partijen worden gesteld, in de eerste plaats bepaald door de omschrijvingen die in de artikelen 5.7.1.1 en 5.8.1 van het recht van erfpacht en het recht van opstal worden gegeven. (…) Daarnaast is echter nog behoefte aan een andere grens, gelegen in de eis dat de hier bedoelde rechten en verplichtingen met het zakelijk recht waaraan zij zijn verbonden een zeker verband vertonen. (…) Beslissend is steeds of (…) er "voldoende verband" met het zakelijk recht

67 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/47.

68 PG Boek 5 BW, p. 3 (TM) met het volgende voorbeeld en oplossing voor twijfelgevallen: "Zo zullen grondeigenaar en opstaller wel een regeling van de onderlinge draagplicht ten aanzien van belastingen die de grond betreffen tot inhoud van het opstalrecht kunnen maken, zodat ook de opvolgers onder bijzonder titel van elk der partijen aan die regeling gebonden zijn; niet echter een regeling van de draagplicht ten aanzien van b.v. inkomstenbelasting of alimentatiegelden, door een hunner verschuldigd. In twijfel gevallen zal de rechter moeten uitmaken of een beding voldoende verband met het betreffende zakelijk recht heeft, om te kunnen aannemen dat het tot de inhoud daarvan kan behoren."

bestaat, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Aan de rechter is overgelaten om in individuele gevallen na te gaan of aan deze maatstaf voldaan is."[69]

Bevoegdheden en verplichtingen die de wet niet regelt, die zijn opgenomen in de vestigingsakte en die voldoen aan het voldoende verband-vereiste maken deel uit van het goederenrechtelijk recht en gaan als zodanig over op rechtsopvolgers.[70] Deze zijn door het voldoende verband als het ware kwalitatief geworden en gelden voor eenieder die de kwaliteit van erfpachter of erfverpachter bezit. Dat gelijke behandeling met wettelijk geregelde bedingen gerechtvaardigd is maakt dat het voldoende verband-vereiste aansluit bij in de wet geregelde gevallen zodat op de hieruit voortvloeiende verbintenissen het instrumentarium van Boek 6 BW van toepassing is. Dat geldt ook (en juist) als het gaat om verplichtingen tot een doen. Verplichtingen tot dulden en niet doen gelden reeds op grond van art. 6:251 en 6:252 BW, maar in de doctrine verschillen de meningen over de dogmatische vraag of ook verplichtingen tot een doen met kwalitatieve werking kunnen worden afgesproken indien een dergelijke verplichting geen wettelijke grondslag heeft. Bartels ziet geen probleem voor verplichtingen tot een doen die voldoende verband houden met het wezen van het erfpachtrecht, ook al staat een meerderheid in de literatuur daar terughoudend tegenover.[71] Evenmin staat Bartels afwijzend tegen toepassing van het verbintenissenrecht bij zakelijke rechten:

"Het karakter van zakelijk recht houdt niet zonder meer in dat verbintenisrechtelijke bepalingen geen rol kunnen spelen. Te denken valt aan de toepasselijkheid van afdeling 6.5.3 op de veelal geldende erfpachtvoorwaarden, aan de schakelbepaling van art. 6:216 BW waardoor verbintenisrechtelijke regels in de erfpachtverhouding een rol kunnen spelen en aan de rol die de redelijkheid en billijkheid tussen eigenaar en erfpachter kan spelen."[72]

Toepassing van regels van verbintenissenrecht is in beginsel niet in strijd met de goederenrechtelijke aard van het erfpachtrecht, maar over de reikwijdte van die toepassing zijn de meningen verdeeld. Daaraan wordt ander aandacht besteed in par. 2.3.

---

69 PG Boek 5 BW, p. 296-297 (MvA II van 16 oktober 1972). Zie ook Treurniet 1957, p. 175-176.

70 Vonck 2013, p. 163-166 biedt een nuancering van vereisten waaraan bedingen uit erfpachtvoorwaarden dienen te voldoen willen zij kwalificeren als zakelijk werkend. Het moet gaan om bedingen die de machtsverhouding tot en de bestemming van de onroerende zaak betreffen.

71 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/217: "Omstreden is de vraag of ook andere verplichtingen tot een doen deel kunnen uitmaken van het erfpachtrecht. Te denken valt aan het opleggen van een (her)bouwplicht aan de erfpachter, de verplichting tot het plaatsen van een schutting of andere afscheiding, het aanleggen van een rioleringsstelsel. In de praktijk komen dergelijke verplichtingen veelvuldig voor in erfpachtakten. Mits voldaan is aan het vereiste dat de verplichting voldoende verband houdt met het wezen van het erfpachtrecht, lijkt er geen reden te zijn voor een categorische afwijzing van doe-verplichtingen als deel van het erfpachtrecht." Anders: Van Velten 2015, p. 579-584 en Struycken 2007, p. 412-413. Voorbeelden zijn de vaak voorkomende verplichting aan de erfpachter om een gebouw op te richten, de aanbiedingsplicht bij voorgenomen overdracht of het verplichte lidmaatschap van een beheervereniging.

72 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/215. Zie ook nr. 216a: "Op algemene erfpachtvoorwaarden zal in veel gevallen de algemene voorwaardenregeling van art. 6:231 BW e.v., van toepassing zijn (art. 6:216 BW)". Zie ook nr. 217 over de goederenrechtelijke werking van erfpachtvoorwaarden ten aanzien waarvan eveneens het voldoende verband-vereiste wordt gesteld.

2.2.5 Samenvatting wettelijk kader

De wet geeft geen aparte regeling voor de verbintenissen die voor betrokkenen bij een beperkt recht voortvloeien uit de inhoud van het recht. In de praktijk werden deze verbintenissen erkend, maar een voorstel de overeenkomst van erfpachtgunning te regelen haalde de erfpachtwet van 10 januari 1824 niet omdat het verwarrend zou werken indien het wetboek op twee verschillende plaatsen regels voor de erfpachtverhouding zou bevatten. Ook liet de wetgever veel ruimte voor de partijvrijheid om de inhoud van het recht naar eigen inzicht te bepalen. Verbintenissen uit goederenrechtelijke rechten passen niet in een wettelijk stelsel dat uitgaat van een tweedeling van zakelijke en relatieve rechten. Volgens de systematiek van het BW is het echter niet uitgesloten dat Boek 6 BW van toepassing is op een verbintenis die voortvloeit uit de inhoud van een zakelijk recht. De relativerende werking van het NBW bewerkstelligt dat verbintenisrechtelijke regels op verplichtingen uit erfpachtverhoudingen van toepassing kunnen zijn via de schakelbepaling van art. 6:216 BW, via analoge toepassing van de open norm van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW en eventueel via de rechtsfiguur van de kwalitatieve verbintenis.

Concluderend stel ik vast dat het stelsel van het nieuwe BW weliswaar de scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht als hoofdindeling van het oude BW heeft behouden, maar dat de relativering van dat onderscheid de toepassing van regels uit Boek 6 BW op verbintenissen die voortvloeien uit goederenrechtelijke rechtsverhoudingen niet in de weg staat. De wet kent geen afzonderlijke bepalingen over de aard van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter, maar zodra er onderling een verplichting met een corresponderend vorderingsrecht wordt afgesproken en deze verbintenis opeisbaar is geworden, is voldaan aan de omschrijving van een verbintenis en zijn de algemene regels over verbintenissen van toepassing, tenzij titel 5.7 BW een afwijkende regeling bevat. De huidige wet biedt daardoor aanknopingspunten voor zowel de strikt goederenrechtelijke opvatting als voor de meer relativerende opvatting van de erfpachtverhouding.

2.3 De doctrine over de rechtsverhouding

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de wetgever van de erfpachtwet van 10 januari 1824, die in 1838 in licht gewijzigde vorm werd opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, de verbintenisrechtelijke aspecten van de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter niet expliciet had geregeld omdat dit element van de rechtsverhouding buiten de hoofdindeling van goederenrecht en verbintenissenrecht viel en daarmee niet in het stelsel van de wet paste. Het NBW heeft met de introductie van kwalitatieve verbintenissen, schakelbepalingen en open normen een analoge toepassing van verbintenisrechtelijke bepalingen op goederenrechtelijke rechtsverhoudingen mogelijk gemaakt. Hoe die analoge toepassing precies vorm moest krijgen werd overgelaten aan de rechtspraktijk. In deze paragraaf wordt nagegaan hoe de rechtsgeleerde auteurs sinds de invoering van

het OBW in 1838 deze problematiek hebben beoordeeld. In de volgende paragraaf komt de rechtspraak aan bod.

2.3.1 Inleiding doctrine

De doctrine volgt over het algemeen de indeling van het wetboek en benadert de rechtsverhouding daarom zelden vanuit een verbintenisrechtelijk perspectief. Vanuit goederenrechtelijk oogpunt wordt vooral aandacht besteed aan de afbakening van rechten en verplichtingen met en zonder zakelijke werking, waarbij wel wordt geconstateerd dat afspraken tussen erfverpachter en erfpachter die onvoldoende verband houden met de relatie tot het goed, louter obligatoire werking kunnen hebben. Bekeken vanuit een verbintenisrechtelijk perspectief voldoen de onderlinge verplichtingen ook aan de omschrijving van een verbintenis en is er geen reden, anders dan de keuze van de wetgever, om de regels van Boek 6 BW niet op deze verbintenissen van toepassing te laten zijn. In de rechtsgeleerde literatuur zijn verschillende standpunten ingenomen over de vraag of Boek 6 BW van toepassing is op rechtsverhoudingen uit beperkte rechten in het algemeen en erfpachtrechten in het bijzonder. Zoals gezien was enerzijds Meijers van opvatting dat Boek 6 BW niet van toepassing was op zakelijke rechtsverhoudingen en was Schoordijk anderzijds van opvatting dat de erfpachtverhouding als een obligatoire verhouding moest worden beschouwd die door de wet in een zakelijk jasje was gestoken. Eggens koos voor een middenweg met de opvatting dat de rechtsverhouding zowel een zakelijke als een verbintenisrechtelijke kant heeft. Deze argumenten voor of tegen de stelling dat op verbintenissen uit de erfpachtverhouding de regels van Boek 6 BW van toepassing zijn worden hieronder in chronologische volgorde besproken. Deze bespreking wordt vooraf gegaan door een kort overzicht van de doctrine uit de negentiende en begin twintigste eeuw en besloten met een aantal recente opvattingen en een conclusie.

2.3.2 Verbintenissen uit de wet

De negentiende-eeuwse handboeken op het gebied van het burgerlijk recht gaven een uitleg van het OBW aan de hand van de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis zoals die bekend was uit de publicaties van Voorduin en Noordziek.[73] Deze handboeken volgden de hoofdindeling van de vermogensrechten, met de zakelijke rechten geregeld in Boek 2 OBW en de verbintenissen in Boek 3 OBW, wat betekende dat de bepalingen over het erfpachtrecht aan de orde kwamen in het deel over het zakenrecht, zonder aandacht voor de verbintenisrechtelijke kant van de rechtsverhouding. De bronnen van de verbintenis zoals aangeduid door art. 1269 OBW kwamen uitsluitend aan de orde bij de bespreking van het verbintenissenrecht.[74] Juist deze bepaling is voor dit onderzoek van belang. De handboeken die verschenen kort na het in werking treden van het BW in 1838, gaven een meer of minder letterlijke lezing van art. 1269 OBW en bepaalden aan de hand daarvan in hoeverre de regels van het verbintenissenrecht van

73 Voorduin 1837, Noordziek 1873-1878.
74 Art. 1269 OBW: “Alle verbindtenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet.” In de doctrine is alom fundamentele kritiek geuit op deze bepaling omdat de wet en de overeenkomst als bronnen van verbintenissen geen vergelijkbare grootheden zijn.

toepassing waren op rechten en verplichtingen die niet uit overeenkomst maar op andere wijze ontstonden.[75] Dat bij een erfpachtrecht sprake was van verbintenissen tussen erfverpachter en erfpachter was evident, het was alleen zaak deze in te passen in het stelsel van de wet. Sommige auteurs legden art. 1269 OBW over de bronnen van de verbintenis zo uit dat als wettelijke bron mede aangemerkt konden worden de Boeken 1 en 2 OBW. Verbintenissen uit personen- en familierecht, geregeld in Boek 1 OBW en uit het zakenrecht, geregeld in Boek 2 OBW, moesten gezien worden als verbintenissen uit de wet waarop de regels van het verbintenissenrecht uit Boek 3 OBW van toepassing waren. Enige voorbeelden volgen hieronder.

Een belangrijke vertegenwoordiger van de opvatting dat verbintenissen konden voortvloeien uit de wettelijke regels omtrent zakelijke rechten was de Groningse rechtsgeleerde G. Diephuis (1817-1892). Diephuis legde reeds in de eerste druk van zijn handboek voor het burgerlijk recht art. 1269 OBW zo uit dat onder verbintenissen die uit de wet ontstonden ook moesten worden begrepen de verbintenissen die konden ontstaan uit de wettelijke regeling van bepaalde zakelijke rechten zoals de rechtsbetrekking tussen de eigenaren van naburige erven.[76] Dat deze verbintenissen bestonden was vanzelfsprekend, vooral wanneer twee personen een verschillend recht op dezelfde zaak hadden:

> "Wij hebben hierbij [bij de verbintenis] enkel te denken aan betrekkingen tusschen personen, niet aan betrekkingen tusschen personen en zaken; maar hieruit kunnen betrekkingen tusschen personen voortvloeijen, met name wanneer deze een regt hebben op dezelfde zaak; zij zijn dan ook verbindtenissen, al behoort de bron waaruit ze geboren worden tot het zakenregt."[77]

De rechtsbetrekking tussen erfverpachter en erfpachter was in de visie van Diephuis een verbintenis die werd erkend en bekrachtigd door de wet, net als verbin-

75 Het handboek van Asser bood die ruimte, dat van De Pinto niet. Zie Asser 1838, p. 470: "Bij het opstellen van het Fransche regt is men van het dwaalbegrip uitgegaan, dat alle verbindtenissen haren oorsprong uit overeenkomsten afleiden, alzoo uit het oog verliezende, dat er vele verbindtenissen bestaan, welke zonder contract geboren worden, zoo als onder anderen de verplightingen, welke uit voogdij, curatele, uiterste willen, regten en verpligtingen tusschen eigenaars van naburige erven, enz. haren oorsprong ontleenen. Er bestaat alzoo geene enkele bepaling omtrent verbindtenissen, welke niet kan worden toegepast op regten en verpligtingen, welke hetzij door, hetzij buiten overeenkomst zijn ontstaan." De Pinto 1849, p. 187: "De verbindtenis is de wettelijke verpligting om iets te geven, te doen of niet te doen. Zij ontstaat: 1° Uit overeenkomst (Art. 1349-1387). 2° Uit de wet (Art. 1388-1416) Art. 1269."

76 Diephuis 1849, p. 7-9: "In den staat, waarin alles aan de wet onderworpen is, bestaat geen regt en geene verpligting, dan krachtens de wet; er bestaat dus in het oog der wet ook geene verbindtenis, die niet door haar is erkend. In zoo verre zou men kunnen zeggen, dat alle geldige verbindtenissen uit de wet ontstaan. Deze is echter niet voor allen de naaste bron, daar sommige verbindtenissen haar ontstaan van elders ontlenen en in de wet slechts eene, het zij meer algemeene, het zij meer bepaalde bekrachtiging en regeling vinden. (…) Die [verbintenissen], welke gezegd worden uit de wet alleen voort te spruiten, zijn het gevolg der betrekking, waarin men zich tot anderen bevindt, en waaraan de wet zelve bepaalde regten en verpligtingen heeft verbonden, zonder dat daartoe eenige bepaalde handeling van partijen noodig is. Zoo heeft de wet regten en verpligtingen, mitsdien verbindtenissen, vastgesteld tusschen (…) eigenaren van naburige erven, (…). Tusschen deze alleen kunnen wel door bepaalde handelingen nieuwe verbindtenissen worden geboren, maar die, welke de wet schept, ontstaan uit en door de wet alleen. Van dien aard zijn in het algemeen de verbindtenissen, geregeld in het eerste en tweede boek B.W."

77 Diephuis 1886a, p. 11-12.

tenissen uit familierecht.[78] De wettelijke bepalingen stelden de erfpachter meermalen tegenover, en dus in verhouding tot, de erfverpachter en daaruit kon een rechtsbetrekking voortvloeien. Het erfpachtrecht zelf omvatte een zakelijke rechtsverhouding tussen erfpachter en onroerende zaak. Diephuis benadrukte nog dat het recht van erfpacht volgens de wet een zakelijk recht was en dus van een heel andere aard dan het huurrecht, dat in de wet dan ook terecht op een heel andere plaats werd behandeld.[79]

Het erfpachtrecht was daarmee een rechtsbetrekking die door de wet geregeld werd en waaruit verbintenissen konden voortvloeiden. Op die verbintenissen uit het erfpachtrecht waren volgens Diephuis de regels van het verbintenissenrecht van toepassing. Ten onrechte maakte art. 1269 OBW geen onderscheid tussen enerzijds de bron en anderzijds de grondslag van de verbintenis.[80] Elke verbintenis had een bron in de wereld van de (rechts)feiten, dat kon een overeenkomst zijn of een (on)rechtmatige daad. De wet bood vervolgens de grondslag voor verbintenissen, maakte betrekkingen tot rechtsbetrekkingen waaraan rechtsgevolgen waren verbonden. De bron van de verbintenis die hier in geding was, was het zakelijk recht van erfpacht en de grondslag voor deze verbintenis werd gevormd door titel 7 van Boek 2 OBW. In deze titel stonden enige bepalingen die verplichtingen en bevoegdheden van de erfpachter en de grondeigenaar jegens elkaar regelden. Daarnaast bood art. 782 OBW een grondslag voor aanvullende regelingen tussen betrokkenen. De verbintenissen tussen erfpachter en erfverpachter hadden als bron het zakelijk recht en dat recht berustte op de wet. Dit moest gezien worden als een door de wet erkende oorzaak van het ontstaan van verbintenissen voor zover de wettelijke bepalingen over de inhoud van het erfpachtrecht verplichtingen van de erfpachter jegens de grondeigenaar mogelijk maakten.

De verplichting tot canonbetaling was een veel aangehaald voorbeeld van een verbintenis die als bron het zakelijk recht van erfpacht had en als grondslag de wet in de vorm van art. 767 OBW:

> "Er kan eene verbindtenis bestaan tusschen twee personen ten gevolge eener verschillende betrekking, waarin zij beide staan tot dezelfde zaak. Dit kan b.v. het geval zijn tusschen den eigenaar van het land en den beklemden meijer, die hem de vaste huur en, als het zo te pas komt, een geschenk schuldig is; *tusschen den eigenaar van het goed en den erfpachter, die hem pacht moet betalen*; tusschen hem die een tiendregt heeft en den tiendplichtige; tusschen den eigenaar van het heerschend en dien van het dienstbaar erf, wanneer deze volgens den titel belast is met de voor het genot der erfdienstbaarheid noodzakelijke werken (art. 736)."[81]

78 Diephuis 1886a, p. 12. Dat de wettelijke bepalingen volgens Diephuis de rechtsverhouding erkenden werd bevestigd in een passage over de vraag op welk object een recht van erfpacht gevestigd kon worden, Diephuis 1886b, p. 27-28: "En al stelt de wet meermalen tegenover den erfpachter den grondeigenaar; al spreekt zij meer dan eens van den grond, die meestal inderdaad het voorwerp is van het regt, en waarmede de erfpachter althans in betrekking komt, men zal daarom aan de uitdrukking der wet geene beperkte beteekenis moeten hechten."

79 Diephuis 1886b, p. 30.

80 Diephuis 1886a, p. 16. Het huidige art. 6:1 BW: 'Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit', vat het onderscheid van Diephuis (bron en grondslag) samen in één zin.

81 Diephuis 1886a, p. 35-36. Nadruk toegevoegd.

De genoemde verbintenissen waren bepaalbaar en partijen waren niet direct of onmiddellijk, maar middellijk, namelijk via de onroerende zaak, aan elkaar verbonden. Zij waren partij bij de verbintenissen in hun hoedanigheid van gerechtigde tot gebruik of eigendom van de onroerende zaak. Was een canonverplichting eenmaal opeisbaar, dan werd dit een persoonlijke verplichting van degene die op dat moment erfpachter was en deze verplichting ging niet over op zijn rechtsopvolger.[82] In de visie van Diephuis vormde het zakelijk recht van erfpacht de bron voor een of meer verbintenissen tussen erfpachter en erfverpachter en vormde titel 7 van Boek 2 OBW de grondslag voor die verbintenissen. Indien partijen eigen regelingen afspraken in plaats van de wettelijke bepalingen, dan gold de wet niet en was hun verbintenis uitsluitend obligatoir. Art. 782 OBW werkte niet zo ver door dat verbintenissen die op die grondslag werden gevestigd zakelijke werking kregen. Maar indien partijen een onderwerp niet regelden en de wet bevatte daarvoor een regeling, dan kon op grond van de wet een verbintenis tussen erfpachter en erfverpachter ontstaan. Bijvoorbeeld de verbintenis die de erfpachter verplichtte aan de erfverpachter de schade aan de grond te vergoeden die was ontstaan door het bij het eindigen van het recht wegnemen van door de erfpachter onverplicht gestelde gebouwen en gemaakte beplantingen conform art. 772 OBW. Er was geen sprake van een rechtsverhouding in algemene zin, wel kon er sprake zijn van bepaalbare verbintenissen die volgden uit het erfpachtrecht en die aan de hoedanigheid van erfpachter of erfverpachter waren verbonden. Aldus werden deze verbintenissen ingepast in het stelsel van de wet.

Andere auteurs deelden de opvatting van Diephuis dat het evident was dat er tussen erfpachter en erfverpachter verbintenissen ontstonden. Ook naar de mening van de Utrechtse hoogleraar C.W. Opzoomer (1821-1892) konden uit zakelijke rechten verbintenissen ontstaan en waren verbintenissen uit Boek 2 OBW te beschouwen als verbintenissen uit de wet in de zin van art. 1269 OBW.[83] Bij de vestiging van een recht van erfpacht ontstond op grond van de wet een rechtsbetrekking tussen erfpachter en erfverpachter. Het erfpachtrecht had volgens Opzoomer een verbintenisrechtelijke grondslag en was in de loop der tijd zodanig met bevoegdheden uitgebreid doordat het recht erfelijk was geworden, overdraagbaar, te bezwaren en dergelijke, dat het zakelijk was geworden. De verplichting tot canonbetaling maakte deel uit van het wezen van die rechtsbetrekking zodat de wettelijke definitie op dit punt dwingend was en het de contracterende partijen niet vrij stond eigen afspraken te maken.[84] Overigens was niet de vermelding van de jaarlijkse pacht in art. 767 OBW doorslaggevend, maar ‘wat door de rechtswetenschap geacht wordt een deel uit te maken van het

82 Diephuis 1886a, p. 36: “Neemt deze [betrekking tot de zaak] voor een hunner [erfpachter of erfverpachter] een einde, zoo houden zij ook op elkanders schuldeischer en schuldenaar te zijn, behalve voor zoo ver die betrekking reeds eene zelfstandige schuld heeft teweeg gebragt, zoo als ten aanzien der reeds verschenen pacht of vaste huur.”

83 Opzoomer 1850, p. 230-231: “Is dien ten gevolge de verbindtenis een regtsbetrekking tusschen verschillende personen, waardoor de één verpligt is en in regten kan genoodzaakt worden, om iets in het belang van den andere te doen of na te laten, dan moeten onder dit woord ook al die verbindtenissen begrepen zijn, die uit de wet in het 1ste en 2de boek voortspruiten.”

84 Opzoomer 1876, p. 514: “Erfpacht is pacht, huur, al is het dan ook een zoo eigenaardige, met zoo uitgebreide bevoegdheid toegeruste pacht of huur, dat een zakelijk recht uit haar geboren wordt. Maar is nu huur bestaanbaar zonder huurprijs? Ik kan het niet aannemen.”

wezen der erfpacht'.[85] In de visie van Opzoomer ging het recht altijd over verbintenissen, over betrekkingen tussen personen waarbij er een tot iets gehouden was en een ander tot iets bevoegd of gerechtigd was iets te vorderen.[86] Dit gold ook voor het zakenrecht, omdat:

> "Al heet het [boek 2 OBW] aan zaken gewijd, toch loopt het recht, dat men op een zaak heeft, altijd weer in een betrekking uit, waardoor een persoon tot iets gerechtigd, een ander tot iets verplicht is."[87]

De canonverplichting was een verbintenis die een wezenlijk onderdeel vormde van de rechtsbetrekking tussen erfpachter en erfverpachter en deze moest om die reden worden beschouwd als een verbintenis uit de wet in de zin van art. 1269 OBW:

> "Reeds hieruit [de parlementaire geschiedenis zoals weergegeven door Voorduin V, p. 13 en 16] bleek duidelijk genoeg, dat men bij een deel der verbintenissen, die uit de wet, wel bepaaldelijk dacht én aan het eerste én aan het tweede boek, al kunnen de verbintenissen daarin beschreven, ook even goed, soms zelfs alleen, door een overeenkomst tot stand worden gebracht. En het gevolg hiervan moest noodwendig dit zijn, dat men al die verbintenissen aan de bepalingen onderworpen achtte, die voor verbintenissen in het algemeen waren gegeven, en die men in de vier eerste titels had opgenomen."[88]

Daarnaast bood de wet in de vorm van art. 782 OBW partijen de vrijheid de verbintenissen te regelen die zij wensten, mits zij de grenzen van het wezen van het erfpachtrecht in acht namen. Waar Diephuis de verbintenissen die volgden uit zakelijke rechten inpaste in het stelsel van de wet door middel van uitleg van de bepaling over de bronnen van verbintenissen, volgden volgens Opzoomer de verbintenissen uit het wezen van het erfpachtrecht, dat in feite als een verzakelijkte overeenkomst moest worden beschouwd. Voor Diephuis pasten verbintenissen die hun grondslag vonden in art. 782 OBW niet in het stelsel van de wet, terwijl voor Opzoomer gold of de betreffende verbintenis volgde uit het wezen van het erfpachtrecht. In beide visies vloeiden er dus verbintenissen voort uit zakelijke rechten en was het verbintenissenrecht daarop van toepassing.

---

85 Opzoomer 1876, p. 513.

86 Opzoomer 1879, p. 5: "Men zou de stelling kunnen verdedigen, dat het geheele recht met niets anders te doen heeft dan met verbintenissen, het geheele privaatrecht dus met niets anders dan met privaatrechtelijke verbintenissen. En iedere verbintenis zou men als een betrekking tusschen personen kunnen voorstellen. Altijd, zoodikwijls er een rechtsbetrekking bestaat, komt ze ten slotte neer op een betrekking tusschen personen. En in die betrekking is er altijd aan de éene zijde een persoon die tot iets gehouden (verplicht, verbonden) is, en aan den anderen kant een persoon, die tot iets bevoegd (gerechtigd) is, die iets vorderen kan."

87 Opzoomer 1879, p. 6. De bijbehorende noot onderscheidde de gang van zaken bij het zakelijk recht en bij de verbintenis: "Zoo is er altijd een beheerschen, een binden (*obligare*) van den wil, maar bij de verbintenis in den engsten zin is dit het eigenaardige, dat het binden van den vreemden wil de *onmiddellijke* inhoud der rechtsbetrekking is. Bij de rechten op zaken is het recht de *causa* en de verbintenis om het ongekrenkt te laten het *effect*, bij de verbintenis is – juist omgekeerd – het persoonlijk verbonden worden de *causa*, ten gevolge waarvan (als *effect*) een ander een recht verkrijgt." Verbintenissen in de engste zin waren vermoedelijk de verbintenissen waarop boek 3 OBW betrekking had.

88 Opzoomer 1879, p. 9 en 22.

2.3.3 Verbintenissen met zakelijke werking

In de tweede helft van de negentiende eeuw deed onder invloed van buitenlands recht de idee van de kwalitatieve verbintenis zijn intrede in het Nederlands recht.[89] Een kwalitatief werkende verbintenis is een gewone verbintenis die verbonden kan zijn aan een zakelijk recht en die met dat recht overgaat op rechtsopvolgers. De Amsterdamse rechtsgeleerde J.P. Moltzer stelde in zijn studie naar de toepassing van erfpacht ter verbetering van het landbouwbedrijf dat de canonverplichting van de erfpachter een persoonlijke verplichting was, te vergelijken met de Reallast uit het Duitse recht.[90] Net als de erfpachter een persoonlijke schuldverplichting had jegens de erfverpachter tot betaling van de canon, had deze omgekeerd een persoonlijke schuldvordering jegens de erfpachter. Deze persoonlijke verplichtingen waren kwalitatief, uit de rechtsbetrekking tussen erfverpachter en erfpachter vloeide een zakelijk recht ten behoeve van de erfverpachter voort, dat inhield dat hij zich kon verhalen op het erfpachtrecht indien de erfpachter de canon niet betaalde. Moltzer baseerde dit recht op art. 775 OBW dat het hele erfpachtrecht aansprakelijk stelde voor canonbetaling.[91] Bij voorkeur zou art. 775 OBW moeten worden aangevuld en verduidelijkt door het recht op parate executie van de grondeigenaar te herstellen.[92] De verhandelbaarheid van grond zou toenemen indien zowel het recht van erfpacht als het recht van grondrente splitsbaar werden. Volgens Moltzer was de canonverplichting dus een kwalitatieve verbintenis van zowel erfpachter als erfverpachter, die voor de laatste was versterkt met de mogelijkheid van verhaal op het erfpachtrecht.

De studie van Moltzer had veel invloed.[93] Aan het eind van de negentiende eeuw maakte de Groningse hoogleraar N.K.F. Land (1840-1903), opvolger van Diephuis, in zijn handboek melding van het nieuwe inzicht van een tussenvorm tussen zakelijke rechten en verbintenissen, namelijk de verbintenis met zakelijke werking.[94] Deze verbintenissen kwamen bijvoorbeeld voor bij het recht van erfpacht:

> "Doch er zijn ook verbintenissen, die in zoover het voorkomen hebben van zakelijke rechten, dat zij het goed volgen, ook wanneer dit op een nieuwen rechthebbende overgaat. Bij verscheidene overeenkomsten gaat de verbintenis over zoowel op den opvolger onder bijzonderen als op dien

89 Zie Van Oostrom-Streep 2006, p. 10 over de invloed van de Code Civil op art. 1354 OBW en de negentiende-eeuwse rechtspraak.

90 Moltzer 1892, p. 125-126, onder verwijzing naar Van Boneval Faure 1882. De Reallast werd door Moltzer omschreven als 'eene verbintenis, waarbij de persoon des verbondenen telkens bepaald wordt door den eigendom of het gebruik(srecht) van eenig onroerend goed. (…) De Reallast behoort dus tot het gebied der verbintenissen en niet tot het zakenrecht; zijne handhaving in recht zal tot een persoonlijke, niet tot een zakelijke rechtsvordering aanleiding geven. Reden tot verwarring bestaat natuurlijk in de omstandigheid, dat, evenals het zakelijk recht, ook de Reallast een juridische eigenschap is van het daarmee verbonden onroerend goed of het gebruiksrecht daarvan, elken opvolgende bezitter als zoodanig tot de nakoming van den last verplichtende'.

91 Art. 775 OBW: "De verpligting om de erfpacht te voldoen is onsplitsbaar, blijvende ieder gedeelte van den in erfpacht uitgegeven grond voor de geheele pacht aansprakelijk".

92 Moltzer 1892, p. 126-128.

93 De 'dubbele zekerheid' voor de grondeigenaar vormde de kern van de door Scholten in 1913 aangedragen tussenoplossing voor de aard van de canonverplichting, Asser/Scholten 1913, p. 236. Daarnaast onderschreef raadsheer Eyssell de opvatting van Moltzer dat de erfpachtcanon als een Reallast, dat is als een verbintenis moest worden opgevat. De grondslag daarvoor lag niet in art. 775 OBW, maar was wel te vinden in andere bepalingen uit de erfpachttitel. Het karakter van de erfpachtcanon was een kwalitatieve verbintenis, zowel voor de erfpachter als voor de erfverpachter, Eyssell 1893, p. 88.

94 Land 1901, p. 6.

onder algemenen titel; bv. bij huur, art. 1612, bij verzekering, art. 263 Kh; *zoo ook de verbintenissen bij erfpacht* en bij hypotheek, art. 1251. (…) Men kan in dergelijke gevallen spreken van een recht, dat in rem scriptum is, het goed volgt evenals bij een zakelijk recht, maar het blijft toch in wezen eene verbintenis, eene rechtsbetrekking tusschen twee personen."[95]

Land sprak hier over de zakelijke of absolute werking van verbintenissen uit erfpacht. Hij deelde de opvatting van Opzoomer dat uit een recht van erfpacht verbintenissen konden ontstaan, dit waren kwalitatieve verbintenissen (*rem scriptum*) waarop de regels van Boek 3 OBW van toepassing waren. Een voorbeeld van een dergelijke verbintenis vormde de opstalvergoeding ex art. 762 OBW.[96] Een ander voorbeeld van een kwalitatieve verbintenis was de verplichting tot canonbetaling die op de erfpachter rustte. Kwalitatieve verbintenissen waren gewone verbintenissen waarop het verbintenissenrecht van toepassing was, maar zij waren onderdeel van een zakelijk recht en gingen als zodanig over op rechtsopvolgers. De inpassing van de verbintenissen in het stelsel van de wet geschiedde op deze wijze via de aanname van een nieuwe categorie van verbintenissen.

2.3.4 Zakelijke rechtsvorderingen

Land maakte als eerste onderscheid tussen de zakelijke actie van de erfpachter jegens iedereen die hem in het ongestoord bezit van zijn recht stoorde en de persoonlijke actie van de erfpachter jegens de grondeigenaar.[97] Ook dit onderscheid wees op een aanname van verbintenissen uit erfpachtrechten, want een persoonlijke actie was alleen nodig voor een inbreuk op een persoonlijk recht terwijl een inbreuk op een zakelijk recht een zakelijke actie vereiste. Al eerder was de invalshoek van het procesrecht gericht op de rechtsverhouding. Het negentiende-eeuwse systeem van burgerlijke rechtsvordering baseerde de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter op de aard en/of de herkomst van de voorgelegde vordering. Iedere vordering uit een zakelijk recht werd beschouwd als een zakelijke vordering, ook indien het een verbintenis betrof. Alle zakelijke vorderingen werden behandeld door de rechtbank, op grond van art. 38 lid 2 RO (oud) was de kantonrechter niet bevoegd over zakelijke rechtsvorderingen te oordelen.[98]

Ten aanzien van de kwalitatieve rechten en verplichtingen tussen de eigenaren van naburige erven waren de rechtsmiddelen voor verbintenissen van toepassing.[99] Over deze regeling werd in de negentiende eeuw een debat gevoerd met

95 Land 1901, p. 6-7. Nadruk toegevoegd.
96 Land 1901, p. 8. Noot 3: "Is die persoon de eigenaar, dan blijft het toch eene verbintenis al is deze in rem scripta, d.i. al volgt zij het goed ook onder nieuwe eigenaars. (...) Wordt bij opstal eene uitkeering beloofd, dan blijft dit eene verbintenis; het wordt niet 'zakelijk gevestigd op het recht van den opstaller' (…)."
97 Land 1901, p. 324-325, noot 3: "Wij moeten de zakelijke actie van den erfpachter, die tegen iederen houder geldt (de zoogen. utilis rei vindicatio, actio vectigalis) onderscheiden van de persoonlijke acties tusschen erfpachter en eigenaar (actio emphyteuticaria)."
98 Bijvoorbeeld HR 8 november 1889, *W*. 5793 (*Veen/Haarlem*) in vervolg op Hof Amsterdam 8 februari 1889, *W*. 5708 (*Haarlem/Veen*). Zie ook Hof Den Haag 28 maart 1881, *W*. 4801 *(Vereeniging der geïnteresseerden in de Gors en Ambachtsheerlijkheid Zuid-Beijerland/Volker)*, alledrie uitspraken in incident omtrent de bevoegdheid van de kantonrechter te oordelen over een vordering tot betaling van (achterstallige) erfpachtcanon.
99 Land 1901, p. 9-10.

als inzet de vraag of een vordering die betrekking had op betaling van grondrente, tiend of erfpacht een zakelijke rechtsvordering was. De Leidse hoogleraar en rector, tevens auteur van een invloedrijk handboek op het gebied van het burgerlijk procesrecht, R. van Boneval Faure (1826-1909) wierp deze vraag het eerst op.[100] Terwijl de zakelijke aard van de verplichting tot betaling van grondrente en tienden volgde uit de verbondenheid van het erf, was de zakelijke aard van de verplichting tot betaling van erfpachtcanon op de grondslag van art. 767 OBW minder duidelijk. In ieder geval vormde art. 775 OBW daarvoor geen overtuigend argument:

> "Maar wat kan dit [de vordering tot betaling van de jaarlijkse pacht (canon) bedoeld in art. 767 OBW] anders zijn dan eene vordering, spruitende uit eene persoonlijke verbintenis? Het moge waar zijn, dat volgens art. 775 ieder gedeelte van den in erfpacht uitgegeven grond, ten gevolge van de onsplitsbaarheid der verbintenis, voor de geheele pacht aansprakelijk blijft, daarom drukt de last nog niet uitsluitend op het goed zoo als de grondrente naar art. 786 [4]; ook de verplichting tot betaling der beklemhuur is onsplitsbaar, maar daarom niet minder contractueel. Het moge eveneens waar zijn, dat de praestatie hier verschuldigd is wegens 't genot der zaak, het toegestaan vererfelijk en vervreemdbaar gebruiksrecht, maar worden ook niet de huur- en pachtpenningen voor 't genot eener zaak betaald?"[101]

Dat de canonverplichting onsplitsbaar was zoals art. 775 OBW vermeldde, dat het een vergoeding was voor het genot van de onroerende zaak, dat het recht erfelijk en vervreemdbaar was vormden allemaal geen argumenten om het als een zakelijke vordering te beschouwen omdat dezelfde kenmerken ook bij persoonlijke rechten zoals huur, pacht en beklemming werden gevonden. Het verschil met grondrente was dat bij dat recht door de wet duidelijk was aangegeven dat alleen de onroerende zaak kon worden uitgewonnen bij wanbetaling. Volgens Van Boneval Faure was dat bij erfpacht anders en kon de erfverpachter zich bij wanbetaling van de canon zowel op het erfpachtrecht als op het vermogen van de erfpachter verhalen. De wet liet het in het midden. Hij verwees indirect naar het contract van erfpachtgunning uit het Ontwerp 1816 waaruit naar zijn mening het contractuele karakter van de canonverplichting volgde, dat er van was afgezien dat in de wet op te nemen maakte dat niet anders:

> "En zoude men er wel ooit aan gedacht hebben, de vordering tot betaling van erfpacht eene zakelijke te maken, als ook *het contract van erfpachtgunning* opzettelijk in de wet was behandeld, wat daarmede toch niet uit de rij der rechtsinstituten verdwenen is, doch door welke weglating te eerder aanleiding ontstond om de uiterlijke gelijkenis met grondrente in gelijkstelling te laten overgaan."[102]

100 Van Boneval Faure 1866, p. 217. Het kader vormde een bespreking van het regeringsontwerp voor de herziening van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering waarin voorstellen waren opgenomen omtrent de relatieve bevoegdheid van de rechter.

101 Van Boneval Faure 1866, p. 220-221. Noot 4: "Men bedenke, dat de pacht verschuldigd is aan den eigenaar van den grond." Met andere woorden, er is sprake van een betalingsverplichting van de ene persoon (erfpachter) aan de andere (erfverpachter) en dat is een gewone vordering.

102 Van Boneval Faure 1866, p. 221. Nadruk toegevoegd. Het contract van erfpachtgunning uit het Ontwerp 1816 is kort behandeld in par. 2.2.

Van Boneval Faure concludeerde dat de vordering tot betaling van erfpachtcanon een persoonlijke rechtsvordering was en dat hetzelfde gold voor andere periodieke prestaties die als kwalitatieve verplichting deel uitmaakten van de inhoud van een zakelijk recht. De rechtspraak ging echter nog niet mee in deze visie waarin als vaststaand werd aangenomen dat uit zakelijke rechtsverhoudingen zowel zakelijke rechten als verbintenissen konden voortvloeien.

Van Boneval Faure kwam op de vraag terug bij een bespreking van een arrest van de Hoge Raad inzake een vordering tot betaling van een overeengekomen jaarlijkse vergoeding voor een opstalrecht.[103] Die vergoeding was, in tegenstelling tot de canon bij erfpachtrechten, niet wettelijk geregeld. De in de besproken procedure aangedragen argumenten voor de zakelijke of de persoonlijke aard van de vordering overtuigden Van Boneval Faure niet, met uitzondering van het oordeel van de rechtbank Tiel dat het om een persoonlijke vordering van de grondeigenaar en een persoonlijke verplichting van de opstalhouder ging die voortvloeiden uit de overeenkomst tot vestiging van het opstalrecht.[104] Uit het feit dat een vordering en de bijbehorende verplichting kwalitatief waren, en dus overgingen op rechtsopvolgers, mocht niet worden afgeleid dat het om een zakelijke rechtsvordering ging. De persoonlijke verbintenissen tussen erfpachter en grondeigenaar werden tegelijk met het zakelijk recht gevestigd en gingen over op rechtsopvolgers:

> "Al behoort de verplichting tot betaling van een canon tot het wezen van het erfpachtsrecht, de vordering tot betaling van dien canon is daarom niet minder eene persoonlijke."[105]

Omdat de vergoeding bij opstalrechten niet wettelijk geregeld was kon deze uitsluitend een overeenkomst tot grondslag hebben, waarmee het verbintenisrechtelijke karakter van de verplichting was gegeven.

Deze opvatting werd gevolgd door Roëll die in zijn dissertatie de opvatting van de Hoge Raad beoordeelde zoals die bleek uit het arrest van 30 december 1881 in het licht van het stelsel van burgerlijke rechtsvordering waarbij de aard van de actie de bevoegdheid van de rechter bepaalde.[106] De aard van de actie hing af van de aard van het recht tot bescherming waarvan de vordering was gegeven. Een persoonlijke rechtsvordering had tot onderwerp de vervulling van een persoonlijke verbintenis die voortvloeide uit overeenkomst of uit de wet, terwijl een zakelijke rechtsvordering diende tot handhaving van een zakelijk recht. Een grondeigenaar die betaling vorderde van een beperkt gerechtigde deed dat niet tot handhaving van zijn eigendomsrecht, maar tot vervulling van een verbintenis uit de wet (bij erfpacht) of uit overeenkomst (bij opstal). Dat die vordering moest worden gericht tegen een bepaalde persoon, degene die op dat moment de hoeda-

103 HR 30 december 1881, *W.* 4727 (*Bongaards/Dorpspolder Zaltbommel*). In deze zaak verduidelijkte de Hoge Raad dat de betrokkenen bij een opstalrecht verschillende soorten verplichtingen konden afspreken en dat het in casu ging om een verplichting die rustte op degene die de hoedanigheid van opstaller had, een kwalitatieve verplichting dus.

104 Van Boneval Faure 1882, p. 154-157. Alle andere conclusies en uitspraken in deze zaak namen het vorderingsrecht conform art. 129 B.R. als uitgangspunt en leidden daar de aard van het recht uit af.

105 Van Boneval Faure 1882, p. 162.

106 Roëll 1888.

nigheid van opstalhouder had, maakte die vordering echter nog niet persoonlijk. Roëll ging er daarbij van uit dat ook de functie van de retributie bij opstal bestond uit erkenning van het eigendomsrecht van de grondeigenaar, net als bij de erfpachtcanon,[107] en hij concludeerde dat in het kader van die rechtsverhouding de bedongen retributie een persoonlijke vordering was die voortvloeide uit de overeenkomst tot vestiging van een opstalrecht.[108] De vraag of de retributie alleen kon worden gevorderd van de eerste opstalhouder of ook van diens rechtsopvolgers, beantwoordde Roell met een beroep op de geschiedenis en de wet in de laatste zin omdat de bedongen retributie als een zakelijk beding moest worden beschouwd, naar analogie van de erfpachtcanon:

> '(…) met dit solarium heeft de opstaller zich in het algemeen tot iets verbonden en niet tot een bepaald persoon; en omgekeerd heeft de eigenaar zich iets bedongen zonder betrekking op een bepaald persoon.'[109]

Het rechtsgeleerde debat toont aan dat de kwestie vanuit verschillende invalshoeken kon worden beoordeeld en ingewikkeld werd gevonden, zeker nu de wetgever ten aanzien van het ene zakelijk recht (erfpacht) wel en ten aanzien van het andere zakelijk recht (opstal) geen vergoedingsplicht in de definitie van het recht had opgenomen en in het stelsel van burgerlijke rechtsvordering de aard van de vordering de bevoegdheid van de rechter bepaalde.

Een synthese van het negentiende-eeuwse debat over de aard van de canonverplichting, mede in het licht van de bevoegdheid van de kantonrechter, is te vinden in de bespreking door de Amsterdamse hoogleraar J.F. Houwing (1857-1921) van een uitspraak van de rechtbank Alkmaar.[110] In deze uitspraak stond de vraag centraal of het polderbestuur als grondeigenaar een zakelijke of een persoonlijke vordering had ingesteld tegen de gedaagde erfhuurder. Houwing achtte de opvatting van de rechtbank dat de canon een zakelijke vordering was onjuist. Dit was reeds door Van Boneval Faure in 1882 aangetoond, en bevestigd door Moltzer, Eyssel, Land en Molengraaff, die allen uitgingen van een persoonlijke verbintenis. In hoeverre die persoonlijke vordering op grond van art. 775 OBW werd aangevuld met de bevoegdheid van de grondeigenaar zich ook op het erfpachtrecht te verhalen, stond nog niet onomstotelijk vast. Uit de overweging bleek verder dat de kwalitatieve verbintenis nog geen vanzelfsprekend begrip was, al werd dit in de buitenlandse literatuur al uitvoerig beschreven.[111]

Uit de negentiende-eeuwse rechtsgeleerde geschriften en het debat over de aard van de rechtsvordering kwam als nieuw inzicht naar voren dat de canonverplichting beschouwd moest worden als een kwalitatieve verbintenis die, net als andere

107 Roëll 1888, p. 15.
108 Roëll 1888, p. 18. Bij opstalrechten werd de vergoeding naast retributie ook wel aangeduid met de term solarium.
109 Roëll 1888, p. 41.
110 Houwing 1906, Rb. Alkmaar 29 juni 1905, *W*. 8313 (*Polder De Schermer/Graftdijk*).
111 De verwijzing naar Molengraaff betrof zijn systematiek voor de overgang van verbintenissen krachtens bijzondere titel, een onderwerp dat in het OBW niet geregeld was. Als voorbeeld van een kwalitatieve verbintenis noemde ook Molengraaff de canonverplichting, waarbij de vereiste wettelijke grondslag werd gevonden in art. 767, zie Molengraaff 1912, p. 202-203.

periodieke prestaties die als kwalitatieve verplichting deel uitmaakten van de inhoud van een zakelijk recht, als een verbintenis en als een persoonlijke rechtsvordering moest worden beschouwd. Die vordering behoorde daarmee tot de bevoegdheid van de kantonrechter. De erfpachter was met zijn hele vermogen aansprakelijk voor betaling van de canon en de grondeigenaar kon zich daarenboven op het erfpachtrecht verhalen.

2.3.5 Het rechtskarakter van de canonverplichting

In de doctrine werd vanaf het begin van de twintigste eeuw aandacht besteed aan de typisch goederenrechtelijke vraag naar de verhouding tussen eigendom en beperkte rechten. Moest het beperkt recht gedacht worden als een afsplitsing van bevoegdheden die waren verbonden aan het eigendomsrecht, als een bepaalde verdeling van de heerschappij over de onroerende zaak, of moest een beperkt recht worden opgevat als een zelfstandig recht van eigen aard?[112] Die vraag verplaatste de kwestie of uit een zakelijk recht verbintenissen konden voortvloeien naar de achtergrond. Wel werd veelvuldig het rechtskarakter van de canonverplichting bij erfpacht besproken en werd daarbij aan de orde gesteld of de canon als een persoonlijke kwalitatieve verplichting of een zakelijke last moest worden beschouwd. De zakelijke last volgde uit het erfpachtrecht, terwijl de bron van de persoonlijke verplichting onduidelijk was. Waar de doctrine in de negentiende eeuw de canonverplichting alom als een kwalitatieve verbintenis opvatte, werd begin twintigste eeuw de canon als zakelijke last verdedigd. De Leidse hoogleraar C. Asser (1843-1898) constateerde in zijn handboek zakenrecht in de paragraaf over onroerende zaken een leemte in de wet ten aanzien van de verbintenissen die op onroerende zaken betrekking hadden en erkende daarmee impliciet dat die verbintenissen bestonden.[113] Zijn Amsterdamse collega zakenrecht P. Scholten (1875-1946) nam die constatering in zijn eerste bewerking van het handboek van Asser over het zakenrecht ongewijzigd over,[114] maar gaf er ook een eigen invulling aan. Naar de mening van Scholten moest de canonverplichting worden beschouwd als zakelijke last vanwege het verhaalsrecht van de grondeigenaar.[115] In de volgende druk van het handboek zakenrecht voegde Scholten nog een derde mogelijkheid toe: “Denkbaar is ook, dat men de vordering als een persoonlijke, kwalitatieve opvat en het verhaalsrecht als meerdere zekerheid (…)”.[116] Scholten bleef vasthouden aan de canonverplichting als zakelijke last en sloot zich pas in de zesde druk van het handboek zakenrecht uit 1927, na een uitvoerig pleidooi van Goudeket voor de erfpachtcanon als kwalitatieve verplichting met dubbele verhaalsmogelijkheid,[117] aan bij deze dan heersende leer.[118]

---

112 Rank-Berenschot 1992, p. 35-54.

113 Asser 1890, p. 10: “Ook worden de verbintenissen, die op onroerende zaken betrekking hebben, niet uitdrukkelijk genoemd (zie de tegenstelling met art. 567, 3^{e}) maar veeleer met de daaraan verbonden rechtsvordering vereenzelvigd.” Art. 567 lid 3 OBW regelde verbintenissen die betrekking hadden op roerende zaken.

114 Asser & Scholten 1905, p. 12.

115 Asser & Scholten 1905, p. 217.

116 Asser/Scholten 1913, p. 236. In navolging van Moltzer.

117 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 894-897.

118 Asser/Scholten 1927, p. 288: “Het schijnt ons thans meer in overeenstemming met het systeem onzer wet in het algemeen, die toch als regel schuld en persoonlijke aansprakelijkheid als in elkaar besloten beschouwt, een persoonlijke gebondenheid van den eigenaar als zoodanig aan te nemen, met een verhaalsrecht als meerdere zekerheid daarvoor. Zie ook Goudeket bij Opzoomer III, 894.”

J. Goudeket Azn. (1882-1936) vergeleek in zijn bewerking van het handboek van Opzoomer de niet wettelijk geregelde retributie bij opstalrechten met de wettelijk geregelde canonverplichting bij erfpachtrechten.[119] Voor het antwoord op de vraag of de retributieverplichting persoonlijk of zakelijk van aard was, verwees hij naar het arrest van 30 december 1881 en de bespreking daarvan door Van Boneval Faure en onderschreef het oordeel van de Hoge Raad dat er sprake was van een persoonlijke rechtsvordering.[120] Omdat het om een vordering tot betaling van een geldsom ging lag het voor de hand die als een persoonlijke vordering te beschouwen. Goudeket weerlegde de drie argumenten die waren aangevoerd ten faveure van de zakelijke vordering. Dat het beding met het recht van opstal was ingeschreven in de openbare registers maakte het nog niet tot een beding van zakelijke aard. Een verplichting die was opgelegd aan de rechthebbende op een opstalrecht was pas zakelijk indien daar een wettelijke grondslag voor bestond, en die ontbrak. Ten slotte kon het beding worden aangemerkt als een zakelijke last die rustte op het opstalrecht, maar ook hiervoor ontbrak de wettelijke grondslag en partijen konden bij overeenkomst geen zakelijke rechten in het leven roepen. Het beding moest daarom worden opgevat als een gewone verbintenis:

> "De rechthebbende kan dus het recht van opstal alleen vervreemden met die verplichting, en omgekeerd kan de derde het recht niet anders verkrijgen dan met die verplichting. Met deze opvatting van Faure, die eene beperkte werking tegenover derden aanneemt, kan ik mij vereenigen. *Wij blijven daarbij echter zuiver op het terrein van het verbintenissenrecht*. Immers wij hebben hier uitsluitend te doen met eene schuldoverneming, waartoe de schuldeischer bij voorbaat zijne toestemming verleent [1]."[121]

Hoe het beding kon overgaan op de opvolgende opstalhouder zonder een kwalitatieve verbintenis te zijn bleef onduidelijk nu de wet daarvoor geen grondslag bood. De retributieverplichting bij een opstalrecht was in de visie van Goudeket dus niet zakelijk van aard en evenmin een kwalitatieve verplichting omdat voor beide een wettelijke grondslag vereist was.[122] Omdat de canonverplichting bij erfpacht wel een wettelijke grondslag had kon deze als een kwalitatieve verbintenis worden opgevat. Goudeket vatte de tegengestelde stellingen die in de literatuur en de rechtspraak waren ingenomen ten aanzien van de aard van de canonverplichting als volgt samen:

> "In tegenstelling tot alle schrijvers met uitzondering alleen van Scholten neemt eene constante jurisprudentie aan, dat de vordering tot betaling van de jaarlijksche pacht (canon) zakelijk is."[123]

De bespreking van art. 775 OBW door Goudeket betrof vooral de actieve kant van de verplichting, de vordering van de erfverpachter. Dat was de kant die in de rechtspraak met name aan bod kwam, bij geschillen over het niet betalen van de

119 Opzoomer & Goudeket 1915. In tegenstelling tot de canon bij erfpacht maakte de retributie bij een opstalrecht geen deel uit van de wettelijke definitie in art. 758 OBW en was deze niet wettelijk geregeld.
120 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 853-854. HR 30 december 1881, *W*. 4727 (*Bongaards/Dorpspolder Zaltbommel*). Van Boneval Faure 1882. Vgl. ook Goudeket 1915a.
121 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 857. Nadruk toegevoegd. Noot 1: "Niet met eene z.g.n. qualitatieve verbintenis, daar deze wel alleen op de wet zal kunnen berusten."
122 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 853-857.
123 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 894. Vgl. ook Goudeket 1915a.

canon stapte de erfverpachter naar de rechter en eiste wat hem toekwam. De doctrine, met uitzondering van Scholten, was van mening dat dit een persoonlijke vordering van de erfverpachter was, terwijl de rechtspraak uitging van een zakelijke rechtsvordering. Goudeket was het niet met de jurisprudentie eens omdat deze naar zijn mening van de verkeerde gronden uitging. De vordering van de erfverpachter tot canonbetaling zou volgens de rechtspraak berusten op zijn eigendomsrecht, onder verwijzing naar de bepaling uit art. 767 OBW dat de canon diende 'als eene erkentenis van deszelfs eigendom'. Dat was onjuist omdat deze functie van de canon reeds lang niet meer werd aangenomen.[124] Het juiste argument luidde dat de vordering berustte op 'den titel van aankomst en op art. 767'.

Art. 775 OBW bepaalde dat de canonverplichting een hoofdelijke aansprakelijkheid was ingeval er meerdere rechthebbenden waren.[125] Goudeket wees een letterlijke uitleg van deze bepaling af omdat die inhield dat de grond(eigenaar) aansprakelijk zou zijn voor betaling van de canon. Diephuis las in het artikel dat de erfpachter stilzwijgend bevoegd was zijn recht te splitsen en dat na splitsing alle erfpachters voor de hele canon konden worden aangesproken. Moltzer, Eyssell, Land en Scholten lazen het artikel zo dat het erfpachtrecht aansprakelijk was voor betaling van de canon, dat wil zeggen dat de grondeigenaar achterstallige canon op het erfpachtrecht kon verhalen. Goudeket was van mening dat beide lezingen de bedoeling van de wetgever weergaven en onderbouwde dat met een verwijzing naar art. 1301 en 1303 van het Ontwerp 1820.[126] Daarin stond dat de erfpachter zijn recht ook voor een gedeelte mocht vervreemden of bezwaren (art. 1301 Ontwerp 1820) en dat de verplichting tot betaling van de canon niet gesplitst mocht worden ook al werd het erfpachtrecht verdeeld (art. 1303 Ontwerp 1820). Daaruit volgde naar de mening van Goudeket dat de erfpachter bevoegd was tot splitsing van zijn recht, maar dat de erfverpachter als gevolg van die splitsing geen schade mocht lijden en dat daarom elk deel van het erfpachtrecht belast bleef met de gehele canonverplichting.[127] De wet, in de vorm van art. 775 OBW, legde dus op het recht een 'zakelijk verband', maar dat maakte de vordering tot betaling van de canon nog niet zakelijk:

> "Om het [de vordering tot betaling van de canon is zakelijk] te kunnen aannemen zou moeten blijken, dat uitsluitend het erfpachtsrecht voor de betaling van den canon aansprakelijk is, zonder dat de erfpachter in zijn verder vermogen zou kunnen worden aangesproken. Nu de wet dit niet heeft bepaald, moet men, met de genoemde schrijvers, de opvatting huldigen, dat zij alleen de, overigens persoonlijke [1] vordering, van een zakelijke zekerheid heeft willen voorzien [2]."[128]

De conclusie luidde dus dat de grondeigenaar de niet betaalde opeisbare canon kon verhalen op het persoonlijk vermogen van de erfpachter en dat hij daarnaast

124 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 878. In dezelfde zin Diephuis 1886b, p. 33, Opzoomer 1876, p. 514-515, Land 1901, p. 324, Asser 1890, p. 177, Asser 1896, p. 181, Opzoomer & Goudeket 1915, p. 878 en Reepmaker 1931, p. 99.

125 Art. 775 OBW: "De verpligting om de erfpacht te voldoen is onsplitsbaar, blijvende ieder gedeelte van den in erfpacht uitgegeven grond voor de geheele pacht aansprakelijk."

126 Goudeket 1915a en Goudeket 1915b. Het Ontwerp 1820 is kort behandeld in par. 2.2.

127 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 895-896.

128 Opzoomer & Goudeket 1915, p. 896-897. Noot 1 vermeldde dat de vordering kwalitatief was, in navolging van Molengraaff. Noot 2 wees op art. 206 van het Ontwerp 1898 dat de eigenaar nadrukkelijk een zakelijk verhaalsrecht op de erfpacht toekende die rang had boven de op de erfpacht gevestigde hypotheken.

het erfpachtrecht kon uitwinnen tot verhaal. De canonverplichting was naar beide zijden een kwalitatieve verbintenis. Deze visie kwam overeen met de derde mogelijkheid ontwikkeld door Scholten in 1913 en kwam het dichtst in de buurt van de opvattingen uit de negentiende eeuw.

Bij de discussie over het rechtskarakter van de canonverplichting speelde mogelijk een rol dat het verbintenissenrecht aan het begin van de twintigste eeuw niet werd opgevat als een dogmatisch juridisch vraagstuk zoals het zakenrecht, maar als gecodificeerde eisen van maatschappelijk verkeer, uit voorschriften van billijkheid die voortvloeiden uit gezond verstand.[129] De opstalvergoeding bij het einde van rechten van erfpacht en opstal werd ook in het licht van die billijkheid beschouwd. Bij de toepassing van het recht van erfpacht voor ontginning was het ontbreken van een opstalvergoeding conform art. 773 OBW in overeenstemming met de aard van de uitgifte, maar bij uitgifte van landbouwgrond of stedelijke grond die al bebouwd was, 'is art. 773 een onbillijkheid'[130] die alleen kon worden opgelost door het recht eeuwigdurend te maken.

In de jaren dertig van de twintigste eeuw nam Reepmaker in zijn proefschrift over erfpacht opnieuw stelling tegen de heersende leer omtrent de canonverplichting als een persoonlijke verplichting van de erfpachter met een dubbele zekerheid voor de erfverpachter.[131] Op grond van art. 767 jo. 775 OBW was Reepmaker van mening dat de canonverplichting beschouwd moest worden als een zakelijke last die op het erfpachtrecht drukte. Aanvullende argumenten daarvoor vond hij in het Ontwerp 1820 en het Ontwerp 1898 waaruit bleek dat de wetgever bewust het erfpachtrecht zakelijk had verbonden voor de canonverplichting en niet de houder van het erfpachtrecht.[132] Dit standpunt van Reepmaker werd echter niet overgenomen door de doctrine en de praktijk.

2.3.6 De relatieve kant van de rechtsverhouding

De gedachte dat de rechtsverhouding bij beperkte rechten zowel een zakelijke als een relatieve kant heeft werd reeds in 1928 verwoord door de Nijmeegse hoogle-

---

129 Zie Asser & Limburg 1905, p. 4: "De leer der verbintenissen wijkt overigens slechts in geringe mate af van die van het Romeinsche en Fransche recht; en dit is niet te verwonderen, want zij heeft haren grond in de onveranderlijke eischen van het maatschappelijk verkeer; hare bepalingen zijn veelal voorschriften van billijkheid, hare regelen uitvloeisels van het gezond verstand (Lipman B.W., p. 381)." Het citaat van Lipman 1839, p. 381: "Hetgeen van het geheele derde boek kan gezegd worden, geldt in het bijzonder ook van dezen titel, dat dezelve voorschriften behelst, welke hunnen grond hebben in de eeuwige, onveranderlijke beginselen van regt en onregt, of in het algemeen en gelijksoortig belang van alle maatschappijen zonder onderscheid. Het zijn regelen van gezond verstand, welker juistheid ook zonder uitdrukkelijke wetsbepaling door een 'ieder' zoude worden erkend (*la raison écrite*)."

130 Aldus Asser & Scholten 1905, p. 214, waar ook een verband werd gelegd tussen stedelijke erfpacht en ontginning: "Bij de bovengenoemde erfpacht van bouwterreinen is het juist het doel der gemeente bij het eindigen van het recht behalve de meerdere waarde van den grond ook de opstal zonder vergoeding in eigendom te krijgen. Deze erfpacht staat dan ook nader bij de emphyteuse voor ontginning dan bij het instituut, dat Moltzer zich denkt."

131 Reepmaker 1931.

132 Reepmaker 1931, p. 97. Nog in 1984 deed een erfpachter in kort geding een beroep op deze discussie over het rechtskarakter van de canon ter afwering van een executoir beslag wegens achterstallige canon op zijn overige vermogensbestanddelen, zie Hof Amsterdam 5 april 1984, *BR* 1984/731, ECLI:NL:GHAMS:1984:AS9529 (*Rademakers/Utrecht*), r.o. Rb. 5-7. De rechtbank noemde het rechtskarakter van de canon 'een enigszins omstreden kwestie', het hof stelde eenvoudig dat de stelling van de erfpachter dat een vordering tot achterstallige canon uitsluitend op het erfpachtrecht kon worden verhaald, geen steun vond in het geldend recht.

raar E.J.J. van der Heijden (1885-1941). In zijn visie diende de rechtsverhouding het uitgangspunt te vormen voor de juridische dogmatiek in plaats van het strikte onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht, tussen zakelijke rechten jegens eenieder en verbintenissen jegens een bepaalde persoon.[133] Het recht diende volgens Van der Heijden menselijke gedragingen en dan met name maatschappelijke gedragingen dwingend te regelen door aan een of meer betrokkenen bij zo'n gedraging verplichtingen op te leggen ten behoeve van een of meer andere betrokkenen.[134] Elk subjectief recht vormde een bevoegdheid of een complex van bevoegdheden voor de drager ervan en de dogmatiek moest de complexiteit van alle rechtsverschijnselen omvatten.[135] In zijn systematiek van rechtsbetrekkingen waren bij elke rechtsbetrekking personen, ook rechtspersonen, betrokken, maar niet steeds op gelijke wijze.[136] Het 'object' van de rechtsbetrekking kon een zaak of een handeling zijn:

> "Een formule als die van het superficies cedit solo, de erfdienstbaarheidsfiguren en zooveel andere constructies in het zakenrecht leveren voorbeelden van werkelijke rechtsbetrekkingen tusschen andere dan persoonlijke subjecten en betrokken termen."[137]

Bij elke rechtsbetrekking waren personen betrokken op wie bevoegdheden en plichten werden gelegd en daarnaast konden derden bij die rechtsverhouding betrokken zijn aan wie eveneens bevoegdheden en plichten werden toegekend. Het objectieve recht in de vorm van het Burgerlijk Wetboek stelde subjectieve rechten en rechtsplichten als rechtsbetrekkingen voor en rekende onder de zaken zowel goederen als rechten, wat niet strookte met het gewenste uitgangspunt. Van der Heijden verwierp het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten omdat ook de relatieve rechten door derden dienden te worden geëerbiedigd. Zowel absolute rechten als verbintenissen hadden in zijn visie een relatieve en een absolute zijde, elke rechtsbetrekking omvatte bevoegdheden en verplichtingen en was deels van relatieve en deels van absolute aard.[138]

De zakelijke rechten waren absolute rechtsverhoudingen omdat de betrokken personen onbepaald waren, zij hadden een zaak als object en als inhoud de in de wet genoemde rechten en verplichtingen. De rechtsbetrekkingen die Van der Heijden 'samengestelde rechtsbetrekkingen' noemde waren absoluut en relatief tegelijk, bijvoorbeeld wanneer een rechtspersoon, die op zichzelf bestond uit een verbintenis tussen personen, als subject in een rechtsbetrekking optrad. Een ander voorbeeld vormden beperkte zakelijke rechten waarbij het ene recht betrekking had op het andere, zoals bij eigendom en vruchtgebruik op een recht (respectievelijk art. 555 en 811 OBW) of bij hypotheek op vruchtgebruik, erfpacht,

133 Van der Heijden 1928.
134 Van der Heijden 1928, p. 93-94.
135 Van der Heijden 1928, p. 94. Onder verwijzing naar Meijers 1907.
136 Van der Heijden 1928, p. 95 gaf het voorbeeld van de minderjarige die eigenaar was, maar niet handelingsbevoegd, en de voogd die handelingsbevoegd was, maar geen eigenaar. De voogd kon een handeling ten behoeve van de minderjarige uitvoeren, dan waren er twee subjecten op verschillende wijze bij de handeling betrokken en kwam de handeling hen beide toe. Subjecten bij een rechtsbetrekking konden een verschillende hoedanigheid hebben, een verschillend belang bij de betrekking.
137 Van der Heijden 1928, p. 96. Van der Heijden gebruikte niet de term object van de rechtsverhouding omdat deze meestal gebruikt werd om de inhoud van een rechtsbetrekking mee aan te duiden, zie noot 8 op p. 96.
138 Van der Heijden 1928, p. 97.

opstal of grondrenten (art. 1210 OBW).[139] Deze rechtsbetrekkingen waren niet uitsluitend absoluut en ook niet uitsluitend relatief, maar tegelijk absoluut en relatief, wat Van der Heijden aanduidde als 'samengesteld'. In zijn visie diende de civiele dogmatiek de rechtsbetrekking centraal te stellen in plaats van het subjectieve recht, waarmee dan een stelsel kon worden opgebouwd dat het geheel der rechtsverschijnselen omvatte 'en daardoor tegelijk den beoefenaar van het civiel- en dien van het publiek recht bevrediging kan schenken.'[140] Deze visie op de absolute en relatieve zijde van iedere rechtsverhouding vormde aan het begin van de twintigste eeuw een nieuwe bijdrage aan de dogmatiek die pas jaren later werd uitgewerkt.

Ook Kisch zag in zijn onderzoek naar het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten dat aan een zakelijk recht van bijvoorbeeld grondrente twee kanten waren te onderscheiden.[141] De rechthebbende had een kwalitatief persoonlijk vorderingsrecht jegens degene die eigenaar was van de onroerende zaak, maar tevens een zakenrechtelijk recht op de onroerende zaak en deze rechten bestonden naast elkaar.[142] Dat de rechthebbende zijn rendement op de onroerende zaak verkreeg via de persoon van de eigenaar van die zaak maakte alleen een gradueel verschil met bijvoorbeeld een recht van erfpacht. Zakelijke rechten waren in deze variant op de respectleer kwalitatief bepaalde persoonlijke rechten.[143] Wat mij opvalt in de benadering van Kisch is dat rekening werd gehouden met het feit dat er bij beperkte rechten twee gerechtigden tot dezelfde zaak waren en dat de verhouding van de eigenaar tot de beperkt gerechtigde een andere was dan die van de eigenaar tot alle willekeurige derden.

De Utrechtse rechtsgeleerde J.P. Suijling (1869-1962) beschouwde in zijn handboek zakenrecht uit 1940 alle rechtsbetrekkingen als juridische constructies die dienen tot een beter begrip van het recht. Hij handhaafde het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten omdat de aanspraak op een prestatie en de bevoegdheid tot heerschappij over een zaak te verschillend waren om in één en dezelfde categorie te plaatsen.[144] Bovendien werden de twee soorten rechten beheerst door verschillende beginselen. In zijn visie was een beperkt recht geen afsplitsing van het onbeperkte eigendomsrecht, maar een geheel zelfstandig recht dat een vergelijkbare macht over de zaak verleende als de eigendom, weliswaar in mindere mate, maar met voorrang op de eigendom zodat de eigenaar de bevoegdheden die de erfpachter had verkregen niet meer kon uitoefenen.[145] Suijling

139 Van der Heijden 1928, p. 97-98.
140 Van der Heijden 1928, p. 98.
141 Kisch 1932.
142 Kisch 1932, p. 209-212.
143 Kisch 1932, p. 233 legde dit vast in de formule: "Zakelijk recht is persoonlijk recht met toegevoegde kwalificatie." Rank-Berenschot 1992, p. 53-54 ging in haar bespreking van het onderzoek van Kisch in op de nadruk die deze legde op het volgrecht, het kwalitatieve aspect van zakelijke rechten, en stelde dat het onderzoek naar het alomvattende criterium voor het onderscheid niet over de inhoud van de rechten ging, maar over een bepaald gevolg.
144 Suijling 1940, p. 1, waar het onderscheid tussen absolute en persoonlijke rechten helder werd beschreven in termen van economische waarde. Absolute vermogensrechten rustten op een object dat een bepaalde economische waarde had en bestonden uit bevoegdheden van de gerechtigde ten aanzien van dat object die door iedereen geëerbiedigd moesten worden. Persoonlijke vermogensrechten bestonden uit vorderingsrechten, uit een aanspraak op een prestatie van economische waarde van een crediteur jegens een debiteur.
145 Suijling 1940, p. 9.

was daarbij van oordeel dat zakelijke rechten een bron konden zijn van verbintenissen. Na de vestiging van een beperkt recht van erfpacht hadden erfpachter en erfverpachter met elkaars belangen rekening te houden en in dat kader werden hen obligatoire verplichtingen opgelegd. Dit werkte als volgt:

> "De belasting van een goed met een beperkt zakelijk recht bewerkt een feitelijke splitsing van den eigendom. Tusschen den eigenaar en den zakelijk gerechtigde zijn de in vollen eigendom begrepen bevoegdheden voortaan verdeeld. Bij de uitoefening van de aan elk hunner toekomende macht hebben zij met elkanders recht te rekenen. Daarom worden aan den eigenaar en den zakelijk gerechtigde over en weer of althans aan den zakelijk gerechtigde tegenover den eigenaar *bepaalde obligatoire verplichtingen* opgelegd. Met de soort van het zakelijk recht varieert de inhoud der verbintenis. De vruchtgebruiker b.v. is tegenover den eigenaar op geheel andere wijze verbonden dan den hypotheekhouder; de servituut-gerechtigde op geheel andere wijze dan de erfpachter. Soms is de inhoud der verbintenis uiterst beperkt. Geheel ontbreken doet deze evenwel nooit. *Met het bestaan van een zakelijk recht is altijd tegelijkertijd een – min of meer uitgebreide – wettelijke obligatoire relatie tusschen eigenaar en zakelijk gerechtigde gegeven*. In het algemeen is het aan de partijen overgelaten, in afwijking van de wet, hare met het karakter van het zakelijk recht samenhangende obligatoire relaties naar goedvinden te regelen. Het gaat hier dus om aan de willekeur der betrokkenen onderworpen verbintenissen (o.a. art. 764, 782, 867). Aangezien zij den eigenaar en den zakelijk gerechtigde als zoodanig binden, bezitten zij aan beide zijden kwalitatief karakter."[146]

De wetgever had naar de mening van Suijling het strikte onderscheid tussen de zakenrechtelijke en de obligatoire relatie tussen erfpachter en erfverpachter veronachtzaamd en de obligatoire betrekkingen tussen partijen onvoldoende geregeld.[147] De wettelijke bepalingen versterkten alleen de positie van de erfverpachter met voorschriften zoals de obligatoire verplichtingen voor de erfpachter de canon en de lasten die op de grond drukten te betalen, de waarde van de grond niet te verminderen en het onderhoud voor zijn rekening te nemen. Daarnaast konden in de vestigingsakte nog meer verplichtingen voor de erfpachter zijn opgenomen.[148] Ook de aanspraak op de vruchten van een onroerende zaak moest als een obligatoire rechtsbetrekking worden beschouwd en dat gold eveneens voor de canonverplichting van de erfpachter jegens de grondeigenaar:

> "Deze vruchten (...) bestaan in persoonlijke rechten, n.l. in aanspraken op zekere prestatie. En zij worden door obligatoire rechtsbetrekkingen voortgebracht. Ook b.v. de pachttermijn en de canon worden toch verschuldigd krachtens de persoonlijke rechtsbetrekking, tusschen den eigenaar en den huurder of den erfpachter gevestigd."[149]

Naar de mening van Suijling was de canonverplichting uitsluitend obligatoir en vormde de canon geen essentiale van het erfpachtrecht zoals op dat moment de heersende leer was. Hij achtte de wettelijke omschrijving uit art. 767 OBW gebrekkig, niet alleen omdat in de zakenrechtelijke definitie een obligatoire ver-

146 Suijling 1940, p. 339-340. Nadruk toegevoegd.
147 Suijling 1940, p. 340.
148 Suijling 1940, p. 368-369.
149 Suijling 1940, p. 78. Zie ook p. 371, waar de canon wordt aangeduid als 'een persoonlijke schuldplichtigheid (…) [zonder] zakelijk karakter'.

plichting was opgenomen, maar ook omdat uit art. 782 OBW reeds volgde dat de canonverplichting geen onmisbaar element van het erfpachtrecht was. Art. 782 OBW sloot geen enkele andere bepaling uit zodat een recht van erfpacht ook zonder canonverplichting mogelijk was.[150] Suijling maakte met deze opvatting over de canon geen school. Het belang van zijn voorstelling van de rechtsverhouding voor dit onderzoek bestaat uit het onderscheid tussen de zakenrechtelijke kant van een beperkt recht van erfpacht, bestaande uit een verdeling van bevoegdheden (met een bepaalde rangorde) ten aanzien van een onroerende zaak, en de obligatoire kant van de rechtsverhouding, bestaande uit door de wet en de vestigingsakte in het leven geroepen verplichtingen over en weer. Suijling is bij mijn weten de eerste die de goederenrechtelijke vestiging van het beperkt recht beschreef als de bron van die obligatoire verbintenissen.

De meeste schrijvers gingen in het midden van twintigste eeuw eveneens uit van het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht, maar waren minder specifiek in het aangeven van het verband tussen zakelijk recht en verbintenis. Volgens Scholten bijvoorbeeld was de ruimte voor verbintenisrechtelijke elementen in zakenrechtelijke verhoudingen beperkt tot wettelijk geregelde kwalitatieve verbintenissen:

> "Aan de vestiging van een zakelijk recht is het aangaan van verbintenissen veelal verbonden; de erfpachter verplicht zich tot betaling van den canon, (art. 767 B.W.), de vruchtgebruiker neemt een geheele reeks verplichtingen op zich, die in art. 829 vlg. zijn opgesomd. Bij erfpacht en vruchtgebruik ontbreken zij nimmer (…). Aan deze verbintenissen zijn de opvolgende rechthebbenden gebonden. De verplichting tot betaling van den canon rust op den erfpachter *als zoodanig*. Deze verplichtingen noemt men *kwalitatieve verbintenissen*. Ze zijn alleen mogelijk waar de wet dat uitdrukkelijk toelaat."[151]

Eenzelfde visie trof men aan in andere handboeken. Zo beschreef De Amsterdamse hoogleraar A. Pitlo (1901-1987) de canonverplichting bij erfpacht in zijn handboek voor het zakenrecht als een zakelijke last die deel uitmaakte van de inhoud van het erfpachtrecht.[152] Omdat de wet de canon tot essentiale van het recht maakte moest de canon niet gezien worden als een juridische tegenprestatie voor het gebruiksrecht.[153] De canon was tevens een kwalitatieve verbintenis zodat de grondeigenaar een dubbele zekerheid had bij wanbetaling, hij kon het

150 Suijling 1940, p. 370. Vergelijk p. 375 over het recht van opstal: "Opstal is een zakelijk recht, dat den opstaller volmaakt dezelfde macht over het goed van den eigenaar geeft als erfpacht aan den erfpachter. Dat erfpacht den erfpachter de bevoegdheid schenkt – bevoegdheid, waarin art. 758 oogenschijnlijk het recht van opstal laat opgaan – naar hartenlust te bouwen en te planten, kan toch met volstrekte zekerheid uit art. 767, 768, 770 lid 2 worden afgeleid. (…) De tusschen erfpacht en opstal bestaande verschillen raken dus uitsluitend de regeling van de obligatoire betrekking, welke eigenaar en zakelijk gerechtigde samenbindt. Voor een deel zijn die verschillen slechts schijnbaar. Op het stuk van den canon bestaat eigenlijk geenerlei onderscheid, want al mag art. 767 den canon een bestanddeel van de erfpacht noemen, de erfpachter heeft evenmin als de opstaller ooit een canon te betalen, indien deze niet bedongen is." De facto vormde de opstalvergoeding bij het einde van het recht het enige verschil tussen de rechten van erfpacht en opstal.

151 Asser/Scholten 1945, p. 35-36. Nadruk in origineel.

152 Pitlo 1949, p. 327. Deze eerste druk was een bewerking van het handboek van Veegens/Opperheim, deel II over het zakenrecht uit 1919, zie de studie van Meihuizen onder meer besproken door Jansen 2007.

153 Vgl. Veegens & Oppenheim 1919, p. 140-141 waar gesteld werd dat erfpacht voor ontginning van woeste gronden leed aan 'innerlijke tegenstrijdigheid'. En op p. 140: "De pacht, die in den regel bestaat in eene geldelijke uitkeering en dan veelal met het latijnsche woord *canon* bestempeld wordt, dient ook als erkenning van den eigendom van den grondeigenaar en behoort tot het wezen van het recht."

erfpachtrecht uitwinnen en zich verhalen op het hele vermogen van de erfpachter.[154] Het vereiste van een wettelijke grondslag gold volgens Pitlo voor de vraag of een beding tot de inhoud van het erfpachtrecht behoorde en niet voor de vraag of het als een kwalitatieve verbintenis moest worden opgevat. Volgens Scholten kon de vergoeding bij opstal geen kwalitatieve verbintenis zijn.[155] Naar de opvatting van Pitlo kon de vergoeding die bij rechten van opstal solarium werd genoemd, vanwege het ontbreken van een wettelijke regeling, evenmin als een zakelijke last worden opgevat, maar wel als een kwalitatieve verbintenis. Over de aard en de bron van de verplichting en over de plaats van de verplichting in de wettelijke systematiek bestond dus discussie, maar niet over het bestaan van de verplichting. De aandacht voor verhaalsmogelijkheden bij wanbetaling verraadt een zekere invloed van de rechtspraktijk op de doctrine.

Aan het einde van de jaren veertig werd de canonverplichting in de doctrine overwegend beschouwd als een persoonlijke verplichting van de erfpachter en een persoonlijke vordering van de grondeigenaar, welke verbintenissen beide overgingen op rechtsopvolgers onder algemene en bijzondere titel. Voor de verschenen termijnen was de erfpachter met zijn gehele vermogen aansprakelijk en daarboven kon de grondeigenaar zich als extra zekerheid verhalen op het erfpachtrecht. Een en ander volgde uit de uitleg van art. 767 en 775 OBW. Ook andere verplichtingen waren kwalitatief zolang zij uit de wet volgden. Verplichtingen die niet op de wet berustten waren vermoedelijk obligatoir. De opvatting dat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter zowel een zakelijke als een verbintenisrechtelijke kant had werd verwoord maar vond slechts beperkt weerklank.

Het NBW leek in deze opvattingen in eerste instantie geen verandering te brengen. De ontwerper van het NBW, rechtsgeleerde E.M. Meijers (1880-1954), nam in zijn systematische rechtsleer het standpunt in dat de onderlinge verhouding tussen erfpachter en erfverpachter verliep via de rechtstreekse betrekking die beide personen tot de onroerende zaak hadden.[156] Bevoegdheden met betrekking tot een onroerende zaak waarop een beperkt recht rustte omvatten ook verplichtingen en uit de sancties op een inbreuk bleek dat dit zakelijke bevoegdheden en verplichtingen waren:

> "Komt de eigenaar jegens de erfpachter zijn verplichtingen niet na, dan is dit een inbreuk op het erfpachtsrecht; de erfpachter kan niet meer teruggrijpen op de overeenkomst waarbij hij het erfpachtsrecht bedongen heeft; deze overeenkomst is uitgevoerd met de vestiging van het erfpachts-

154 Pitlo 1949, p. 327-330. De canon was wel een economische tegenprestatie, maar geen juridische zoals huur dat wel was. Ik vind dit verschil vergezocht, verdedigbaar is dat de tegenprestatie van de huurprijs een essentieel element van een huurverhouding was conform art. 1584 OBW. Vgl. Veegens & Oppenheim 1919, p. 143: "Gewoonlijk wordt uit het artikel [art. 775 OBW] afgeleid, dat de eigenaar, voor de richtige betaling van de pacht, zakelijk zekerheid in het erfpachtsrecht wordt toegekend naast zijne persoonlijke vordering tegen den erfpachter."

155 Asser/Scholten 1945, p. 36 en 301. Het ontbreken van een wettelijke regeling voor een vergoeding bij opstal volgde uit de historie van het (afhankelijke) recht: "Wie de historische uiteenzetting boven gegeven gevolgd heeft, begrijpt waarom de wet niet van een vergoeding door den opsteller te betalen spreekt. Deze is geenszins essentieel. Het is mogelijk, dat een vergoeding voor het recht van opstal zit in huurprijs of erfpachtscanon, het is ook mogelijk, dat zij ontbreekt, het recht tegen betaling van een som in eens is verleend."

156 Meijers 1948, p. 270.

recht en de afgifte van het goed. Komt daarentegen een verhuurder zijn verplichtingen niet na, dan is dit een niet-naleving der huurovereenkomst met alle gevolgen van dien; men kan niet zeggen, dat het contract heeft uitgewerkt, zodra de huurder het gehuurde goed betrokken heeft."[157]

In algemene zin was sprake van 'door de wet als zakelijke rechten aangeduide rechtsbetrekkingen'. Het recht van erfpacht omvatte dus een rechtsbetrekking tussen erfverpachter en erfpachter, maar dit was geen verbintenis en de regels van het verbintenissenrecht waren daarop niet van toepassing. De titel van vestiging van een beperkt recht was een overeenkomst tussen een toekomstig erfpachter en een grondeigenaar en deze overeenkomst was uitgewerkt op het moment dat het beperkt recht werd gevestigd door het verrichten van de vereiste leveringshandelingen, het opmaken van een notariële akte gevolgd door inschrijving van die akte in de openbare registers.[158] De rechtsverhouding werd daarna uitsluitend geregeerd door de bepalingen van het zakelijk recht. Wanneer de erfverpachter zijn verplichtingen jegens de erfpachter niet nakwam maakte deze inbreuk op het (zakelijke) erfpachtrecht. Uit het zakelijk recht konden volgens Meijers geen verbintenissen voortvloeien.

Het onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten was echter niet absoluut, er waren tussenvormen te onderkennen. Een voorbeeld van een tussenvorm vormden de:

'(...) *verplichtingen* aan een erfpachter bij een acte van vestiging van het erfpachtsrecht opgelegd, werken volgens Nederlands recht ook tegen derden-verkrijgers (...) van het erfpachtsrecht. In al deze gevallen blijft men echter een *vorderingsrecht* aannemen.'[159]

Dat vorderingsrecht van de erfverpachter was verzakelijkt of, in de terminologie van Meijers, absoluut in dynamische zin. Dat betekende dat de erfverpachter die vordering ook tegen opvolgende erfpachters kon doen gelden, de verplichting en het bijbehorende vorderingsrecht waren kwalitatieve verbintenissen.[160] Dit was lastig te rijmen met het eerder ingenomen standpunt dat uit zakelijke rechten geen verbintenissen konden voortvloeien. Eigenlijk stelde Meijers alleen vast dat de bevoegdheden en verplichtingen uit het zakelijk recht zakelijke werking had-

157 Meijers 1948, p. 270. Meijers wees er in een noot op dat men bij abstracte verbintenissen zoals de obligatie aan toonder een overeenkomst met zakelijke rechten aantrof. Zie ook p. 277-278 over de discussie bij de invoering van het pachtrecht over de vraag of pacht een zakelijk of een persoonlijk recht moest worden. Een reden om pacht niet als een zakelijk recht te definiëren was de noodzaak om dan vele bepalingen in het BW te wijzigen. En '(…) alsmede of men bij het instellen van een zakelijke actie door de pachter nog van een geschil betrekkelijk een pachtovereenkomst kon spreken en niet veeleer, evenals bij het erfpachtsrecht, het contract met de vestiging van het zakelijk recht als beëindigd moest beschouwen'.

158 Meijers 1948, p. 314-315. Bij de indeling van overeenkomsten naar hun inhoud werd de overeenkomst tot vestiging van een recht van erfpacht ingedeeld bij de overeenkomsten die tot het verrichten van rechtshandelingen verplichtten, daarbinnen bij de overeenkomsten die strekten tot het vestigen van beperkte rechten met absolute bescherming die alleen op lichamelijke zaken konden worden gevestigd.

159 Meijers 1948, p. 273. Nadruk toegevoegd.

160 In gelijke zin betoogde Fischer 1949 dat art. 782 OBW door de wetgever was bedoeld om alle afspraken die tussen erfverpachter en erfpachter bij vestiging waren gemaakt en die waren vastgelegd in de vestigingsakte, geldigheid jegens de rechtsopvolgers onder bijzondere titel van beide partijen te verlenen, mits de vestigingsakte was ingeschreven in de openbare registers, p. 591: "Enige in boek II B.W. vermelde bedingen, die, hoewel verbonden aan bepaalde zakelijke rechten, niettemin onderdeel zijn van een obligatoire overeenkomst, werken, mits in de openbare registers gepubliceerd, krachtens uitdrukkelijk wetsvoorschrift ook tegen derden: (...) de in art. 736 en 782 B.W. bedoelde bedingen bij erfdienstbaarheid en erfpacht."

den. Door het gebruik van de term vorderingsrecht werd de suggestie gewekt dat het om een verbintenis ging. De piketpaaltjes van de zakelijke rechten waren geslagen, maar ten aanzien van de aard van de tussenvorm van de kwalitatieve verbintenissen bestond aan het begin van de hercodifciatie in 1948 nog geen uitsluitsel.

2.3.7 Kwalitatieve verbintenissen

De toenmalige stand van zaken kan worden afgeleid uit de negende druk van het deel Zakenrecht uit de Asser-serie dat tot stand kwam onder redactie van J.H. Beekhuis (1903-1988), de Groningse hoogleraar die in 1964 werd aangesteld als regeringscommissaris voor Boek 5 Nieuw BW. Hij verdeelde het handboek in een algemeen en een bijzonder deel. In het in 1957 gepubliceerde algemeen deel hanteerde Beekhuis ten aanzien van het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten de traditionele leer, maar erkende ook dat er tussenvormen waren en zelfs dat zakelijke rechten en verbintenissen naast elkaar konden voorkomen:

> "Behalve van zakelijke *rechten* spreekt men ook van zakelijke of kwalitatieve *bedingen*. De vestiging van een zakelijk recht gaat dikwijls gepaard met het aangaan van zekere verbintenissen. De erfpachter is b.v. verplicht tot betaling van de canon (art. 767), terwijl hij hiernaast andere verplichtingen op zich genomen kan hebben, die met het genot van de grond samenhangen; (...). Aan al deze bedingen zijn de opvolgende rechthebbenden gebonden; zij rusten dus op de eigenaar als zodanig. Vandaar ook de naam *kwalitatieve verbintenissen*. Boven bleek reeds, dat i.v.m. de bestaande opvatting over art. 1354 kwalitatieve verplichtingen slechts gevestigd kunnen worden, wanneer de wet het uitdrukkelijk toelaat (zie p. 9)."[161]

Uit deze terloopse vermelding blijkt dat de doctrine wel oog had voor het feit dat uit zakelijke rechten verbintenissen ontstonden, maar dit niet als een probleem werd ervaren. Voor zover kwalitatieve verbintenissen een verplichting tot een doen inhielden dienden zij op grond van het arrest Blaauboer/Berlips op de wet te berusten. De canonverplichting was een voorbeeld van een dergelijke kwalitatieve verbintenis. De grondrente was een minder geslaagd voorbeeld omdat deze alleen op de verbonden onroerende zaak kon worden verhaald en niet op het hele vermogen van de grondeigenaar. Ook het door Rutten bewerkte handboek uit de Asser-serie over het verbintenissenrecht gaf in 1956 als voorbeeld van een kwalitatieve verbintenis de canonverplichting, hier bezien vanuit de erfverpachter:

> "Het recht bijv. om den erfpachtscanon te vorderen komt toe, niet aan den heer A. persoonlijk, maar aan den heer A. als eigenaar van den in erfpacht gegeven grond (artt. 767 en 772 lid 2 B.W.). Gaat deze hoedanigheid op een ander over, dan gaat mede het schuldeischerschap op dien ander over. (...) Hier spreekt men van 'qualitatieve verbintenissen' en 'qualitatieve rechten'."[162]

161 Asser/Beekhuis 1957, p. 24. Nadruk in cursief in origineel, onderstreping toegevoegd. De verwijzing naar p. 9 betreft de in het arrest Blaauboer/Berlips gegeven uitleg van art. 1354 OBW: '(…) dat krachtens art. 1354 alleen bedongen *rechten* op rechtsopvolgers onder bijzondere titel overgaan en niet tevens aangegane verplichtingen.'

162 Asser/Losecaat Vermeer & Rutten 1956, p. 13. De tweede druk uit 1958, van de hand van Rutten, voegde aan dit citaat in een voetnoot toe: "Men houde hierbij echter in het oog, dat bij de overgang van een dergelijke rechtsverhouding niet steeds alle rechten overgaan."

De Hoge Raad bevestigde in het arrest Quint/Te Poel uit 1959 de ruime uitleg van art. 1269 OBW.[163] Dit inzicht maakte het mogelijk om bevoegdheden en verplichtingen die niet rechtstreeks berustten op de wet te beschouwen als bron van verbintenissen. Daarmee had de duiding van de canonverplichting als een kwalitatieve verbintenis die volgde uit een zakelijk recht, een plaats in de systematiek van het recht gekregen.

De volgende vraag die zich aandiende betrof de vraag welke erfpachtvoorwaarden konden leiden tot kwalitatieve verbintenissen. De aanzet voor de oplossing van de vraag naar de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden werd gegeven door twee preadviezen. Na de publicatie van het wetsvoorstel met toelichting voor Boek 5 in 1955 en het Regeringsontwerp in 1957 schreven raadsheer W.B. Plantenga en notaris W.C. Treurniet (1897-1979) twee invloedrijke preadviezen over erfpacht en erfpachtvoorwaarden, waarin zij ingingen op het geldende recht ten aanzien van respectievelijk landelijke en stedelijke erfpacht en op het wetsvoorstel voor Boek 5 NBW. Beide preadviseurs beschouwden de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter als een gegeven omdat de juridische constructie van het erfpachtrecht in wezen een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding betrof.[164] Het uitgangspunt van die rechtsverhouding zou moeten bestaan uit een zeker evenwicht tussen de belangen van beide partijen. Het belang van de erfverpachter bestond uit het verkrijgen van rendement en invloed op gebruik van de onroerende zaak en het belang van de erfpachter bestond uit het behoud van een langdurig gebruiksrecht waarbij zijn investeringen (mede) aan hem ten goede kwamen.[165] Wat het contract naast het zakelijke jasje verder compliceerde was dat er bij een uitgifte doorgaans drie partijen betrokken waren, de grondeigenaar, de erfpachter en de hypothecaire financier van de erfpachter, ieder met zijn eigen belangen. Er was echter geen sprake van een samenhangende rechtsverhouding, ook al was de vestiging van een hypotheekrecht veelal een voorwaarde voor de vestiging van een erfpachtrecht. Ook in de jaren vijftig bestonden er problemen met de financiering van particuliere erfpacht en kwamen in de erfpachtvoorwaarden vrijwel altijd bepalingen in het belang van hypotheekhouders voor.[166] Plantenga was gekant tegen zeer gedetailleerde erfpachtvoorwaarden omdat het evenwicht in de rechtsverhouding juist gebaat was bij duidelijke regels op hoofdlijnen die in voorkomende gevallen door partijen konden worden ingevuld en waarbij de goede trouw een regulerende rol speelde. Hij leek voor landelijke erfpacht uit

163 Asser/Rutten 1967, p. 57. HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548, m.nt. DJV (*Quint/Te Poel*): 'dat uit deze woorden [*uit de wet* in art. 1269] echter geenszins volgt, dat elke verbintenis rechtstreeks op enig wetsartikel moet steunen, doch daaruit slechts mag worden afgeleid, dat in gevallen die niet bepaaldelijk door de wet zijn geregeld, de oplossing moet worden aanvaard, die in het stelsel van de wet past en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.'

164 Plantenga 1957, p. 44 en 86. Erfpachtvoorwaarden hadden in zijn ogen het karakter van zakelijke huur. Treurniet 1957, p. 94: "Ook bij de beperkte zakelijke rechten kunnen wij persoonlijke rechtsbetrekkingen onderkennen. Rechtsbetrekkingen tussen de zakelijk gerechtigde en de eigenaar van de zaak, waarop het zakelijk recht rust." Met verwijzingen naar Asser-Scholten, Suyling en Meijers in noot 2 en vermelding van de discussie omtrent de bron van deze verplichtingen.

165 Plantenga 1957, p. 18: "Erfpacht is, evenals de meeste andere verhoudingen, welke het onderwerp vormen van privaatrechtelijke overeenkomsten, in beginsel gericht op een zeker evenwicht van de wederzijdse posities, hier dus tussen de belangen van de eigenaar en die van de erfpachter." Plantenga legde hiermee een verband tussen contractvrijheid en evenwicht in de rechtsverhouding.

166 Plantenga 1957, p. 60. De bepalingen voor hypotheekhouders hielden in dat de hypotheekhouder gewaarschuwd moest worden indien zich bepaalde feiten voordeden die ervoor konden zorgen dat de waarde van het onderpand achteruitging. Vgl. Treurniet 1957, p. 118-124 en p. 161-164.

te gaan van een zakelijke rechtsverhouding tussen ongelijkwaardige partijen waarbij de erfverpachter veelal een overheidsorgaan was.

Plantenga onderscheidde in erfpachtvoorwaarden drie soorten verplichtingen voor de erfpachter, te weten (i) beperkingen op het gebruik van de onroerende zaak, (ii) verplichtingen die vielen binnen de aard van de erfpachtverhouding en (iii) verplichtingen die vielen buiten de aard van de erfpachtverhouding.[167] Uit de eerste soort ontstonden geen verbintenissen omdat door de beperkingen alleen het gebruiksrecht nader werd omlijnd. Indien de erfpachter zijn gebruiksrecht overtrad maakte hij inbreuk op het eigendomsrecht van de erfverpachter.[168] De tweede soort verplichtingen bestond uit kwalitatieve verbintenissen en de derde soort uit obligatoire verbintenissen.[169] Voorbeelden van kwalitatieve verplichtingen voor de erfpachter waren onder meer de canonverplichting, de onderhoudsverplichting, de verplichting tot verbetering van de onroerende zaak, de verplichting de belastingen te betalen en de verplichting de zaak in goede staat op te leveren. De erfverpachter van zijn kant was verplicht tot vergoeding van verbeteringen bij het einde van het recht. Dit waren alle kwalitatieve verbintenissen die vielen 'binnen de aard van de erfpachtsverhouding', die volgden uit het recht zelf en die overgingen op rechtsopvolgers.[170] Indien de erfverpachter had bedongen dat hij toestemming moest verlenen indien de erfpachter zijn recht wilde vervreemden of splitsen, was hij daarbij gebonden aan de 'regulerende werking' van de goede trouw.[171] Ook een bouwplicht was volgens Plantenga kwalitatief omdat deze diende ter verbetering van de onroerende zaak.[172] Dat het om een verplichting tot een doen ging bleef onbesproken. Plantenga vond het een gemiste kans dat het ontwerp voor een NBW de oude wettelijke regeling slechts op een paar onderdelen aanpaste in plaats van de rechtsverhouding op een meer evenwichtige wijze te regelen want daarmee bleef de onduidelijkheid ten aanzien van de verbintenissen die in het kader van een zakelijk recht ontstonden in stand.[173] Hij constateerde dat in de praktijk partijen bij de uitgifte een veelheid van verplichtingen over en weer afspraken en dat de meeste daarvan als kwalitatieve verbintenissen dienden te worden opgevat. Voor die verplichtingen, voor zover zij rechtstreeks verband hielden met de uitgifte van grond in erfpacht, zou de wet een basis moeten bieden zodat partijen voor de gebondenheid van rechtsopvolgers niet waren aangewezen op obligatoire bepalingen met kettingbedingen.

167 Plantenga 1957, p. 29-30.
168 Plantenga 1957, p. 35.
169 Plantenga 1957, p. 30. Zo ook Treurniet 1957, p. 149-155.
170 Plantenga 1957, p. 29-31.
171 Plantenga 1957, p. 38.
172 Plantenga 1957, p. 60: "De verplichting om gebouwen en werken aan te brengen zal kunnen worden gerangschikt onder de verplichtingen van de erfpachter als zodanig. In wezen is het een variant op de vanouds bekende vorm van erfpacht ter verbetering. In plaats van de toen beoogde ontginning is nu gekomen het doen ontstaan van woon- en werkgelegenheid voor de bevolking. Zowel het een als het ander valt alles binnen de maatschappelijke functie van het gebruik van de grond."
173 Plantenga 1957, p. 87: "De gehele huurverhouding [cf de Wet teboekgestelde Luchtvaartuigen] wordt dus deel van het zakelijk recht. Waarom kan dan bij erfpacht niet evenzeer de mogelijkheid blijven bestaan naar behoefte verplichtingen, welke rechtstreeks verband houden met de erfpachtsverhouding, deel van het zakelijk recht te doen zijn? Voor de praktijk levert dit gemak op en het toelaten van enige verdere contractsvrijheid bij de vestiging van dit, vrijwel steeds door de overheid verleende, recht behoeft toch geen principieel bezwaar te ontmoeten."

Preadviseur Treurniet zag als bron van de aan het erfpachtrecht verbonden (kwalitatieve) verbintenissen het zakelijk recht dan wel de vestigingshandeling, met als grondslag art. 782 OBW.[174] Ook volgens Treurniet volgden de rechten en verplichtingen van de erfpachter en de erfverpachter uit de wet en de vestigingsakte. Het recht van de erfpachter op een opstalvergoeding of op onderhoud door de erfverpachter was een kwalitatief recht en de verplichtingen van de erfpachter jegens de erfverpachter waren ook steeds kwalitatief.[175] Dat gold ook voor de bouwplicht.[176] Treurniet constateerde dat in de doctrine over de aard van de canon nog altijd geen overeenstemming bestond en nam in deze discussie het standpunt in dat de canon beschouwd moest worden als een zakelijke last, naar analogie van de grondrente. Dat liet onverlet dat partijen bij vestiging het dubbele verhaal konden afspreken.[177] Ook de vervreemdingsbeperking in de vorm van het toestemmingsvereiste was een kwalitatieve verbintenis zodat overtreding wanprestatie opleverde.[178] Treurniet constateerde dat in de praktijk de gemeenten de doctrine niet leken te vertrouwen omdat zij in hun algemene erfpachtvoorwaarden ten onrechte het uitgangspunt hanteerden dat verbintenissen tussen erfverpachter en erfpachter niet kwalitatief waren en zij de erfpachter verplichtten een overdracht aan de gemeente mede te delen en te verklaren dat alle verbintenissen die voortvloeiden uit de vestigingsakte op de rechtsopvolger waren overgegaan.[179]

Het deel van Treurniets preadvies dat het meeste invloed heeft gehad op het nieuwe BW is de paragraaf over zakelijke werking. Hier betoogde Treurniet dat de contractvrijheid van partijen om bevoegdheden en verplichtingen aan het zakelijk recht toe te voegen werd begrensd door 'het zodanig verband met het zakelijk recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is'. Een 'rechtstreeks verband met het genot en het onderhoud van de zaak' achtte hij te beperkt.[180] Verder bekritiseerde Treurniet de aard van de canonverplichting zoals deze in het wetsvoorstel was opgenomen. Het was een kwalitatieve verplichting die verhaalbaar was op het hele vermogen van de erfpachter, maar die een zakelijke tint verkreeg doordat de grondeigenaar voor achterstallige canon voorrang had op alle andere schuldeisers van de erfpachter.[181] Anderzijds kon een toestemmingsvereiste bij vervreemding slechts obligatoire werking hebben 'nu de wet over het beding

174 Treurniet 1957, p 96. Voetnoot nr. 12: "Vanzelfsprekend spruiten verbintenissen, die niet met het erfpachtsrecht samenhangen, uit het erfpachtscontract voort, bijv. de verplichting om een 'koopsom' te betalen." Met het erfpachtscontract werd bedoeld de overeenkomst tot vestiging.

175 Treurniet 1957, p. 102.

176 Treurniet 1957, p. 102-103: "De plicht om te bouwen bijv. is krachtens haar strekking bedoeld voor degeen, die tot bouwen in de gelegenheid is, dus degeen die de zeggenschap over de grond heeft. Dat is de nieuwe erfpachter." Vgl. p. 149 over de bouwplicht bij woningbouw.

177 Treurniet 1957, p. 103-106: '(…) dat partijen het stelsel Scholten (c) kunnen adopteren door bij de titel te bepalen, dat de erfpachter met zijn gehele vermogen voor de canon aansprakelijk zal zijn. Zij maken dan gebruik van een haar in art. 782 B.W. toegekende bevoegdheid en binden derhalve ook de rechtsopvolgers.'

178 Treurniet 1957, p. 112.

179 Treurniet 1957, p. 146: "Wat de rechten betreft, is de betoonde voorzichtigheid overdreven. (…) Ten aanzien van de verplichtingen heeft de geciteerde bepaling redelijke zin voor wie meent, dat zij alle – of althans de niet-specifieke erfpachtsverplichtingen – niet aan het erfpachtsrecht vastkleven en zijn en blijven contractuele verbintenissen. De weg naar art. 1354 B.W. is ons immers sinds 1905 afgesneden."

180 Treurniet 1957, p. 175. Met instemming geciteerd in PG Boek 5 BW, p. 294-295 (VV II) en p. 296-297 (MvA II). Ook de bespreking van de beide preadviezen door Houwing 1957 in WPNR, werd instemmend geciteerd in de parlementaire geschiedenis.

181 Treurniet 1957, p. 179-180.

zwijgt'.[182] De wetgever had niet goed doordacht wat de gevolgen zouden zijn van al dan niet kwalitatieve rechtsbetrekkingen die ontstonden uit het zakelijk recht. Treurniet uitte daarmee dezelfde kritiek als Diephuis, ook de wetgever van het nieuwe BW had nagelaten deze rechtsverhouding goed te regelen.

Beide preadviseurs waren afkomstig uit de rechtspraktijk en beschouwden het erfpachtrecht als een in beginsel contractuele rechtsverhouding die door de wetgever in een zakelijke context was geregeld. In verband met de zakelijke werking van contractueel bedongen erfpachtvoorwaarden behoefde de verbintenisrechtelijke kant van de rechtsverhouding een verankering in de wet omdat anders onzeker was of alle bevoegdheden en verplichtingen die in de praktijk door partijen aan het recht werden verbonden overgingen op rechtsopvolgers. De rechtszekerheid was onvoldoende gewaarborgd door het feit dat de meeste erfpachtrechten werden uitgegeven door overheidsorganisaties als erfverpachter, ook al mocht van hen een redelijke houding verwacht worden. De wetgever nam de aanbeveling uit de preadviezen alleen over in zoverre het voldoende verband-vereiste in de toelichting ten grondslag werd gelegd aan toekomstige rechterlijke oordelen.[183]

Begin jaren zestig werden de algemene erfpachtvoorwaarden die bij stedelijke erfpacht in gebruik waren en daar de wettelijke regeling grotendeels buiten werking stelden, algemeen opgevat als kwalitatieve verbintenissen:

> "Voor het grootste gedeelte bevatten deze bepalingen [in algemene erfpachtvoorwaarden] z.g. kwalitatieve verbintenissen, die op de eigenaar en de erfpachter als zodanig rusten, zodat zij ook de rechtsopvolgers onder bijzondere titel binden (zie Alg. Deel, p. 24)."[184]

Ten aanzien van het rechtskarakter van de erfpachtcanon was de heersende leer geworden dat dit een kwalitatieve verbintenis betrof.[185] Deze opvatting vereiste nog altijd uitleg en de argumentatie daarvoor werd opvallend genoeg ontleend aan het vroegere, dat wil zeggen het aan het OBW voorafgaande, recht:

> "Enerzijds heeft er in het vroegere recht nimmer een principieel onderscheid bestaan tussen de verplichting tot betaling van de canon en die tot betaling van huur, anderzijds is het redelijk de eigenaar bij erfpacht, die voorrecht van art. 1185 2e mist, toch een zakelijke bescherming te verlenen."[186]

182 Treurniet 1957, p. 183. Vgl. PG Boek 5 BW, p. 4.

183 PG Boek 5 BW, p. 297 (MvA II): "Beslissend is derhalve steeds of – zoals Treurniet het heeft uitgedrukt – er 'voldoende verband' met het zakelijk recht bestaat, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Aan de rechter is overgelaten om in individuele gevallen na te gaan of aan deze maatstaf voldaan is." In par. 2.4 wordt het oordeel van de rechter onderzocht.

184 Asser/Beekhuis 1963, p. 262. Op p. 271 nog eens in het algemeen herhaald: "De rechten en verplichtingen tussen erfpachter en eigenaar kunnen worden beschouwd als kwalitatieve verbintenissen."

185 Asser/Beekhuis 1963, p. 269-270. Beekhuis behandelde de verschillende opvattingen van de canon als persoonlijke verplichting met kwalitatieve werking (Suijling) of als zakelijke last vergelijkbaar met grondrente (Reepmaker, Treurniet) en stelde dat de combinatie van beide opvattingen zoals voorgesteld door Scholten in navolging van Goudeket zijn voorkeur had en als de heersende leer kon worden beschouwd.

186 Asser/Beekhuis 1963, p. 270. Het voorrecht van art. 1185 onder 2 OBW: 'De huur-penningen van onroerende goederen, de kosten van reparatie waartoe de huurder verpligt is, mitsgaders alles wat tot de nakoming van de huur-overeenkomst betrekking heeft' behoort tot de bevoorregte schulden op zekere bepaalde goederen.

Een voordeel van dit standpunt was dat de canon, nadat deze opeisbaar was geworden, een persoonlijke verplichting van een bepaalde erfpachter jegens een bepaalde erfverpachter was geworden waaraan deze zich niet kon onttrekken door zijn recht over te dragen of er afstand van te doen. De erfverpachter bleef een vorderingsrecht houden. De rechtspraak uit het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw leek de canonverplichting nog als een zakelijke last te beschouwen. Het ontwerp voor het Nieuw BW ging echter uit van een persoonlijke verplichting waarvoor alle rechthebbenden hoofdelijk aansprakelijk waren.[187]

Nu de wettelijke canonverplichting als kwalitatieve verplichting moest worden beschouwd verschoof de aandacht naar de niet-wettelijke verplichtingen die door partijen tot onderdeel van de rechtsverhouding werden gemaakt. Direct verbonden aan de aard van de verplichtingen was de vraag of deze zakelijke werking hadden.[188] De vraag was vooral relevant voor stedelijke erfpacht waar de erfverpachters vrijwel uitsluitend eigen bepalingen uit algemene erfpachtvoorwaarden van toepassing verklaarden. Beekhuis wees erop dat art. 782 OBW dit mogelijk maakte, maar dat daaraan wel grenzen gesteld dienden te worden. Die grenzen waren enerzijds te vinden in de openbare orde en de goede zeden en anderzijds in de kenmerken die als essentieel voor een erfpachtrecht werden beschouwd. Ten slotte kon niet elke verplichting met kwalitatieve werking worden afgesproken:

> '(…) omdat dit het wettelijk systeem betreffende het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten geheel op losse schroeven zou zetten (zie Algemeen Deel, p. 9 en H.R. 3 maart 1905, *W*. 8191, W.P.N.R. 1844). Maar hoe moet de grens getrokken worden? Volgens de Toel. bij art. 5.7.1.8 Ontw. B.W. zou hier beslissend zijn, of de betreffende verplichtingen rechtstreeks verband houden met het genot en het onderhoud van de zaak. Dat lijkt ons iets te eng omschreven. Bepalingen omtrent de vervreemding en de bezwaring van het erfpachtsrecht (…) of omtrent voldoening van belastingen hebben b.v. ook kwalitatieve werking. Men zal dus niet veel verder kunnen komen dan het stellen van de eis, dat bedoelde verplichtingen *voldoende verband* moeten houden met de inhoud van het recht van erfpacht, zoals deze door de wet omschreven is.'[189]

Het arrest Blaauboer/Berlips had een grens getrokken die in acht genomen diende te worden. Het ontwerp voor het Nieuw BW zoals dat begin jaren zestig voorlag beperkte de autonomie van partijen nog in belangrijke mate omdat het als uitgangspunt nam dat afwijkingen van de wettelijke regeling alleen waren toegestaan indien de wet dat uitdrukkelijk bepaalde. Bovenstaand vereiste van het voldoende verband, voorgesteld door Treurniet, zou nog een grote rol gaan spelen. Mij interesseert niet zozeer de zakelijke werking als wel dat het bij deze discussie

187 Asser/Beekhuis 1963, p. 270 en 276 in het kader van de bespreking van de vraag of de erfpachter volgens Nieuw BW eenzijdig afstand van zijn recht kon doen, constateerde dat: '(…) de verplichting tot betaling van de canon in het 5e Boek als een zuiver persoonlijke is geconstrueerd.'

188 Asser/Beekhuis 1963, p. 279-280. Vgl. Asser/Beekhuis 1977, p. 223-225.

189 Asser/Beekhuis 1963, p. 280, nadruk toegevoegd, onder verwijzing naar de preadviezen van Plantenga en Treurniet en de bespreking daarvan van Houwing, allen uit 1957. Beekhuis, regeringscommissaris voor Boek 5 BW, sloot zich aan bij de opvatting van Treurniet dat een voldoende verband de voorkeur had boven een rechtstreeks verband.

om verplichtingen van de erfpachter ging en de vraag of deze als verbintenissen moesten worden opgevat.

2.3.8 De lijn Eggens

Zoals gezien werd aan het begin van de jaren zestig in de doctrine algemeen aangenomen dat de erfpachtcanon als een kwalitatieve verbintenis moest worden beschouwd, dat gold wellicht ook voor niet-wettelijk geregelde verplichtingen die voldoende verband hadden met het erfpachtrecht, maar was twijfelachtig ten aanzien van niet-wettelijk geregelde verplichtingen zonder dat voldoende verband. In deze periode verscheen de invloedrijke KNAW-rede van de Amsterdamse hoogleraar J. Eggens (1891-1964) over de begrippen eigendom en verbintenis. De rede was een studie naar de verhouding tussen de rechtsbetrekkingen eigendom, algemeen beschouwd als de verhouding tussen een persoon en een zaak, en verbintenis, de verhouding tussen twee of meer personen. Eggens nam het standpunt in dat de eigendomsverhouding tussen een persoon en een zaak geen zelfstandige betekenis had, maar pas haar betekenis en gelding vond in de rechtsbetrekkingen tussen de zaakseigenaar en andere personen.[190] Waar de wet zich van een regeling onthield golden de open normen van het burgerlijk recht zoals de verkeersopvattingen, de goede trouw en dergelijke. Eggens' naar mijn mening belangrijkste constatering was dat de rechtsfiguren eigendom en verbintenis twee zijden van dezelfde rechtsverhouding vormden.

Om dit te illustreren gaf Eggens een voorbeeld uit het burenrecht. Eigenaren van aangrenzende erven mogen in een eigen muur, die op hun grondgebied staat en grenst aan het erf van de buurman, lichten en vensters maken, met de door de wet aangegeven beperkingen op hun eigendomsrecht inhoudende de verbintenis zich te onthouden van op een bepaalde wijze inbreuk te maken op het eigendomsrecht van de ander.[191] Verbintenissen moeten worden opgevat als vermogensrechtelijke rechtsbetrekkingen tussen individueel bepaalde personen. Verbintenissen zijn kwalitatief wanneer de individualiteit van de betrokken partijen door een bepaalde hen toekomende kwaliteit wordt bepaald. Eggens spreekt over deze 'eigendommelijke verbintenis' als een rechtsbetrekking van eigen gemengde aard, dat wil zeggen gemengd zakenrechtelijk en verbintenisrechtelijk.[192] Of een verbintenis kwalitatief blijft wordt bepaald door de hoedanigheid van de betrokken prestatie. Op de gemengde rechtsverhouding zijn zowel de regels van het goederenrecht als die van het verbintenissenrecht van toepassing.[193]

190 Eggens 1960, p. 188: "In waarheid *geldt* de eigendom – als rechtsbetrekking van persoon tot zaak – *in* de rechtsbetrekkingen van die persoon (als eigenaar betrokken) tot andere personen, en wel als de betrekkingen tot die anderen bepalend, en wel aldus bepalend dat in en door (middel van) de eigendomsbetrekking het subject daarvan zich tot de anderen verhoudt als eigenaar tot niet-eigenaren van de betrokken zaak." Nadruk in origineel. Eggens onderschreef het standpunt van Van der Heijden 1928 dat onderscheid moest worden gemaakt tussen de rechtsbetrekking en de verbintenis, p. 188, noot 1, maar ging in deze publicatie alleen in op diens visie op art. 1269 OBW en niet in op diens idee van de samengestelde rechtsbetrekking.

191 Eggens 1960, p. 190. Deze beperkingen hielden rekening met de belangen van beide partijen.

192 Eggens 1960, p. 194. Hij noemt als voorbeeld het recht van noodweg, een verbintenis die bestaat zolang het recht voortduurt. "Wij hebben hier te doen met een rechtsbetrekking, die noch – louter – zakenrechtelijk, noch – louter – verbintenisrechtelijk is, omdat zij zowèl zakenrechtelijk àls verbintenisrechtelijk is: zij is een rechtsbetrekking van eigen – gemengde – aard, omdat zij, ook in haar concretisering tot verbintenis, bepaald is en blijft voor het antwoord op de vraag wie de verbondenen zijn en wat de inhoud is van hun verbonden zijn."

193 Eggens 1960, p. 196.

In deze bijdrage heeft Eggens een aansprekende visie neergelegd op kwalitatieve verbintenissen en die visie kan naar mijn mening ook toegepast worden op erfpachtverhoudingen. De rechtsfiguur eigendom wordt hierin beschouwd als een verhouding die een bepaalde persoon en een bepaalde zaak omvat, maar die haar gelding pas vindt in verhouding tot bepaalde andere personen, verhoudingen waaraan het recht gevolgen verbindt. Datzelfde kan betoogd worden voor een beperkt recht. Ook deze rechtsfiguur geeft een verhouding van een bepaalde persoon tot een bepaalde zaak, waarvan de grenzen bepaald worden door de rechten die een bepaalde andere persoon, de erfverpachter, ten aanzien van dezelfde zaak houdt. De wetgever heeft nagelaten de daaruit volgende rechtsgevolgen te regelen. Eggens laat de begrippen eigendom en verbintenis en hun plaats in de wetssystematiek intact en voegt er tegelijk een nuancering aan toe waarmee het scherpe onderscheid tussen beide rechtsgebieden wordt gerelativeerd. Hij neemt tot uitgangspunt de rechtsverhoudingen zoals die in het maatschappelijk verkeer voorkomen. Dat is juist bij erfpacht verhelderend omdat het gebruiksrecht zich in zijn uiterlijke verschijningsvorm op het eerste gezicht niet onderscheidt van gebruik krachtens eigendom of huur, mede door de lange duur van het recht. Aan eigendom is ook naar mijn mening een relatieve kant in de vorm van kwalitatieve verbintenissen te ontwaren, Eggens noemt die 'eigendommelijke' kwalitatieve verbintenissen. Verbintenissen hebben soms een absolute kant in de vorm van kwalitatieve verbintenissen met een 'verbintenisrechtelijk' karakter. De inhoud van de betreffende kwalitatieve verbintenis wordt in concreto bepaald door de omstandigheden van het geval en de inhoud van de rechtsverhouding. De hierboven kort weergegeven visie van Eggens behoort tot de stroming in de doctrine die de nadruk legt op de relationele dimensie van goederenrechtelijke verhoudingen.[194] Zijn visie had invloed, maar werd niet tot heersende leer.

Eggens' leerling Pitlo kwam in de vijfde druk van zijn handboek over het zakenrecht met een nieuwe opvatting ten aanzien van de vraag of een erfpachtrecht kon vervallen op grond van ontbinding in de zin van art. 1302 OBW. Deze opvatting leek aan te sluiten bij het betoog van Eggens. Tot en met de vierde druk hield Pitlo vast aan de strikte scheiding tussen goederenrecht en verbintenissenrecht die toepassing van art. 780 OBW als bijzondere regel aan toepassing van art. 1302 OBW als algemene regel in de weg stond. Art. 780 OBW maakte vervallenverklaring van een erfpachtrecht door de rechter mogelijk wegens onder meer wanbetaling van de canon gedurende vijf achtereenvolgende jaren.[195] Maar omdat de erfpachtcanon ook als juridische tegenprestatie kon worden gezien en een bijzondere regeling heel goed naast een algemene regel kon staan, hoefde de erfverpachter bij een erfpachter die de canon niet betaalde geen vijf jaar te wachten,

194 Struycken 2007, p. 742-743 bespreekt deze stroming in het kader van de relativering van goederenrechtelijke rechten. Vgl. het overzicht van Wiarda 1961 en de beschouwing van Kortmann 1973 die aan alle rechtsbetrekkingen een absoluut en een relatief aspect onderscheidt. Door deze auteurs genoemde bronnen van die stroming voorafgaand aan 1960 zijn onder meer Van der Heijden 1928 en Kisch 1932. Ik reken de aandacht voor de relatieve kant van zakelijke rechten die begint bij Diephuis en de negentiende-eeuwse discussie over de bevoegdheid van de rechter hier ook toe.

195 Art. 780 OBW: "De erfpachter kan van zijn regt worden vervallen verklaard, ter zake van merkelijke aan het goed toegebragte schade, of van het grovelijk misbruiken daarvan; (…). De vervallenverklaring kan ook worden uitgesproken ter zake van wanbetaling der erfpacht, gedurende vijf op elkander volgende jaren (…)."

maar kon hij ook eerder de rechter om vervallenverklaring door ontbinding verzoeken:

> "De regeling van art. 780 sluit niet in, dat de eigenaar niet een actie uit art. 1302 kan instellen op grond van misbruik of wanbeheer, of op grond van wanbetaling. De bijzondere regeling staat naast de algemene."[196]

Pitlo kon in 1965 ook niet langer akkoord gaan met het arrest van het Hof Amsterdam van 27 oktober 1938, waarin de erfpachter geen actie uit art. 1302 OBW tegen de erfverpachter werd toegekend omdat hij de beschikking had over de zakelijke acties uit art. 768 OBW.[197] Volgens Pitlo konden de erfpachter en de erfverpachter jegens elkaar zowel zakelijke als verbintenisrechtelijke acties instellen, waarbij die laatste waren gebaseerd op hun hoedanigheid van 'contractant':

> "Naast de actie uit art. 768 heeft de erfpachter tegen de eigenaar de contractsacties. De eigenaar schendt immers niet uitsluitend als willekeurige derde, hij schendt tevens als contractant."[198]

Waar eerder toepassing van een verbintenisrechtelijke regeling werd afgewezen omdat de canon geen verbintenisrechtelijke tegenprestatie zou zijn, werd die toepassing nu wel mogelijk gezien. De verbintenisrechtelijke aard van de canon volgde ook uit de kwalificatie als kwalitatieve verbintenis zodat de standpuntwijziging als een correctie moest worden gezien. En indien de erfverpachter verbintenisrechtelijke acties tegen de erfpachter kon instellen, was het omgekeerde ook mogelijk. Of de hoedanigheid van 'contractant' betrekking had op de overeenkomst tot vestiging van het erfpachtrecht en of die ook gold voor rechtsopvolgers die bij die overeenkomst niet betrokken waren bleef onvermeld. Er leken bij erfpacht dus twee zijden aan dezelfde medaille in het geding te zijn.[199] Een vergelijkbare visie werd gehuldigd door Kortmann die aan eigendom en aan alle rechtsbetrekkingen een absoluut en een relatief aspect onderscheidde.[200] Eigendom was niet alleen absoluut, maar ook relationeel bepaald in de zin dat derden zich moesten onthouden van inbreuk op de eigendom van ieder ander en de eigenaar bij de uitoefening van zijn bevoegdheden uit eigendom rekening moest houden met alle anderen. De relatie van de eigenaar tot de zaak was niet te scheiden van de relatie van de eigenaar tot alle andere rechtssubjecten.[201] Kortmann noemde dit relationeel bepaalde eigendom en vond dat eigendom als concretisering van een bepaalde relatie sterk leek op een verbintenis.

---

196 Pitlo 1965, p. 278.

197 Hof Amsterdam 27 oktober 1938, *NJ* 1939/242 (*De Rooy/Amsterdam*). Art. 768 OBW: "De erfpachter oefent alle de regten uit, welke aan den eigendom van het erf verknocht zijn (…)."

198 Pitlo 1965, p. 278.

199 Pitlo 1972, p. 297-298 bevestigt het nieuwe standpunt: "Naast de actie uit art. 768 heeft de erfpachter tegen de eigenaar de contractsacties. De eigenaar schendt immers niet als willekeurige derde, hij schendt als wederpartij. Tussen partijen maakt het geen verschil of er een zakelijk of persoonlijk recht is. *De onderlinge relatie tussen twee partijen is steeds obligatoir van aard*. Het zakelijk karakter van hun verhouding wordt pas relevant, zodra er een derde op het toneel verschijnt." Nadruk toegevoegd.

200 Kortmann 1973.

201 Kortmann 1973, p. 428.

Op de lijn-Eggens als verwoord in de voordracht over eigendom en verbintenis uit 1960 is ook voortgebouwd door rechtsgeleerde J.M. Smits, met name in zijn onderzoek uit 1996 naar de herkomst van de *numerus clausus*.[202] Smits analyseert hierin de rechtshistorische ontwikkeling van opvattingen over zakelijke rechten onder invloed van met name de Savigniaanse dichotomie, het strikte onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht. Hij acht dat onderscheid achterhaald omdat het geen ruimte biedt aan de vele tussenvormen die in de praktijk zijn ontwikkeld en stelt dat de tijd rijp is voor een nieuwe systematiek waarin het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht wordt vervangen door nieuwe concepten zoals dat van het gesplitst eigendom. Hij sluit hiervoor aan bij de hierboven verwoorde benadering van Eggens.[203] Het betoog van Smits is aansprekend door de zoektocht naar de historische wortels van het strikte onderscheid. Dit laat zien dat een indeling van het recht op een bepaald moment zijn functie kan hebben, maar dat daaraan geen onveranderlijke dogmatische conclusies verbonden moeten worden. Alle indelingen van het recht zijn ondergeschikt aan de maatschappelijke ontwikkelingen en dienen daaraan te worden aangepast.[204]

2.3.9 Nieuw BW

De heersende leer heeft de visie van Eggens niet gevolgd. In de tiende druk van het deel Zakenrecht uit de Asser-serie uit 1975 werd ‘het aangaan van verbintenissen’ bij de vestiging van een zakelijk recht gewijzigd in ‘het scheppen van bevoegdheden en verplichtingen die niet in de omschrijving van het recht zelf begrepen zijn’.[205] Hierdoor bleef in het midden of die bevoegdheden en verplichtingen zakelijk of obligatoir van aard waren, dat was een vraag geworden. De doctrine zag hier nu dus wel een probleem, maar verwierp de visie van Eggens dat dit twee kanten van dezelfde medaille waren. De toelichting op het Nieuw BW beantwoordde deze vraag met het voldoende verband-vereiste en dat leek een oplossing, maar was het niet. Het voldoende verband-vereiste betreft namelijk alleen de zakelijke werking van bedingen, impliciet wordt dan geen verbintenis meer aangenomen en gaat het over de vraag of de voorwaarden deel uitmaken van het zakelijk recht of niet. Het algemeen deel van de elfde druk van het handboek Asser zakenrecht uit 1980 en de twaalfde druk uit 1985, beide bewerkt door Beekhuis, herhalen deze passage:

---

202 Smits 1996.

203 Struycken 2007, p. 706-713 is in zijn bespreking van de opvatting van Smits van oordeel dat het vervangen van het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht door het leerstuk derdenwerking van verbintenissen geen daadwerkelijke oplossing biedt en bovendien organisatorische problemen zal scheppen omdat de Savigniaanse dichotomie ten grondslag ligt aan de indeling van het vermogensrecht in het BW. Het negeren daarvan is in strijd met de rechtszekerheid voor betrokkenen bij zakelijke rechten.

204 Dit betoog sluit aan bij de opvattingen uit Smits 2015 en Smits 2009 omtrent de wijze waarop de normatieve rechtswetenschap beoefend dient te worden, zie bijvoorbeeld p. 70: “De rechtswetenschappelijke discipline onderzoekt wat individuen, bedrijven, staten of andere organisaties in rechte al dan niet behoren te doen of na te laten.” Vgl. de opvatting van Suijling over het nut van indelingen van het burgerlijk recht en eerder de opvattingen van Opzoomer over de taak van de rechtswetenschap.

205 Asser/Beekhuis 1975, p. 34-35. De vraag naar het rechtskarakter van deze bepalingen werd als volgt geformuleerd: ‘(…) of men hier te maken heeft met een bijzonder soort verbintenissen die overgaan met het zakelijk recht, dan wel met rechten en verplichtingen die de inhoud van het zakelijk recht nader bepalen.’

> "In al deze gevallen rijst de vraag, of men hier te maken heeft met *een bijzonder soort verbintenissen* die overgaan met het zakelijk recht, dan wel met *rechten en verplichtingen die de inhoud van het zakelijk recht nader bepalen*. Het Ontwerp B.W. geeft op die vraag een duidelijk antwoord. Blijkens de toelichting en de memorie van antwoord, behorende bij Boek 5, is hierin als uitgangspunt gekozen dat weliswaar de wettelijke bepalingen omtrent het zakenrecht in beginsel een dwingendrechtelijk karakter hebben, maar dat voorzover de wet zich van een regeling onthoudt of afwijking van de betrokken regeling toestaat, partijen de vrijheid hebben om binnen de grenzen van de definitie van het zakelijk recht de inhoud ervan zelf vast te stellen. Hierbij geldt volgens het ontwerp echter de restrictie dat, indien men bevoegdheden en verplichtingen, welke de wet niet regelt, tot inhoud van een zakelijk recht wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een zodanig verband met het zakelijk recht moeten hebben, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is (zie toel. Ontw. Meijers p. 378). Aan dit uitgangspunt heeft men zich bij de opstelling van de memorie van antwoord van Boek 5 geheel gehouden. Men verg. met name de memorie van antwoord, p. 77."[206]

De vraag naar de aard van verbintenissen die voortvloeien uit een beperkt recht wordt volgens de doctrine aldus beslist in het voordeel van de zakelijke last. [207] Verbintenissen kunnen geen deel uitmaken van de inhoud van een zakelijk recht.

In het jaar van de inwerkingtreding van het Nieuw BW publiceerde E.B. Rank-Berenschot een invloedrijk proefschrift over de scheidslijn tussen goederenrecht en verbintenissenrecht.[208] Het onderzoek bevat een inventarisatie van theorieën over het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten, zowel historisch als rechtsvergelijkend, en besteedt veel aandacht aan de wijzigingen die het nieuwe BW met zich bracht. Volgens de klassieke leer van het strikte onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten vloeien uit de rechtsverhouding tussen eigenaar en beperkt gerechtigde in beginsel geen verbintenissen voort. Een in het kader van een beperkt recht opgelegde verplichting moest onder OBW beschouwd worden als een kwalitatieve verplichting en niet als een persoonlijke verplichting of verbintenis.[209] Het niet nakomen van die verplichting werd beschouwd als een inbreuk op een zakelijk recht. In het nieuwe BW wordt een aantal verplichtingen voor beperkt gerechtigden geregeld waarbij zakelijke werking is beoogd, maar die niet passen in het tweedelige schema van zakelijke en persoonlijke rechten. Deze verplichtingen moeten geduid worden als 'wettelijke kwalitatieve verbintenissen van zakelijke herkomst'.[210] Niet nakoming van

---

206 Asser/Beekhuis 1975, p. 35. Nadruk toegevoegd. Identiek in Asser/Beekhuis 1980, p. 37-38 en in Asser/Beekhuis, Mijnssen & De Haan 1985, p. 40. Vgl. ook het bijzonder deel van het handboek, Asser/Beekhuis 1977, p. 206: "Voor het grootste gedeelte bevatten deze bepalingen [in algemene erfpachtvoorwaarden] z.g. kwalitatieve verbintenissen, die op de eigenaar en de erfpachter als zodanig rusten, zodat zij ook de rechtsopvolgers onder bijzondere titel binden (zie Algemeen Deel, p. 35)."

207 Asser/Beekhuis 1977, p. 213 en Asser/Beekhuis 1963, p. 270. Verschillende opvattingen bestonden ten aanzien van de facultatieve verplichting tot betaling van een periodieke retributie bij een opstalrecht, Asser/Beekhuis 1977, p. 231.

208 Rank-Berenschot 1992. In deze dissertatie kwamen de beperkte rechten aan de orde in hoofdstuk 6 waarin vooral aandacht werd besteed aan de goederenrechtelijke kwalificatie van de constructie van beperkte rechten uit het eigendomsrecht volgens het afsplitsingsmodel of het aftrekprincipe.

209 Rank-Berenschot 1992, p. 103-104.

210 Rank-Berenschot 1992, p. 116-118, onder verwijzing naar de indeling van Plantenga 1957 van drie soorten verplichtingen van de erfpachter. Onder 'wettelijk' moet worden begrepen 'als in wettelijke bepalingen neergelegd (bijv. de verplichtingen van de erfpachter tot betaling van de canon en tot onderhoud, art. 767 en 770 BW) of door de wet aan partijen overgelaten (vgl. art. 782 BW).' In deze zin zijn alle in erfpachtvoorwaarden opgenomen verplichtingen wettelijk.

deze met het zakelijke recht samenhangende verplichtingen vormt een inbreuk op een zakelijk recht. Wanneer de verplichting echter volgt uit de overeenkomst tot vestiging van het recht, wordt inbreuk gekarakteriseerd als wanprestatie.[211] Dat verplaatst de vraag naar de bron van de verbintenis, de overeenkomst tot vestiging of het zakelijk recht zelf, wat lastig te bepalen is indien de gehele inhoud van het zakelijk recht al in de overeenkomst tot vestiging is opgenomen, al dan niet door middel van een verwijzing naar algemene erfpachtvoorwaarden. Dat de canonverplichting naar NBW een kwalitatieve verbintenis met een verbintenisrechtelijk karakter vormt blijkt uit de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtsopvolger voor niet betaalde canon gedurende maximaal vijf jaar, ingevoerd bij art. 5:92 lid 2 BW, en uit de opzegging van het recht op grond van wanbetaling, ingevoerd bij art. 5:87 lid 2 BW. De introductie in het nieuwe BW van de kwalitatieve verplichting, in art. 6:252 BW beperkt tot verplichtingen tot dulden en niet doen, lijkt het mogelijk te maken om op verplichtingen die in de wet geregeld zijn het verbintenissenrecht van overeenkomstige toepassing te verklaren. Of dat in individuele gevallen ook zo zou zijn heeft de wetgever overgelaten aan de rechtspraak.

Rank-Berenschot ontwikkelt vervolgens een eigen voorstelling van beperkte zakelijke rechten en hun positie binnen de dichotomie persoonlijke versus zakelijke rechten en werkt deze uit in vier rechtsgevolgen.[212] Zij ontwikkelt een alternatief voor de heersende leer die voor het ontstaan en de aard van beperkte rechten het afsplitsingsmodel hanteerde. Het aanknopingspunt voor het alternatieve model is dat de betrokkenen de verhouding ervaren als een relatie tussen personen en dat zij de inhoud van het beperkte recht primair contractueel bepalen. Dat vormt een beter uitgangspunt dan de kunstmatige constructie van het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten zoals ontwikkeld in de rechtsleer, waarin het beperkte zakelijke recht zich alleen onderscheidt van het persoonlijke recht in voorwerp en gradatie. Waar de wet geen voorschriften geeft ten aanzien van deze inhoud zijn de betrokkenen vrij hun eigen regels vast te leggen. De rechtsverhouding ontstaat bij de overeenkomst die tevens de titel van vestiging is en die niet is uitgewerkt na vestiging, maar gedurende de looptijd van het recht blijft bestaan. Deze rechtsverhouding moet worden gekwalificeerd als een ‘kwalitatief bepaalde obligatoire verbintenis of een duurovereenkomst’. Op deze primair obligatoire rechtsverhouding is het gehele verbintenissenrecht van toepassing: ‘Het begrip zakelijk recht kon worden herleid tot een relatie van persoon tot persoon.’[213] Rank-Berenschot sluit met deze opvatting aan bij een verschuiving van de aandacht in het vermogensrecht van het goederenrecht naar het verbintenissenrecht.[214] Zij maakt onderscheid naar de bron van de verschillende soorten bevoegdheden die inhoud van het beperkt recht uitmaken: sommige bevoegdheden volgen uit de wet, andere zijn kwalitatief en weer andere obligatoir.[215] Dat neemt niet weg dat op alle inhoud de regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn, ook ten aanzien van rechtsopvolgers van de eerste contractanten. Het publi-

211 Rank-Berenschot 1992, p. 138.
212 Rank-Berenschot 1992, p. 311-312.
213 Rank-Berenschot 1992, p. 351.
214 Schoordijk 2014, p. 6-8. Vgl. ook Struycken 2007, p. 445-446 en 741-745.
215 Rank-Berenschot 1992, p. 321-322.

catievereiste waarborgt immers de kenbaarheid van zakelijke rechten en verplichtingen.[216]

Ook de poging van Rank-Berenschot om verbintenissen uit zakelijke rechten te onderwerpen aan het regime van het verbintenissenrecht is niet de heersende leer geworden. In zijn bespreking van haar proefschrift betuigde de Tilburgse hoogleraar H.C.F. Schoordijk (1926-2018) zijn instemming met de poging en ontwikkelde de contouren van een eigen opvatting over het rechtskarakter van beperkte rechten.[217] Naar zijn mening is er bij beperkte rechten sprake van een verzakelijking van verbintenissen. De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter is in wezen obligatoir, maar wordt door de wet, als gevolg van de vereiste vestigingshandeling, verzakelijkt. De erfpachtovereenkomst, de overeenkomst waarbij een erfpachtrecht wordt gevestigd, moet rechtstheoretisch uiteraard worden aangemerkt als een obligatoire overeenkomst, maar anders dan Meijers die van oordeel was dat deze overeenkomst na vestiging was uitgewerkt, is Schoordijk met Rank-Berenschot van mening dat deze overeenkomst blijft bestaan en zakenrechtelijke gevolgen heeft in die zin dat na vestiging de bevoegdheden en verplichtingen uit de overeenkomst tot vestiging krachtens de wet worden verzakelijkt. Verzakelijkt wil zeggen dat opvolgende grondeigenaren en erfpachters er eveneens aan gebonden zijn.[218] Schoordijk sluit aan bij de opvattingen van Diephuis uit 1886 en Suijling uit 1940 die ook spraken over een in oorsprong obligatoire en vervolgens krachtens de wet verzakelijkte rechtsverhouding tussen grondeigenaar en erfpachter.

Het aansprekende aan de theorieën van Rank-Berenschot en Schoordijk is dat deze uitgaan van wat er feitelijk gebeurt en hoe betrokkenen die rechtsverhouding ervaren. Beide rechtsgeleerden nemen de feitelijke verhoudingen tot uitgangspunt in plaats van te denken in abstracte systemen en het toepassen van het systeem van de wet op concrete situaties.[219] Helaas bood de recensie Schoordijk te weinig ruimte voor een uitwerking van de gedachte dat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter als obligatoir moet worden opgevat. Zo bleef in het midden of de regels van het verbintenissenrecht altijd van toepassing zijn of dat daar voorwaarden aan gesteld moeten worden.

De benadering van Schoordijk heeft invloed gehad. Van Velten adresseerde in zijn preadvies over privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht de toepas-

---

216 Rank-Berenschot 1992, p. 327. Dit kan echter niet met zekerheid gesteld worden voor de obligatoire verbintenissen die voortvloeien uit zakelijke rechten: “De slotconclusie moet zijn dat publicatie en derdenwerking niet over de gehele linie van het zaken- en verbintenissenrecht als synoniemen mogen worden beschouwd. Weliswaar vormt publicatie een voorwaarde voor derdenwerking zolang men zich beweegt op het gesloten terrein der zakelijke rechten, maar in het restgebied – dat der al dan niet krachtens wetsbepaling van derdenwerking voorziene persoonlijke rechten – vormt zij niet meer dan één der vele gezichtspunten. Niet steeds garandeert publicatie derdenwerking, niet steeds is publicatie een noodzakelijke voorwaarde voor derdenwerking.’

217 Schoordijk 1992.

218 Schoordijk 1992, p. 1205: “Ook bij erfpacht [net als bij huur] neemt de erfverpachter de *verplichting* op zich aan de erfpachter het vrije genot van het in erfpacht gegeven terrein te garanderen. Daarnaast neemt de erfverpachter andere verplichtingen op zich. Tot zoverre is er dus geen verschil tussen erfpacht en huur. Het bijzondere nu van de erfpacht is dat de uit deze overeenkomst voortspruitende verbintenissen *verzakelijkt* zijn. (…) Voorts hebben de verbintenissen uit erfpacht een droit de suite. (…) de verhouding tussen erfverpachter en erfpachter is *rechtstheoretisch* een puur obligatoire overeenkomst, die krachtens de wet in een zakelijk jasje gestoken kan worden.” Nadruk in origineel.

219 Schoordijk 1986, p. 33.

selijkheid van Boek 6 BW op zakelijke rechten, in het bijzonder op de rechten van erfpacht en opstal.[220] Dit betreft de voor de praktijk relevante vraag:

> '(…) of de verhouding tussen bloot-eigenaar en erfpachter of opstaller beheerst wordt uitsluitend door het goederenrecht of (daarenboven) ook door het verbintenissenrecht.'[221]

Van Velten herhaalt het voorbeeld van de vraag of de erfverpachter bij wanbetaling van de canon op grond van art. 5:87 lid 2 BW twee jaar dient te wachten alvorens hij maatregelen kan nemen of dat hij tevens en eerder de middelen van Boek 6 BW kan inzetten. In de visie van Rank-Berenschot kan de grondeigenaar alleen ageren op grond van de inbreuk op zijn recht, terwijl volgens Schoordijk Boek 6 BW direct van toepassing is op de in een zakelijk jasje gegoten verbintenissen tussen erfverpachter en erfpachter. Van Velten sluit zich bij de laatste opvatting aan, omdat 'niet valt in te zien waarom de scheiding tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht zo dogmatisch dient te worden getrokken.'[222] Toepassing van het instrumentarium van Boek 6 BW is in zijn visie in de regel gegeven, maar wordt ingeperkt door de regels van Boek 5 BW.

In recent onderzoek zijn diverse aspecten van de rechtsverhouding grondig onder de loep genomen. Rechtsgeleerde T.H.D. Struycken onderzocht in zijn veelomvattende promotieonderzoek naar de *numerus clausus* in het goederenrecht de rol en functie van het gesloten stelsel van beperkte rechten in de ontwikkeling van het vermogensrecht onder invloed van 'het verschijnsel van relativering van rechten'.[223] In dit kader besteedde hij aandacht aan de inhoud van beperkte rechten. Relativering houdt in dat de uitoefening van absolute rechten niet uitsluitend wordt getoetst aan de tekst van de afspraken uit de vestigingsakte, zoals in het goederenrecht vanwege het publiciteitsvereiste gebruikelijk is, maar bijvoorbeeld ook aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waarbij alle omstandigheden van het geval van belang kunnen zijn, ook omstandigheden die niet direct uit de vestigingsakte kenbaar zijn. Deze ontwikkeling brengt een verschuiving van de aandacht met zich van de fase van de vestiging en het ontstaan van subjectieve rechten naar de fase van de uitoefening en de beëindiging van subjectieve rechten, en doet zich ook in het goederenrecht voor, bijvoorbeeld en juist bij beperkte rechten.[224] Het is volgens Struycken de verschuiving van het statische goederenrecht naar het dynamische verbintenissenrecht.[225] De tendens tot relati-

220 Van Velten 1995b.
221 Van Velten 1995b, p. 68. Vgl. Van Velten 2009, p. 484 en Van Velten 2015, p. 588-589.
222 Van Velten 1995b, p. 69. Vgl. Van Velten 2009, p. 485 en Van Velten 2015, p. 590.
223 Struycken 2007, p. 693-694.
224 Struycken 2007, p. 724-725.
225 Bij erfpachtrechten wordt de verschuiving van de aandacht van vestiging naar uitoefening van een beperkt recht met name veroorzaakt door de waardestijging van grond. In het begin van de twintigste eeuw was het regel dat een erfpachtrecht met een bepaalde voor de gehele looptijd onveranderlijke inhoud werd gevestigd. Gedurende de lange periode dat een erfpachtrecht van kracht was konden er echter allerlei ontwikkelingen plaatsvinden die bij aanvang niet voorzien waren en die een wijziging in de voorwaarden maatschappelijk wenselijk of noodzakelijk maakten. Zo was bij de uitgifte van duingebied op Terschelling in 1926 (*Stb*. 1927, 146) niet voorzien dat de waarde van de grond zodanig zou stijgen dat de maximale canonherziening gedurende de eerste 125 jaar van het recht de grondeigenaar al in de jaren negentig op kosten zou jagen. In het algemeen was de grote stijging van de waarde van grond met de bestemmingen wonen en recreatie zoals die optrad vanaf de jaren zeventig van de twintigste eeuw, niet voorzien bij uitgifte van die grond in de jaren twintig en dertig. Een strikt goederenrechtelijke benadering zou dan vasthouden aan de bepalingen uit de vestigingsakte en geen rekening houden met omstandigheden die zich voordoen tijdens de uitoefening of bij de beëindiging van beperkte rechten.

vering heeft in de rechtsontwikkeling geleid tot een grotere rol voor de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht.[226] In het nieuwe BW komt de ontwikkeling tot uiting in de overeenkomstige toepassing van art. 6:248 BW op de vestiging van beperkte rechten en in de nieuwe imprévision-bepalingen zoals art. 5:97 BW. Struycken onderzocht het effect van deze deels nieuwe instrumenten 'om in te grijpen in maatschappelijk ongewenste partijarrangementen'.[227] De wet heeft de rechter vanaf 1992 een aantal instrumenten gegeven om de uitoefening en beëindiging van zakelijke rechten te kanaliseren, zoals de imprévision-bepalingen waarmee in het algemeen belang goederenrechtelijke rechten gewijzigd of opgeheven kunnen worden en bepalingen die goederenrechtelijke rechten onder de reikwijdte van de redelijkheid en billijkheid brengen, via een schakelbepaling of via het leerstuk misbruik van recht.[228] De leerstukken redelijkheid en billijkheid, uitleg en onvoorziene omstandigheden komen in het vervolg van dit onderzoek nog vaak aan de orde.

Ten aanzien van de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid geldt dat de rechtshandeling tot vestiging van een beperkt recht een overeenkomst is zodat art. 6:248 BW en art. 6:2 BW hierop direct van toepassing zijn. Art. 6:216 BW verwijst naar 'andere meerzijdige rechtshandelingen' en moet volgens Struycken niet zo begrepen worden dat de rechtsverhouding tussen hoofd- en beperkt gerechtigde aan de werking van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onderworpen is. Een rechts*verhouding* of rechts*betrekking* is immers iets anders dan de door art. 6:216 BW vereiste rechts*handeling*.[229] Struycken geeft het voorbeeld van de verhouding tussen de erfverpachter en een rechtsopvolgende erfpachter, waaraan geen contractuele verhouding tussen partijen ten grondslag ligt.[230] Ik vind dat niet sterk, het arrest Haagse erfpacht wordt inmiddels beschouwd als grondslag voor de stelling dat de eisen van redelijkheid en billijkheid de verhouding tussen de erfverpachter en de voormalige erfpachter beheersen indien partijen onderhandelen over heruitgifte of anderszins nog zaken met betrekking tot het afgelopen erfpachtrecht moeten worden afgehandeld.[231] In dit geval was er zeker geen sprake van dat alle erfpachters nog dezelfde waren als op het moment van vestiging 75 jaar eerder zodat bij de opvolgende erfpachters, wier rechtsverhouding met de gemeente niet door overeenkomst tot stand was gekomen, de verhouding toch werd beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De kwalitatieve werking brengt mee dat tussen erfverpachter en opvolgend erfpachter vele verbintenissen bestaan die terug te voeren zijn op de oorspronkelijke overeenkomst tot vestiging van het erfpachtrecht. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid omvatten immers niet alleen de rechtshandeling zelf, maar ook de gevolgen ervan. De meerzijdige vermogensrechtelijke

226 Struycken 2007, p. 734-739.
227 Struycken 2007, p. 694.
228 Struycken 2007, p. 724.
229 Struycken 2007, p. 736.
230 Vgl. ook Struycken 2000, p. 92 waar deze situatie eveneens wordt genoemd, maar niet uitgewerkt. Het artikel bespreekt het arrest HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat het hof terecht de handelwijze van de gemeente aan de redelijkheid en billijkheid had getoetst, zonder de grondslag voor die toetsing aan te geven. Struycken pleit daarop voor een afzonderlijke invulling van de redelijkheidstoets voor het goederenrecht bij wijze van correctie-instrument.
231 Zie bijvoorbeeld De Jong & Ploeger 2008, p. 10.

rechtshandeling omvat het ontstaan van kwalitatieve verbintenissen, die als verbintenis onder de werking van art. 6:2 BW vallen. Ten aanzien van de verbintenisrechtelijke elementen van de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter mag de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden aangenomen, ongeacht de wijze waarop het recht is ontstaan.[232] Voor de overige elementen van de rechtsverhouding tussen beperkt gerechtigde en hoofdgerechtigde kan met Struycken een analoge toepassing worden aangenomen.[233]

De uitdieping van de ratio en de toepassing van oorspronkelijk verbintenisrechtelijke instrumenten op de beëindiging van beperkte rechten vormt een belangrijke verdienste van het onderzoek van Struycken, ook al pleit hij voor een zeer terughoudend gebruik. Beide instrumenten, de imprévision en de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, al dan niet via de rechtsfiguur misbruik van bevoegdheid, zijn volgens de analyse van Struycken ingevoerd in het nieuwe BW als tegenwicht voor de verruimde kaders voor de vestiging van beperkte rechten. Als partijen meer mogelijkheden hebben om bevoegdheden en verplichtingen tot onderdeel van een beperkt recht te maken bestaat het risico dat meer onverwachte en ongebruikelijke rechten en bevoegdheden zullen opduiken in bijvoorbeeld erfpachtvoorwaarden. Om in de uitoefening daarvan de scherpe kantjes ervan af te kunnen halen heeft de rechter meer instrumenten gekregen om voorwaarden te toetsen en, indien de belangenafweging daartoe noopt, de voorwaarden te wijzigen of het recht te beëindigen.[234]

In 2013 vormde het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht opnieuw voorwerp van onderzoek. A.F. Mollema onderzocht in haar proefschrift de plaats van het beperkte recht in het vermogensrecht en ontwikkelde een eigen dogmatisch model van het beperkte recht in algemene zin, gebaseerd op historische en systematische grondslag.[235] Kenmerk van het model is de vereenzelviging van eigendom en zaak als twee zijden van hetzelfde begrip met een juridische kant, de eigendom, en een feitelijke kant, de zaak. Een beperkt recht vormt een belasting van deze twee-eenheid van zaak en eigendom, zowel een directe belasting van de zaak als een belasting van het eigendomsrecht van de zaak.[236] Mollema werkt in dit model de verhouding tussen beperkt recht en hoofdrecht uit en stelt daarbij de vraag centraal welke bevoegdheden tot inhoud van het beperkt recht gemaakt kunnen worden. Vanuit dit goederenrechtelijk oogpunt komt Mollema niet toe aan de rechtsverhouding tussen hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde, anders dan de constatering dat de bevoegdheden en verplichtingen van eigenaar en beperkt gerechtigde kwalitatief zijn, maar geen kwalitatieve verbin-

232 Struycken 2007, p. 739 onder verwijzing naar Asser/Hartkamp *4-II* 2005/305. Vgl. Asser/Sieburgh *6-III* 2018/400: "Evenzeer spreekt het vanzelf dat het voor de invloed van redelijkheid en billijkheid op beperkte rechten geen rol mag spelen of deze door vestiging dan wel door verjaring of door wetsbepaling ontstaan."

233 Struycken 2007, p. 738. De specifieke toepassing van redelijkheid en billijkheid bij het toestemmingsvereiste van art. 5:91 lid 4 BW komt in dit onderzoek aan de orde in hoofdstuk 4.

234 Struycken 2007, p. 748-749. In het onderdeel over de rechtspraak (par. 2.4) wordt deze stelling onderzocht en deze komt ook aan de orde in hoofdstuk 5 over canonherziening. Het nieuwe BW heeft de partijautonomie bij erfpacht vrijwel uitsluitend verruimd op het gebied van de canon, maar hier doen zich ook verreweg de meeste conflicten voor en is een waarborg tegen onredelijke uitoefening op zijn plaats. In par. 7.3.1 vergelijk ik mijn bevindingen met de conclusies van Struycken.

235 Mollema 2013.

236 Mollema 2013, p. 177. Een beperkt recht vormt in deze visie dus geen afsplitsing van het eigendomsrecht.

tenissen.[237] Mollema is van mening dat Rank-Berenschot de gedachte van de rechtsverhouding als een kwalitatieve verbintenis te ver had doorgevoerd en is er niet van overtuigd dat de wijze waarop betrokkenen de rechtsverhouding ervaren leidend dient te zijn voor de rechtsleer.[238] Erfpachter en erfverpachter staan in haar model tot elkaar in een indirecte goederenrechtelijke rechtsverhouding via hun machtsverhouding tot de onroerende zaak en zowel de eigendom als het beperkt recht kunnen bevoegdheden en verplichtingen inhouden. De rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter verloopt via hun respectievelijke verhouding tot de onroerende zaak. De regels van het verbintenissenrecht zijn alleen direct van toepassing waar de wetgever dit heeft bepaald en kunnen voor het overige waar nodig analoog worden toegepast indien de omstandigheden van het geval daar aanleiding toe geven.[239] Mollema geeft voorbeelden van erfpachtvoorwaarden die alle onder de wettelijke regeling te brengen zijn zodat er geen noodzaak is de regels van het verbintenissenrecht van toepassing te verklaren. Een waarschuwing is wel op zijn plaats voor de uitgifte van grond in erfpacht door gemeenten omdat hier sprake is van een ongelijkwaardige rechtsverhouding zodat gewaakt moet worden voor een te grote machtspositie van overheden, de doorkruisingsleer is nog immer actueel.[240] Met deze opvatting zijn we grotendeels weer terug bij de opvatting van Meijers, aangevuld met de analoge toepassing van het verbintenissenrecht waar de omstandigheden van het geval dat nodig maken. Koops noemde dit in zijn bespreking een nieuwe visie op de inhoud van beperkte rechten, ik houd het eerder op een variant van een bekende visie.[241]

Een heel andere visie op de rechtsverhouding verwoordt F.J. Vonck in zijn proefschrift over de flexibiliteit van het recht van erfpacht, waarin onder meer de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden, met als invalshoek de partijvrijheid, wordt onderzocht.[242] De grenzen van die partijvrijheid, welke onderwerpen partijen nog wel in erfpachtvoorwaarden, als onderdeel van het erfpachtrecht en dus met zakelijke werking, kunnen regelen en welke niet, wordt gevonden in de wet, in de vorm van titel 5.7 BW, en in het stelsel van de wet, in de vorm van de *numerus clausus*. De wet biedt enerzijds veel ruimte aan de partijvrijheid omdat slechts enkele onderwerpen dwingendrechtelijk geregeld zijn, terwijl anderzijds de *numerus clausus* die partijvrijheid juist sterk lijkt te beperken. Uit het onderzoek blijkt echter dat die beperkingen meevallen zolang de onderwerpen die partijen in de erfpachtvoorwaarden regelen direct gebaseerd zijn op de wettelijke

237 Mollema 2013, p. 241-242.
238 Mollema 2013, p. 237.
239 Mollema 2013, p. 238, noot 44: "Eenzelfde overeenkomstige of analoge toepassing zou kunnen worden overwogen voor de behandeling van de in het beperkte recht opgenomen verplichtingen in faillissement."
240 Mollema 2013, p. 256-257. Noot 97 wijst erop dat hetzelfde geldt voor veel banken, die in het kader van het vestigen van zekerheidsrechten een vergelijkbare machtspositie hebben. Op p. 271 pleit Mollema voor een heroverweging van de leer van het Lelystad-arrest nu de publiekrechtelijke mogelijkheden zo uitvoerig geregeld zijn dat de noodzaak voor de overheid om privaatrechtelijke regelingen in te zetten om hetzelfde resultaat te bereiken steeds kleiner is geworden. In HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 3.8.2-3.8.3 is bepaald dat de tussentijdse beëindiging van een opstalrecht op grond van het algemeen belang (mits deze opzeggingsgrond conform art. 5:87 lid 3 jo. 5:104 lid 2 BW is opgenomen in de vestigingsvoorwaarden) geen onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet betekent. Zie hierover Theunisse, *Gst*. 2015/40.
241 Koops 2014.
242 Vonck 2013, p. 113-168.

regeling, voldoende verband hebben met onderwerpen die wel wettelijk geregeld zijn, de in erfpacht gegeven onroerende zaak en de machtsverhouding over die onroerende zaak betreffen, het geen verplichtingen zijn die de eigenaar zelf ook niet heeft en de verhandelbaarheid van het erfpachtrecht en/of de onroerende zaak niet onnodig beperken.[243] Vonck geeft hiermee een gedetailleerde uitwerking van het voldoende verband-vereiste uit de parlementaire geschiedenis. In navolging van Reepmaker onderscheidt hij ten eerste bedingen die mogelijk zijn op grond van de wet, en ten tweede bedingen over onderwerpen waarover de wet zwijgt. De eerste hebben steeds zakelijke werking, de tweede alleen als aan het voldoende verband-vereiste is voldaan. Vonck vult dit criterium aan met het vereiste dat het beding de machtsverhouding over de onroerende zaak moet betreffen[244] en in verband moet staan met een door de wet toegelaten bepaling.[245] Dit genuanceerde stelsel zal de praktijk voldoende mogelijkheden bieden om erfpachtvoorwaarden naar wens in te richten, vooral art. 5:89 lid 1 BW over de bestemming van de onroerende zaak biedt partijen veel ruimte voor maatwerk.

Partijvrijheid of contractvrijheid vormt het leidende beginsel van het contractenrecht dat ervan uit gaat dat partijen in een gelijkwaardige verhouding tot elkaar staan. Volgens Vonck is dat bij erfpachtrechten doorgaans het geval.[246] Zijn onderzoek betreft primair de inhoud van het erfpachtrecht en de beperkingen die daaraan vanuit het goederenrecht gesteld worden. Het verbintenisrechtelijke beginsel van de contractvrijheid geldt daarbij onverkort in de zin dat partijen die een beperkt recht vestigen alles wat zij wensen tot onderdeel van hun rechtsverhouding kunnen maken, al is het niet altijd met zakelijke werking. Het gesloten systeem van zakelijke rechten zoals vastgelegd in art. 3:8 en 3:81 lid 1 BW vormt een beperking van de contractvrijheid van erfpachter en erfverpachter. In de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW is het criterium gesteld dat bedingen die in strijd zijn met het wezen van het erfpachtrecht of onvoldoende verband daarmee hebben geen goederenrechtelijke werking kunnen hebben.[247]

Vonck besteedt in dit kader ook aandacht aan de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter. Deze rechtsbetrekking wordt in het leven geroepen met de vestiging van een erfpachtrecht.[248] Onder verwijzing naar het ontstaan van het recht als variant op het contractuele recht van huur en verhuur, stelt Vonck dat het erfpachtrecht al vanaf de Oudheid gekenmerkt wordt door een contractuele en

243 Vonck 2013, p. 163-166.
244 Vonck 2013, p. 155.
245 Vonck 2013, p. 163.
246 Vonck 2013, p. 157. In tegenstelling tot voorheen: “Voor het genot van onroerend goed is men niet meer afhankelijk van een gering aantal particuliere grootgrondbezitters, zodat de verkrijger en de vervreemder van een genotsrecht op grond in de regel relatief gelijkwaardige contractspartijen zijn.” In ieder geval voor stedelijke erfpacht kan ik deze stelling niet zonder meer onderschrijven.
247 PG Boek 5 BW, p. 296-298 (MvA II van 16 oktober 1972).
248 Vonck 2013, p. 147.

flexibele aard.[249] De regelende aard van de erfpachttitel in het OBW bevestigde het contractuele aspect van het recht en Vonck kwalificeert de rechtsfiguur ten tijde van de ontwikkeling van het OBW als 'een min of meer contractuele verhouding met zakelijke werking'.[250] Het scherpe onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht kwam in de Nederlandse rechtsleer pas in de tweede helft van de negentiende eeuw in zwang en werd bevestigd door de Hoge Raad in het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905, waarmee de partijvrijheid werd beperkt. Omdat in het goederenrecht geen contractvrijheid zou gelden komt de vraag op of binnen het goederenrecht een flexibel recht van erfpacht mogelijk is. Vonck zoekt voor de toepassing van het verbintenissenrecht op erfpachtverhoudingen dus aansluiting bij de historische aard van het recht. Hij maakt geen duidelijk onderscheid tussen een goederenrechtelijke en een verbintenisrechtelijke kant van het erfpachtrecht en gebruikt de termen erfpachtrecht en rechtsverhouding door elkaar.[251] Ten aanzien van de plaats van beperkte rechten in het stelsel van de wet staat Vonck een visie voor waarin beperkte rechten zelfstandige rechten zijn die naast het eigendomsrecht op de zaak rustten.[252] Hij verwerpt het afsplitsingsmodel en acht in erfpachtvoorwaarden ook verplichtingen tot een doen mogelijk mits het bevoegdheden en verplichtingen zijn die de grondeigenaar ook kon uitoefenen en verder aan de genoemde criteria is voldaan.

Vonck stuitte in zijn onderzoek naar de ruimte voor de partijvrijheid op de grenzen van het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten. Hij doet geen definitieve uitspraak over de aard van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter, maar onderscheidt wel een goederenrechtelijke en een verbintenisrechtelijke kant aan deze rechtsverhouding. Hij beschouwt het beperkt recht niet als een afsplitsing van eigendom, maar als een zelfstandig recht dat bevoegdheden en verplichtingen voor beide partijen kan omvatten. De inhoud van die bevoegdheden en verplichtingen wordt begrensd door de wet en door criteria die volgden uit de ratio van het gesloten stelsel waarbij de wet als uitgangspunt fungeert. Bevoegdheden en verplichtingen moeten beschikkingsmacht over de onroerende zaak betreffen, maar kunnen daarnaast ook kwalitatieve verplichtingen van partijen jegens elkaar zijn. In dat laatste geval zijn de regels van het verbintenissenrecht van toepassing. Voor de kwalificatie van de rechtsverhouding als goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk hangt het er dus vanaf welk onderdeel van die rechtsverhouding in het geding is.

Als ultieme toets van de relatie tussen erfpachter en erfverpachter onderzocht Vonck het faillissement van een der partijen, waarbij onderscheid kan worden gemaakt tussen de relatie tussen persoon en goed en de relatie tussen hoofd- en beperkt gerechtigde.[253] De relatie tussen persoon en goed is goederenrechtelijk

249 Vonck 2013, p. 116. Anders: Muylle 2012, p. 260-304. Op grond van een minutieus onderzoek naar de bronnen van het erfpachtrecht in de Oudheid en de ontwikkeling gedurende de Middeleeuwen onder invloed van Germaans recht, kerkelijk recht en Romeins recht komt Muylle tot de conclusie dat in genoemde periodes een tijdelijk gebruiksrecht op grond werd ingezet om redenen van beheer en ontginning en dat het tijdelijke recht in de loop der tijd evolueerde tot een eeuwigdurend recht met een eigen karakter en een steeds sterkere positie van de erfpachter (p. 301-304). Vgl. ook Jansen 2014, p. 34 over de ontwikkeling van het Romeinsrechtelijke erfpachtrecht in de richting van eigendom.

250 Vonck 2013, p. 134.

251 Vonck 2013, p. 115.

252 Vonck 2013, p. 147.

253 Vonck 2013, p. 147-149, 151-152.

van aard, eenieder dient zich van inbreuk op deze relatie te onthouden, ook in faillissement. De relatie tussen hoofd- en beperkt gerechtigde is echter van obligatoire aard en bevat kwalitatieve verbintenissen in de verplichtingen die tussen deze personen zijn afgesproken en die geen objectieve rechtsplichten zijn. Hét voorbeeld van een dergelijke verplichting is uiteraard canonbetaling, hierop zijn de regels van het verbintenissenrecht direct van toepassing, ook in faillissement.[254] Vonck trekt geen definitieve conclusie over de aard van de rechtsverhouding, maar blijft bij de constatering dat sprake is van 'een haast contractuele relatie'.[255] Met dit onderzoek wil ik deze gedifferentieerde benadering van de rechtsverhouding en de verschillende soorten erfpachtvoorwaarden handen en voeten geven.

Omdat de opvattingen van Snijders zoals hij die heeft neergelegd in zijn samen met Rank-Berenschot geschreven handboek goederenrecht een belangrijke inspiratiebron voor mijn onderzoek vormen, behandel ik deze als laatste in dit overzicht van de doctrine. In de inleiding komt Snijders met een eigen visie op het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht. Het goederenrecht moet zich naar zijn mening bezighouden met de rechtsposities van personen ten opzichte van goederen waarbij kenmerkend is dat rechthebbenden op goederen die rechten in beginsel tegenover iedereen kunnen handhaven.[256] Het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten ligt ten grondslag aan het huidige en het vorige BW en werd bevestigd in het arrest Blaauboer/Berlips, maar vormt geen strikt en onaantastbaar onderscheid:

> "Sedertdien zijn er niettemin ontwikkelingen in de jurisprudentie te bespeuren die duiden op een 'verabsolutering' van persoonlijke rechten en een 'relativering' van (...) goederenrechtelijke rechten (voorafgaande aan Blaauboer/Berlips traden overigens soortgelijke verschijnselen op die door de Hoge Raad in dat arrest aan banden werden gelegd). Men is zich dan ook gaan afvragen of het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten niet te zeer verwaterd is om nog te kunnen handhaven. Zijn er goede, thans nog adequate criteria voor het onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten te ontwikkelen? Sterker nog: heeft het goederenrecht nog wel een zelfstandig bestaansrecht?"[257]

Aan de dogmatische discussie over het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht voegt Snijders een eigen rechtspositieleer toe.[258] Volgens de rechtspositieleer verkrijgen personen door middel van het objectieve recht een

254 Vonck 2013, p. 150-151. Vonck reageert hier onder meer op het standpunt van Bartels en Tweehuysen dat verplichtingen uit een goederenrechtelijk recht voorrang hebben in faillissement met uitzondering van betalingsverplichtingen zoals erfpachtcanon. Indien een erfpachter failliet gaat vormt zijn op dat moment bestaande canonachterstand een concurrente vordering die de erfverpachter bij de curator moet indienen. Maar bij executie van het erfpachtrecht heeft de erfverpachter voor een canonachterstand van maximaal vijf jaar verhaal op de koper op grond van art. 5:92 lid 2 BW, een goederenrechtelijk verhaalsrecht. De canonbetalingsverplichtingen die na de datum faillissement opeisbaar worden zijn kwalitatieve verbintenissen, maar toekomstige vorderingen en daarom niet verifieerbaar in faillissement. Zie Bartels & Tweehuysen 2012, p. 63-73 en Rb. Midden-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ3544, *JOR* 2013/220, m.nt. Tweehuysen (*Koegorspolder/Deterink en Van Andel q.q.*), r.o. 4.7-4.8.

255 Vonck 2013, p. 166.

256 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 1-3, 7.

257 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 50-51 en Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 52 waarbij 'sedertdien' is vervangen door 'sindsdien' en 'verabsolutering' door 'absolutering'. Hiermee lijkt geen inhoudelijke wijziging te zijn beoogd.

258 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 55-56.

zekere rechtspositie ten opzichte van goederen die goederenrechtelijke rechten worden genoemd en waaraan de essentiële rechtsgevolgen exclusiviteit, prioriteit, volgrecht en separate behandeling in faillissement verbonden zijn. Ten aanzien van persoonlijke rechten gelden deze rechtsgevolgen alleen indien dat afzonderlijk is bepaald. Het onderscheid tussen goederenrechtelijke rechten en persoonlijke rechten blijft dus in stand, maar als verschillende dimensies en niet als een strikte scheiding. Rechtsposities kunnen betrekking hebben op zaken en op vermogensrechten en zij kunnen toekomen aan een of meer personen. Naar de mening van Snijders biedt het goederenrecht uitdrukkelijk ruimte voor rechtsbetrekkingen tussen personen in het kader van rechtsposities met betrekking tot goederen:

> "Personen willen weten welke de inhoud is van de rechtsposities die zij ten opzichte van een goed kunnen verkrijgen en welke hun rechten en verplichtingen met betrekking (niet *in* betrekking) tot dat goed zijn. Zij willen voorts weten hoe zij zulk een rechtspositie kunnen verkrijgen, wijzigen of verliezen. Die persoonlijke behoeften zijn tevens behoeften van het maatschappelijk verkeer waaraan die personen deelnemen. Het goederenrecht nu, beoogt aan die behoeften tegemoet te komen door regeling van de rechtsposities met betrekking tot goederen en de mutaties daarin. *Daar waar de rechtsbetrekking tussen persoon en persoon in beeld komt, biedt het goederenrecht ruimte voor het verbintenissenrecht*. In de toepassing van het recht in de praktijk gaan goederenrecht en verbintenissenrecht hand in hand. Men dient zich steeds bewust te zijn van beide vermogensrechtelijke dimensies."[259]

Volgens deze leer regelt het goederenrecht de rechtsposities van personen in verhouding tot goederen en worden relaties tussen personen, ook wanneer die relaties betrekking hebben op goederen, geregeerd door het verbintenissenrecht. Omdat op goederen meerdere beperkte rechten gevestigd kunnen worden komt de rechtsbetrekking tussen personen bij uitstek in beeld bij de vestiging van beperkte rechten. Daarbij ontstaat altijd een verhouding tussen hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde:

> "Met name de goederenrechtelijke regeling van de beperkte rechten op goederen mag ons niet doen vergeten dat aan de vestiging van beperkte rechten een titel (bijvoorbeeld een overeenkomst) ten grondslag ligt *die verbintenisrechtelijke verplichtingen tussen hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde* in het leven roept. In de eerste plaats zal die titel de verplichting tot vestiging van een beperkt recht inhouden, maar ook andere al of niet nauw met het beperkte recht samenhangende verplichtingen kunnen in de titel (met name de vestigingsovereenkomst) opgenomen zijn (…). Men onderscheide dus ook hier steeds een goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke dimensie: de rechtspositie ten opzichte van een goed (met inbegrip van mogelijke mutaties) respectievelijk het recht tegenover een bepaalde persoon."[260]

Beperkte rechten kennen dus volgens de rechtspositieleer een verbintenisrechtelijke dimensie naast de goederenrechtelijke. Het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten blijft bestaan, maar Snijders kiest in aansluiting op de wetgeving en mede met het oog op de behoeften van de praktijk voor een tweedelig

259 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 55. Eerste nadruk in origineel, tweede toegevoegd.
260 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 55. Nadruk toegevoegd.

stelsel van goederenrechtelijke en persoonlijke rechten dat met een fijnmazig systeem van regels en uitzonderingen houvast kan bieden bij de rechtsvinding. Hij bespreekt in het kader van de rechtspositieleer ook de visie van Eggens.[261] De verwijzing naar Eggens past in de lijn van het voorgestane tweedelige stelsel van goederenrechtelijke en persoonlijke rechten en lijkt erop te duiden dat de auteur een constructie voorstaat met twee vermogensrechtelijke dimensies van eenzelfde rechtsbetrekking in plaats van een scherp onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht.[262]

Rank-Berenschot volgt de rechtspositieleer niet en onderscheidt bij haar behandeling van het recht van erfpacht op klassieke wijze tussen de verplichting tot vestiging van een erfpachtrecht die volgt uit de overeenkomst die aan de vestiging van het recht ten grondslag ligt en de overige inhoud van het erfpachtrecht die na vestiging volgt uit het erfpachtrecht zelf:

> "Voor zover deze overeenkomst – de titel – verplichtte tot verschaffing respectievelijk aanvaarding van het beperkte recht is zij met en door de totstandkoming van het beperkte recht uitgewerkt."[263]

Daarnaast kunnen partijen bij de titel andere rechten en verplichtingen met uitsluitend obligatoire werking zijn overeengekomen, die transformeren niet tot zakelijk werkende inhoud van het beperkt recht. De bespreking van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter volgt de wettelijke regeling.[264] Ten aanzien van sancties is er een dogmatisch verschil tussen goederenrecht en verbintenissenrecht:

> "Het tekortschieten in goederenrechtelijke verplichtingen heeft dogmatisch een andere betekenis: komt één der betrokkenen zijn verplichtingen niet na, dan maakt hij inbreuk op het recht van de ander. Wanneer de eigenaar jegens de erfpachter zijn verplichtingen niet nakomt, vormt dat een inbreuk op het erfpachtrecht. Wanneer de erfpachter zijn verplichtingen niet nakomt, heeft de eigenaar een goederenrechtelijke actie wegens inbreuk op zijn bloot-eigendomsrecht."[265]

De stelling dat de verplichtingen die tot de inhoud van het beperkt recht behoren voortvloeien uit het beperkte recht zelf en de stelling dat tussen erfverpachter en erfpachter geen contractuele relatie bestaat en dus het verbintenissenrecht niet van toepassing is, vind ik moeilijk te rijmen met de eerder door Snijders verkondigde rechtspositieleer dat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter een verbintenisrechtelijke verhouding is, waarop de regels van het verbintenissenrecht van toepassing zijn. Rank-Berenschot sluit hier aan bij de klassieke leer zoals onder meer verwoord door Meijers.

---

261 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 55.
262 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 55, noot 173.
263 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 394, noot 32, onder verwijzing naar PG Algemeen deel BW, p. 133 (TM).
264 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 560-576.
265 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 394. De wet kent bijvoorbeeld in art. 5:87 lid 2 BW een aanvullende regeling voor het tekortschieten door de erfpachter in de nakoming van zijn verplichting uit het erfpachtrecht, waaronder het betalen van de canon, waarin voorzien is in een eigen sanctie. Bij ernstig tekortschieten kan de erfverpachter het erfpachtrecht opzeggen. Deze opzegging is een goederenrechtelijke actie.

2.3.10 Samenvatting doctrine

De wetgever heeft geen regeling gegeven voor verbintenissen die voortvloeien uit beperkte rechten en heeft de rechtsvorming overgelaten aan de rechtspraak en de rechtswetenschap. Verbintenissen tussen erfpachter en erfverpachter vormden onder het OBW geen dogmatisch probleem. Deze verbintenissen konden onder het gebrekkige art. 1269 OBW over de bronnen van de verbintenis worden gebracht of vloeiden als vanzelfsprekend voort uit het wezen van het erfpachtrecht. De vraag naar de aard van de rechtsvordering deed zich in de praktijk voor bij de procesrechtelijke vraag naar de bevoegdheid van de rechter. Het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht zoals bevestigd in het arrest Blaauboer/Berlips leek de toepassing van het verbintenissenrecht op verbintenissen uit zakelijke rechten in de weg te staan. Voor de canonverplichting bracht de rechtsfiguur van de kwalitatieve verbintenis uitkomst en werd ten behoeve van het verhaal door de erfverpachter een dubbele zekerheid aangenomen, die bestond uit het erfpachtrecht en het persoonlijke vermogen van de erfpachter. De opvatting dat het ging om kwalitatieve verbintenissen maakte een inpassing in het wettelijk stelsel mogelijk. In het ontwerp voor het nieuwe BW werd het onderscheid weer strakker aangetrokken, in de visie van Meijers waren verplichtingen uit een erfpachtrecht uitsluitend te beschouwen als een zakelijke last waarop de regels van het verbintenissenrecht niet van toepassing waren. Anderzijds werd de kwalitatieve verbintenis als tussenvorm gecodificeerd. In de opvattingen van Eggens, Rank-Berenschot en Schoordijk werden zakelijke rechten beschouwd als betrekkingen tussen personen. Zij braken een lans voor de eigen aard van verbintenissen uit een zakelijk recht die niet kan weerhouden dat die verbintenissen tegelijk onlosmakelijk zijn verbonden met het zakelijk recht waar zij uit voortkomen. De zakelijke en verbintenisrechtelijke betrekkingen zijn daarbij op te vatten als twee verschillende dimensies van dezelfde rechtsbetrekking. Het actuele beeld is divers. De aanhangers van de heersende leer houden vast aan het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten en wijzen de toepassing van Boek 6 BW op erfpachtverhoudingen af. Struycken en Mollema zijn om deze reden terughoudend met het toepassen van verbintenissenrecht op erfpachtverhoudingen. De rechtspositieleer van Snijders staat een gedifferentieerde benadering voor waarbij de goederenrechtelijke verhouding tot het rechtsobject en de verbintenisrechtelijke verhouding tot de andere gerechtigde naast elkaar geplaatst worden. Deze visie is door Vonck uitgewerkt in criteria voor de vraag wanneer aan erfpachtvoorwaarden zakelijke werking toekomt. Mede door de contractuele herkomst van het erfpachtrecht kan het verbintenissenrecht op erfpachtverhoudingen worden toegepast mits rekening wordt gehouden met de beperkingen die Boek 5 BW stelt. Dat uit goederenrechtelijke rechten verbintenissen voor partijen jegens elkaar voortvloeien staat niet ter discussie, wel de inpassing van deze verbintenissen in het stelsel van de wet en daarmee ook de vraag of het verbintenissenrecht daarop van toepassing is. Voor de canonverplichting wordt deze vraag in het NBW beantwoord, voor andere verbintenissen blijft verschil van mening bestaan.

Voor ik deze onderscheidingen ga uitwerken onderzoek ik in de volgende paragraaf of en op welke wijze in de rechtspraak bij erfpachtgeschillen rekening

wordt gehouden met de rechtsverhouding tussen grondeigenaar en erfpachter, en of bij deze oordelen het goederenrecht of het verbintenissenrecht wordt toegepast.

2.4 De rechtspraak over de rechtsverhouding

Deze paragraaf bevat een overzicht van de wijze waarop in de rechtspraak sinds de negentiende eeuw is geoordeeld over de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter.[266] Mijn aandacht gaat uit naar uitspraken waarin sprake is van een (vermeend) recht van erfpacht en waarin het conflict zich afspeelt in de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter, met nadruk op zaken waarin verplichtingen van partijen jegens elkaar in geschil zijn. Van belang is vooral op welke wijze het gebrek aan een wettelijke regeling voor verbintenissen tussen partijen wordt ingevuld en of strikt de hand wordt gehouden aan het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht. Uit eerdere studies is bekend dat in de rechtspraak uit de negentiende eeuw het uitgangspunt van een gesloten stelsel van zakelijke rechten uit het Burgerlijk Wetboek niet altijd werd gerespecteerd.[267] De rechtspraak na invoering van de erfpachtwet in 1825 gaf een verschillende inhoud aan de rechtsverhouding zolang het onderscheid tussen zakelijke rechten en verbintenissen nog niet strikt werd gemaakt. Rechtspraak over de canonverplichting betrof vooral de relatieve bevoegdheid van de rechter omdat art. 129 Rv (oud) de kantonrechter uitsluitend bevoegd maakte te oordelen over persoonlijke vorderingen. In dit onderdeel worden de termen onderzocht waarmee de rechtsverhouding werd beschreven, de betekenis van het arrest Blaauboer/Berlips voor opvattingen over de rechtsverhouding en de toenemende aandacht voor de vereisten van de goede trouw. Ook het effect van de invoering van het Nieuw BW komt aan de orde. De periode is in drie delen verdeeld, de periode van 1838 tot 1905 wordt in par. 2.4.1 behandeld, de periode van 1905 tot 1992 in par. 2.4.2 en de periode vanaf 1992 in par. 2.4.3. De paragraaf sluit af met een samenvatting van bevindingen.

2.4.1 Rechtspraak 1838-1905

De ruim twintig gepubliceerde arresten van de Hoge Raad en de 110 uitspraken van feitenrechters uit de periode tussen de invoering van het BW 1838 en het arrest Blaauboer/Berlips uit 1905 zijn bestudeerd met het oog op de bespreking van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter, met name ten aan-

266 De uitspraken zijn geselecteerd met behulp van verwijzingen in de literatuur en door systematisch onderzoek van het gedigitaliseerde Weekblad van het Regt, uitgegeven van 1839 tot 1943, van de Nederlandse Jurisprudentie vanaf 1913 en door raadpleging van rechtspraak.nl en Legal Intelligence voor de jaren 1995-2018. Het Weekblad is via de registers doorzocht op de termen erfpacht en opstal. De *NJ* is onderzocht via de registers in de banden 1936-1964 en online vanaf 1965 met behulp van Legal Intelligence en Kluwer Navigator. Omdat in de online publicatie de registers niet zijn meegenomen is een controle uitgevoerd in de registers van de banden 1965-1992 en in het *NJ*-kaartsysteem.

267 Zie bijvoorbeeld Van Oostrom-Streep 2006, p. 14-18 en Rank-Berenschot 1992, p. 70: "Blijkens de rechtspraak werd het zakelijke karakter van een recht van oudsher primair afgemeten aan de mate waarin dat recht, zij het als wezenskenmerk, zij het als noodzakelijk gevolg, werking tegen derden had. Kwam een subjectief recht ter sprake dat niet door wet of vaste traditie als zakelijk werd beschouwd en was de rechter van mening dat het werking had tegenover derden, dan betitelde hij het als een recht 'van zakelijke aard' of 'met zakelijk karakter'."

zien van tussen hen bestaande verbintenissen. In welke termen wordt die rechtsverhouding beschreven? Welke argumenten worden gebruikt in beoordelingen van verbintenissen tussen erfverpachter en erfpachter?

In het algemeen bieden de uitspraken uit deze periode van voor de opkomst van stedelijke erfpacht enige verduidelijking in rechtsvragen rond het ontstaan, het beëindigen en de inhoud van rechten van erfpacht onder verschillende jurisdicties. De voornaamste bronnen voor de inhoud van erfpachtrechten gevestigd vanaf 1825 waren de titel van aankomst en het regelende recht uit de wet. Voor oudere rechten bleef het recht ten tijde van vestiging gelden. Vanaf 1832 diende de vestigingsakte in de openbare registers te worden ingeschreven.[268] De bewijskracht van de overgeschreven titel was beduidend groter dan die van een (mondelinge) overeenkomst.

Geschillen gingen met name over achterstallige canon of over de beëindiging van gebruiksrechten en deze werden behandeld door de rechtbank, eventueel na verwijzing door de kantonrechter, ingeval een der partijen het bestaan of de aard van de rechtsverhouding betwistte. De gebruiker verweerde zich bijvoorbeeld tegen beëindiging van zijn recht met de stelling dat hij eigenaar van de grond was (en geen erfpachter) of dat hij het perceel gebruikte op grond van een erfpachtrecht, eventueel verkregen door verjaring, en niet op grond van een ander gebruiksrecht zoals huur. De rechters dienden dan een oordeel uit te spreken over de aard van de rechtsverhouding en dat maakt deze uitspraken van belang voor dit onderzoek. Het vaststellen van de juiste aard van de rechtsverhouding tussen partijen geschiedde aan de hand van documenten, eventueel aangevuld met getuigenverklaringen. Uit de documenten en verklaringen diende te blijken dat er op enig moment op een bepaald stuk grond een gebruiksrecht met een bepaalde inhoud was gevestigd, dat de ene partij in het geding de geldige rechtsopvolger was van de grondeigenaar en de andere partij de geldige rechtsopvolger van degene aan wie het gebruiksrecht was verleend. De inhoud van het gebruiksrecht, waaronder de hoogte van de canon, diende mede ter identificatie van het recht. Indien een van deze elementen niet kon worden aangetoond werd de vordering of het verweer afgewezen. De beoordeling van de aard van het gebruiksrecht geschiedde naar de rechtsregels die golden ten tijde van de vestiging en aan de hand van een objectieve uitleg van de akte van vestiging. De bespreking van uitspraken betreft zaken waarin vaststond dat sprake was van een erfpachtrecht en waarin een verbintenis van partijen jegens elkaar uit dat recht in geschil was.

De vraag die mij hier bezighoudt is, als eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van een erfpachtrecht en dus van een zakenrechtelijke rechtsverhouding, in hoeverre er dan binnen het zakenrechtelijk kader ruimte is voor de toepassing van regels van het verbintenissenrecht en voor open normen zoals de werking van de

268 Bij de Wet van 16 Juni 1832, *Stb*. 1832, 29 werd verplichte inschrijving voorgeschreven van notariële akten met betrekking tot de overdracht van onroerende zaken, teneinde daarop registratierecht te kunnen heffen, de voorloper van de overdrachtsbelasting. Art. 767 lid 2 OBW vermeldde: “De titel van aankomst van het erfpachtsregt moet in de openbare daartoe bestemde registers worden overgeschreven.” Vergelijk art. 671 OBW: “De levering of opdragt van onroerende zaken geschiedt door de overschrijving van de akte in de daartoe bestemde openbare registers. Indien de akte onderwerpen of handelingen inhoudt, welke niet tot de geleverde zaak betrekkelijk zijn, is het voldoende om bij authentiek uittreksel slechts te doen overschrijven al hetgeen de zaak betreft (…).”

goede trouw. Uit de oordelen over deze geschillen blijkt hoe in de rechtspraak over de rechtsverhouding werd gedacht en hoe en of daarbij termen en begrippen uit het goederenrecht en het verbintenissenrecht werden toegepast. Om die argumenten goed voor het voetlicht te krijgen zal ik tamelijk uitvoerig uit de geselecteerde uitspraken citeren. De uitspraken zijn primair geselecteerd op de gebruikte argumenten en minder op de juridische juistheid van het gegeven oordeel, vandaar dat niet alleen arresten van de Hoge Raad zijn bestudeerd maar juist ook een selectie van uitspraken van lagere rechters.

De bespreking begint bij de rechtsverhouding (par. 2.4.1.1) gevolgd een korte bespreking van de bronnen van het recht, ook bij erfpachtrechten ontstaan door verjaring (par. 2.4.1.2). Uitspraken over erfpachtvoorwaarden omvatten zowel het toestemmingsvereiste als canonherziening (par. 2.4.1.3) en worden gevolgd door uitspraken over het einde van het recht (par. 2.4.1.4). Deze drie onderwerpen komen in het vervolg van dit onderzoek nog uitvoerig aan de orde. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de bevoegdheid van de rechter (par. 2.4.1.5) en de paragraaf eindigt met een samenvatting van bevindingen (par. 2.4.1.6).

2.4.1.1 De rechtsverhouding

De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter werd volgens de negentiende-eeuwse jurisprudentie primair bepaald door de inhoud van de overgeschreven titel van aankomst en aanvullend door de wet die en/of het recht dat tijdens de vestiging van kracht was. Partijen dienden met documenten aan te tonen dat zij rechthebbenden waren van de rechten waarop zij een beroep deden. Aan deze goederenrechtelijke kant van het erfpachtrecht werd strikt de hand gehouden, maar de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter werd binnen dat zakenrechtelijke kader vrijwel uitsluitend beschreven in verbintenisrechtelijke termen, zoals uit enige uitspraken zal blijken. Die rechtsverhouding kwam vooral op scherp te staan indien één of meer van de betrokken partijen wijzigden. Met name was dat het geval bij rechtsopvolging onder bijzondere titel omdat er dan een erfverpachter of erfpachter uit een andere sfeer kon aantreden, die mogelijk andere ideeën had over het gebruik van de grond. Zolang nieuwe erfpachters aantraden als erfgenamen van de oorspronkelijk erfpachter bleven de afspraken meestal wel intact en hetzelfde gold voor opvolgende institutionele erfverpachters zolang hun doelstellingen niet wijzigden. Met name na een veiling van met erfpachtrechten bezwaarde gronden ontstonden vaak conflicten tussen de zittende erfpachters en de nieuwe erfverpachter.

Een voorbeeld van een zaak waarbij rechtsopvolging leidde tot conflicten betrof twee percelen die door de voormalig kapittels van Oud-Munster en Ten Dom te Utrecht in 1809 in eeuwigdurende erfpacht waren uitgegeven aan twee broers uit IJsselstein.[269] De bloot eigendom verviel op enig moment aan de Staat en in 1846 verkocht het bestuur der Domeinen de bloot eigendom in het openbaar aan de

269 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153 (*erfverpachter/erfpachters*). Het ene perceel betrof bouwgrond/weiland en het andere een boomgaard/weiland. Vanwege de argumenten die rechtbank en hof aanvoerden voor hun oordelen over de rechtsverhouding beschrijf ik deze zaak uitvoerig.

eiser in deze zaak. Deze nieuwe erfverpachter sloot in 1847 een nieuwe erfpachtovereenkomst met de erfgenamen van de oorspronkelijke erfpachters ter vervanging van de twee oude 'erfpachtbrieven', en deze akte werd ingeschreven in de openbare registers. De rechtbank stelde vast dat de rechtsverhouding vanaf dat moment werd bepaald door deze nieuwe akte en de daarop van toepassing zijnde bepalingen uit het BW van 1838. Dat betekende dat de rechten van partijen en hun verplichtingen jegens elkaar uit die nieuwe akte moesten worden afgeleid:

> '(...), dat de acte dd. 20 Dec. 1847 niet slechts bevat eene vernieuwing der oudere erfpachts-brieven, als inhoudende het bewijs van het bestaande erfpachts-regt, maar eene vernieuwing van het erfpachts-regt zelf, of wel eene nieuwe regeling der regten tusschen den eischer als eigenaar ter eenre en de gedaagden, en nu wijlen hunne moeder en grootmoeder, als nieuwe erfpachters, ter andere zijde (…);'[270]

De akte of erfpachtbrief vormde een regeling van de rechten die golden tussen de eigenaar en de erfpachter, dus de primaire goederenrechtelijke bron voor de inhoud van het gebruiksrecht. De incorporatie van de oude voorwaarden in de nieuwe akte betekende dat de niet overgenomen bepalingen waren vervallen, daaronder het beding dat de nieuwe akte geen wijzigingen mocht bevatten ten nadele van de erfpachter:

> '(...), dat de clausule in den brief dd. 23 Jan. 1809: "dat de nieuwe brieven zullen zijn inhoudende, als deze doen", en in dien van den 13 Maart 1809: "op gelijke pacht, voorwaarden, verbanden en poenen", in zooverre van kracht waren, dat het aan den eischer niet vrijstond, bij het geven van nieuwe brieven aan den erfpachter, andere en voor hem meer nadeelige bedingen voor te schrijven, *hetzij zijn regt zelf of wel de duur van hetzelve daardoor verkort wierd*; doch dat thans, nu in de acte van den 20 Dec. 1847 al deze bedingen hoofdzakelijk zijn overgenomen, de oude titels moeten geacht worden door de nieuwe acte te zijn vervangen, en dus alle kracht te hebben verloren, ten gevolge van de schuldvernieuwing in den persoon der nieuwe schuldenaren, die uit krachte der oude brieven in de plaats zijn gesteld van den vorige schuldenaar door welke daad ook de verbindtenis, bij de oude brieven gesloten, is te niet gegaan;'[271]

Dit citaat beschrijft de vernieuwing van de goederenrechtelijke rechtsverhouding in termen ontleend aan het verbintenissenrecht. De inhoud van een erfpachtrecht, zoals vastgelegd in de vestigingsakte, omvatte ook de verplichtingen van partijen jegens elkaar, bijvoorbeeld de verplichting voor de erfverpachter om bij vernieuwing van het recht de voorwaarden niet ten nadele van de erfpachter te wijzigen of de duur van het recht te verkorten. Een heruitgifte ten behoeve van rechtsopvolgers van de oorspronkelijke erfpachters werd ten aanzien van die verplichtingen aangeduid met de verbintenisrechtelijke term 'schuldvernieuwing' en de nieuwe erfpachters als 'schuldenaren', terwijl de hier aangehaalde verplichting voor de erfverpachter bij die gelegenheid geen wijzigingen in het recht aan te brengen met zoveel woorden een verbintenis werd genoemd.

270 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153, p. 3, eerste kolom.
271 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153, p. 3, eerste kolom. Nadruk toegevoegd.

Nadat de erfpachters hadden nagelaten de canon over de jaren 1848 en 1849 te betalen stuurde de erfverpachter bij exploot een aanmaning naar het adres van de notaris die de akte had opgesteld. Ondanks dat de erfpachters betaling van de achterstallige canon aanboden ging de erfverpachter over tot dagvaarding en vorderde vervallenverklaring van de erfpachtrechten en ontruiming van de percelen. De vier gronden die hij aan die vordering ten grondslag legde werden door de rechtbank allemaal afgewezen. Ten aanzien van de achterstallige canon waren art. 780 en 781 OBW van toepassing omdat de vestigingsakte, door de rechtbank objectief uitgelegd, bepaalde dat bij wanbetaling van de canon alleen vervallenverklaring van het recht kon volgen indien de erfverpachter de erfpachters daarop zou aanspreken en aan die voorwaarde was niet voldaan nu het exploot onjuist geadresseerd was.[272] Uitleg van het beding in het licht van de gehele akte bracht mee dat het erfpachtrecht niet direct na ommekomst van de betalingsdatum zou vervallen. Het zou naar het oordeel van de rechtbank in strijd zijn met de bedoeling van partijen zoals neergelegd in de akte indien slechts twee jaar achterstand van een zeer lage canon zou leiden tot beëindiging van het waardevolle eeuwigdurende gebruiksrecht:

> '(...), dat, bijaldien men al de bedingen, in deze overeenkomst gemaakt, in derzelver verband beschouwt, en het een door het andere uitlegt, men aan de ééne zijde in de acte dd. 20 Dec. 1847 de bepaling vindt, dat de erfpacht is eeuwigdurend, en dat de erfpachters voor twee perceelen gronds, in eene vruchtbare landstreek gelegen, slechts twee jaarlijksche canons verschuldigd zijn, te zamen bedragende f 9,90; terwijl aan den andere kant het verzuim van ééne betaling dier canons de onmiddellijke vervallen-verklaring van het erfpachts-regt onvermijdelijk na zich zoude slepen, bijaldien de grondeigenaar dit verzuim mogt willen opnemen;'[273]

Bij de uitleg van de sanctiebepaling betrok de rechtbank onder meer de overweging dat de wetgever in art. 780 OBW de erfpachter bewust bescherming had geboden tegen een al te lichtzinnige beëindiging van zijn recht door de erfverpachter. En dat onder het oude recht veel strenger werd geoordeeld over het niet nakomen van zijn verplichtingen door de erfpachter, maar dat ook toen vervallenverklaring van het recht als niet proportioneel werd beschouwd en de sanctie op wanbetaling veeleer bestond uit een boete van tweemaal de jaarcanon:

> '(...), dat dus eene mildere uitlegging van de strafbepaling, in art. 5 voorkomende, allezins noodzakelijk is, bijaldien de regter der aard en de strekking der overeenkomst niet wil miskennen; O., dat de gegrondheid dezer beschouwingen te meer in het oog valt, bijaldien men bedenkt, dat onder de vroegere wetgeving (wier voorschriften in zake van erfpachts-regt zeer streng waren, en waarvan de toepassing door den eischer bij pleidooi is gevraagd) niet dan hoogst zeldzaam de vervallen-verklaring werd uitgesproken, en in de plaats daarvan meestal de betaling van eenen dubbelen canon door den regter aan den nalatigen pachter werd opgelegd;'[274]

272 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153, p. 3, middelste kolom geeft het betreffende beding als volgt weer: '(…) dat bij art. 5 derzelfde acte is vastgesteld, dat, bijaldien de erfpachters nalatig mogten zijn in de betaling der pachtpenningen, zij vervallen zullen van alle regt en toezeggens van het erfpachtsgoed, dat weder vrij, los en ledig aan den grondeigenaar zal komen, *indien hij dit verzuim mogt opnemen, en anders niet*, enz;.' Nadruk toegevoegd.

273 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153, p. 3, middelste kolom.

274 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153, p. 3, middelste kolom.

Een en ander leidde tot een 'mildere' uitleg van de sanctie op wanbetaling in het licht van de aard en de strekking van de 'overeenkomst'. Met het vroegere en zeer strenge recht verwees de rechtbank waarschijnlijk naar het voor 1825 geldende recht, dat bestond uit lokaal gewoonterecht aangevuld met Romeins recht.[275] De erfpacht-wetgeving sinds 1825 deed meer recht aan de aard van het erfpachtrecht en bood het genot van de erfpachter bescherming tegen een willekeurige beëindiging van zijn recht door de erfverpachter door in art. 780 OBW de gronden voor vervallenverklaring limitatief op te nemen:

> '(…) dat daaraan tevens moeten worden toegeschreven *de mildere beginselen omtrent het erfpachts-regt*, waarop de Nederlandsche wetgeving gegrond is, welke niet alleen voortvloeijen uit den aard van dit regt om het vol genot te hebben van een aan een andere toebehoorend onroerend goed, tegen betaling eener jaarlijksche pacht, als eene erkentenis van deszelfs eigendom, maar ook vooral duidelijk blijken uit art. 780 en 781 B.W., waarnaar de vervallen-verklaring onder anderen kan worden uitgesproken ter zake van wanbetaling der erfpacht en wel gedurende vijf op elkander volgende jaren, en nadat de erfpachter vruchteloos tot de betaling bij behoorlijk exploit zal zijn aangemaand, ten minste zes weken voor het aanvangen der rechtsvordering;'[276]

Indien partijen geen afwijkende afspraken hadden gemaakt kon onder het regime van art. 780 OBW vervallenverklaring van het recht pas worden gevorderd nadat de canon minimaal vijf jaar achtereen niet was betaald en de erfpachter eerst en tijdig bij exploot was aangemaand.[277] Voor 1825 werd eerder aangenomen dat een erfpachter niet aan zijn verplichtingen had voldaan, maar werd de vervallenverklaring wegens die wanprestatie een te rigoureuze maatregel ten nadele van de erfpachter geacht en vervangen door betaling van een boete in de vorm van een dubbele jaarcanon. De rechtbank legde het sanctiebeding zo uit dat daaruit niet bleek dat partijen van de wet hadden willen afwijken, bovendien werd bij twijfel de tekst uitgelegd in het nadeel van de opsteller.[278] Naar het oordeel van de rechtbank waren de erfpachters dus bevoegd geweest betaling aan te bieden zoals zij hadden gedaan. De vordering tot vervallenverklaring omdat de erfpachters de canon over 1848 en 1849 niet hadden betaald en niet hadden voldaan aan

275 Tussen 1811 en 1825 gold in Nederland ten aanzien van erfpachtrechten de Code civil, maar dit wetboek bevatte geen bepalingen over erfpacht zodat werd teruggegrepen op het recht dat gold voor invoering van het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland (WNH). Niet blijkt dat het WNH ten aanzien van erfpachtrechten van kracht bleef. Zie onder meer Lokin 2004, p. 7.

276 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153, p. 3, middelste kolom. Nadruk toegevoegd.

277 Een voorbeeld van een zaak waarin zulke specifieke afspraken wel waren gemaakt was Rb. Utrecht 20 februari 1850, *W*. 1164 (*erfverpachter/erfpachter*). Dit recht werd gevestigd voor de duur van 99 jaar, ingaande op 1 mei 1832, tegen een canon van *f* 40,- per jaar, te betalen op 1 mei van ieder jaar, 'waarbij onder anderen is bepaald, dat, bij gebreke van betaling der jaarlijksche pacht, de grondeigenaar het regt zal hebben om het contract voor vernietigd te houden, *zonder dat het noodig zal zijn den erfpachter alvorens in verzuim te stellen, alzoo bij enkel door het verloop van den bepaalden tijd in verzuim zal zijn, zonder dat daartoe eenige acte zouden noodig wezen*'. Nadruk toegevoegd. In dit geval verviel het erfpachtrecht van rechtswege toen op 1 mei 1849 de canon niet werd betaald aan de nieuwe erfverpachter. De rechtbank overwoog niet anders te kunnen oordelen 'naardien alle gemaakte overeenkomsten aan partijen tot wet verstrekken', in een variant op art. 1374 OBW. Daaruit blijkt dat de inhoud van een erfpachtrecht, voor zover het verplichtingen van partijen jegens elkaar betrof, zonder problemen in verbintenisrechtelijke zin kon worden beoordeeld, in ieder geval indien partijen op grond van art. 782 OBW afspraken hadden gemaakt die afweken van de wet.

278 Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153, p. 3, middelste kolom: 'dewijl, ingeval van twijfel, de overeenkomst moet worden uitgelegd ten nadeele van dengene, die iets bedongen heeft, en ten voordeele van hem, die zich verbonden heeft.' Dit algemeen rechtsbeginsel is in 1999 onder invloed van het Europees consumentenrecht gecodificeerd in art. 6:238 lid 2 BW.

de bepaling uit de akte dat bij erfopvolging een nieuw erfpachtrecht gevestigd moest worden, werd afgewezen.

Het hof bevestigde in hoger beroep het oordeel van de rechtbank.[279] Anders dan de rechtbank legde het hof de akte uit 1847 niet uit als een nieuwe of hernieuwde vestiging, maar als een akte van erkenning van het recht van de erfverpachter door de nieuwe erfpachters:

> '(...), dat de onderwerpelijke erfpachtlanden door de voormalige kapittels van Oudemunster en ten Dom aan der geïntimeerden voorganger G.v.R. mede ten behoeve van zijnen broeder R.v.R. in erfpacht zijn uitgegeven, onder anderen *onder de verpligting, om, ingeval van overlijden door deszelfs erfgenamen, te nemen nieuwe titels van erfpacht*, ter voldoening aan welke voorwaarde de erfpacht-acte, den 20 Dec. 1847 voor den notaris Immink gepasseerd, kennelijk haren oorsprong verschuldigd is, gelijk dan ook uit den geheelen inhoud dier acte blijkt, *dat dezelve geenszins te beschouwen is als eene nieuwe uitgifte van het erfpachtsgoed, maar als een titel van erkenning van de bevorens mede aan R.v.R. in erfpacht uitgegeven landerijen*;'[280]

Op grond van de oorspronkelijke vestigingsakte rustte op de erfgenamen van de erfpachters de verplichting nieuwe 'titels van erfpacht' te nemen en daaraan hadden zij voldaan met de akte uit 1847. De rechtsverhouding uit 1809 werd naar het oordeel van het hof door zo'n akte van erkenning in beginsel ongewijzigd voortgezet en indien er verschillen bestonden tussen beide aktes, in de zin dat de bepalingen van de oorspronkelijke vestigingsakte niet volledig in de akte van erkenning waren overgenomen, moest de oorspronkelijke akte de doorslag geven:

> '(...), dat, wanneer uit de acte van erkentenis genoegzaam blijkt van den inhoud van den oorspronkelijken titel, er geene verpligting bestaat om den oorspronkelijken titel te berde te brengen, doch dat in het omgekeerde geval, of wanneer er verschil bestaat tusschen de acte van erkentenis en de oorspronkelijke, de productie van den primordialen titel kan gevorderd worden, omdat *het wezen der verbindtenis* niet gelegen is in de acte van erkentenis, maar in den oorspronkelijken titel of titels, door partijen erkend, uit welke alle regten en verpligtingen van de contracterende partijen afgeleid moeten worden;'[281]

Dit betekende dat de oorspronkelijke verplichting voor de erfverpachter niet was vervallen, maar nog steeds deel uitmaakte van de rechtsverhouding. De grondslag voor de inhoud van het erfpachtrecht, het 'wezen der verbindtenis', werd dus gevormd door de oorspronkelijke erfpachtakte. Ten aanzien van het toepasselijke recht oordeelde het hof dat ten aanzien van de rechten en verplichtingen van partijen, het recht zoals dat gold voor 1 mei 1809 van toepassing was en niet het OBW van 1838. Ten aanzien van de uitoefening van bevoegdheden ontleend aan het erfpachtrecht was echter het actuele wetboek van burgerlijke rechtsvordering van toepassing:

> '(...), dat, daar alle verbindtenissen uitgelegd en beoordeeld moeten worden volgens de wetten, op het aangaan van dezelve kracht hebbende, daaruit voortvloeit, dat, wat betreft de regten en

279 Hof Utrecht 9 december 1850, *W*. 1198 (*erfverpachter/erfpachters*).
280 Hof Utrecht 9 december 1850, *W*. 1198, p. 2 eerste kolom. Nadruk toegevoegd.
281 Hof Utrecht 9 december 1850, *W*. 1198, p. 2 eerste kolom. Nadruk toegevoegd.

> verpligtingen der erfpachthouders, zoo als die bij de oude erfpachtbrieven zijn vermeld, alleen in aanmerking komen *de oude provinciale wetten, vigerende* vóór de invoering van het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland, als onder welker vigeur de voornoemde landerijen in erfpacht uitgegeven zijn, doch dat, wat de uitoefening of executie derzelve betreft, alleen geldend is het Wetboek van Burgerlijke Regtspleging;'[282]

Met de term verbintenissen duidt het hof de rechtsverhouding tussen in dit geval erfverpachter en erfpachter aan, de rechten en verplichtingen die volgden uit het erfpachtrecht. Het oude recht bestond uit lokaal gewoonterecht aangevuld met het Romeins recht, het Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland was pas op 1 mei 1809 in werking getreden, dus nadat de rechten in januari en maart 1809 waren gevestigd. Van toepassing van art. 780 OBW zoals in het oordeel van de rechtbank kon geen sprake zijn zodat een nieuwe uitleg van de sanctiebepaling was vereist. Ten aanzien van de vervaldatum van canonbetaling beoordeelde het hof beide aktes omdat de tekst ervan enigszins verschilde en constateerde dat geen van beide teksten een vaste dag aangaven waarop de canon uiterlijk betaald diende te zijn. Het hof beoordeelde dit beding vervolgens in het licht van vergelijkbare uitgiftes en vond daarin dezelfde verzachtende clausule afkomstig uit het canonieke recht, die in de praktijk zo werd toegepast dat erfpachters het hof konden verzoeken om een termijn waarbinnen zij de nalatigheid konden herstellen:

> '(...), dat, zoo niet in alle, ten minste in de meeste erfpachtsbrieven, die van geestelijken oorsprong zijn, gelijk de onderhavige, deze verzachtende clausule, naar *de beginselen van het canonieke regt*, vooral bij geestelijke corporaties gevolgd, wordt gevonden, ten einde aan den erfpachter de gelegenheid niet af te snijden, om aan den Hove te verzoeken mandament van relief jegens verzuim van erfpacht, hetgeen, na verhoor van partij, volgens eenparig getuigenis van de oude regtsdoctoren, meest altoos werd verleend met committimus aan die van den geregte;'[283]

Het hof betrok in zijn overweging daarmee de aard van de uitgifte, afkomstig van een geestelijke instelling, en met name een voor die uitgiftes van oudsher kenmerkend beding dat de erfpachter de gelegenheid bood door een verzoek aan het hof het verzuim te herstellen en zo de vervallenverklaring van het recht te voorkomen. Uit de gepubliceerde uitspraak valt niet af te leiden dat een dergelijk beding ook in de vestigingsakte van dit recht was opgenomen.

In een overweging naar aanleiding van het beroep van de erfverpachter op een bevoegdheid die slechts aan een van de twee percelen kleefde, preciseerde het hof het verschil tussen zakelijke en persoonlijke verbintenissen die voortvloeiden uit een erfpachtrecht. De goederenrechtelijke beginselen van het erfpachtrecht maakten dat een nieuwe erfverpachter de erfpachter niet kon aanspreken op een wanprestatie gepleegd jegens de vorige erfverpachter en geen achterstallige canon kon vorderen die de erfpachters aan de oude erfverpachter verschuldigd waren (tenzij anders bedongen) omdat een eenmaal opeisbaar geworden verplichting nog uitsluitend persoonlijke werking had:

282 Hof Utrecht 9 december 1850, *W*. 1198, p. 2 eerste kolom. Nadruk toegevoegd.
283 Hof Utrecht 9 december 1850, *W*. 1198, p. 2 eerste kolom. Nadruk toegevoegd.

> '(…) en nadat *door hem, bij acte van den 20 Dec. 1847, de geïntimeerden als wettige erfpachters erkend zijn geworden*, welk bewijs in deze noodzakelijk was, **eerstens**, omdat naar regten de opvolger van den erfpachtgever het verzuim niet kan opnemen, wanneer zijn voorganger hetzelve niet opgenomen heeft, en, omgekeerd, het verzuim van den erfpachthouder tegen zijnen opvolger niet opgenomen kan worden, omdat, *volgens de beginselen van het erfpachtsregt*, verzuim voor eene soort van beleediging en miskenning van den erfpachtheer gehouden wordt, welke alleen aankleeft den persoon, die de beleediging en miskenning gedaan heeft, en **ten andere**, omdat, door vernieuwing van den titel en erkentenis van de geïntimeerden als wettige erfpachthouders, alle voorafgaande verzuimen gedekt worden;'[284]

Erkenning had tot gevolg gehad dat een streep werd gezet onder alle vorderingen wegens tekortschieten in de nakoming van verplichtingen uit het erfpachtrecht. Hieruit blijkt dat het hof zonder meer het verbintenissenrecht toepaste op verbintenissen die hun oorsprong vonden in een goederenrechtelijk erfpachtrecht, wat ook blijkt uit de gebruikte termen zoals 'verzuim'. Verzuim was een verbintenisrechtelijke aangelegenheid die alleen binnen een bepaalde rechtsverhouding kon worden vastgesteld en die niet overging op rechtsopvolgers.[285] Bij de akte waarmee de erfverpachter de nieuwe erfpachter had erkend hadden ook alle achterstallige rechten en verplichtingen geregeld dienen te worden, zo niet, dan kon dat later niet alsnog geschieden.

De oordelen van rechtbank en hof in deze zaak besteedden aandacht aan de sanctie op wanbetaling van de canon in het licht van de hoedanigheid van partijen en de aard van de rechtsverhouding, zoals die bleek uit de vestigingsakte en uit het geldende (gewoonte)recht. De 'verbintenis' of rechtsverhouding werd daarbij beschreven in verbintenisrechtelijke termen zoals schuldvernieuwing en verzuim. Ten aanzien van verbintenissen die volgden uit zakelijke rechten moest onderscheid worden gemaakt naar persoonlijke en zakelijke verbintenissen. Persoonlijke verbintenissen hadden geen werking jegens rechtsopvolgers, tenzij anders was bedongen. Daarnaast laten de oordelen ook zien dat het bepalen van de primaire bronnen van de rechtsverhouding niet eenvoudig was.

2.4.1.2 Bronnen van het recht

Dat de vestigingsakte de primaire bron was voor de rechten en verplichtingen van betrokkenen bleek ook uit enige arresten over het registratierecht dat werd geheven bij overdracht en vestiging van een beperkt recht. Deze belastingzaken gaven naar aanleiding van de uitleg van wetsbepalingen soms aanleiding tot beschouwingen over de contractvrijheid van partijen en over de waarde van het erfpachtrecht en zijn daarom relevant voor dit onderzoek. De berekening van wie welk bedrag aan welke belasting verschuldigd was, was ook in erfpachtverhoudingen aanleiding voor doorprocederen tot aan de Hoge Raad, ook als het om een

284 Hof Utrecht 9 december 1850, *W.* 1198, p. 2 middelste kolom. Nadruk toegevoegd.

285 In het OBW kwam de term verzuim niet voor, art. 1274 OBW stelde dat de schuldenaar 'in gebreke' was bij niet nakoming, maar verzuim was in het (juridisch) spraakgebruik bekend in de betekenis van nalatig, vgl. Diephuis 1859, bijvoorbeeld p. 31: 'Men kan de nalatigheid bepalen als het ongeoorloofd verzuim van den schuldenaar in de nakoming der verbindtenis' en p. 36: "Wanneer b.v. de voldoening moet plaats hebben ten huize van den schuldenaar, en de schuldeischer zich noch zelf, noch bij gemagtigde aldaar vervoegt om betaling te erlangen, bestaat er geen verzuim aan de zijde van de schuldenaar, zoolang de schuldeischer niet verschenen is."

relatief gering bedrag ging.[286] Art. 774 OBW bepaalde dat de erfpachter alle belastingen die op de grond rustten zou betalen. Deze bepaling codificeerde een van oudsher gebruikelijke afspraak, maar was op grond van art. 782 OBW van regelend recht. In twee vroege uitspraken over oude erfpachtrechten werd beslist dat de afspraken van partijen omtrent de betaling van registratierecht prevaleerden boven eventuele latere regelgeving over belastingen.[287] Eén van de vele zaken over de korting van twintig procent op de grondbelasting op grond van het advies van de Staatsraad van 2 februari 1809 ging over een erfpachtrecht waar bij de vestiging in 1793 uitdrukkelijk afstand was gedaan van alle kortingen.[288] De rechtbank oordeelde, net als de officier van justitie in zijn conclusie, dat het beding duidelijk stelde dat de erfpachter alle lasten die op de onroerende zaak rustten en zouden komen te rusten zou betalen, zonder enige korting. De vruchtgebruiker van het erfpachtrecht deed vergeefs een beroep op de wet van 26 mei 1870 over de grondbelasting op grond waarvan hij recht zou hebben op de korting van twintig procent op de jaarlijkse canon. De partijbedoeling bij vestiging was dat de erfpachter alle lasten zou betalen en de wetgever van de wet uit 1870 had niet de bedoeling gehad dergelijke bestaande afspraken te doorkruisen. Kortingen op belastingen en daarmee bedingen in contracten waarmee afstand van dergelijke kortingen werd gedaan, waren van oudsher gebruikelijk. De inhoud van een erfpachtrecht berustte primair op de vestigingsakte en daarin kon van alle wettelijke bepalingen worden afgeweken. Die wettelijke bepalingen waren aanvullend en voor de gevallen waarin partijen niet hadden voorzien.

Indien de rechtsverhouding was ontstaan door verjaring ontbrak een ingeschreven vestigingsakte en was naast de wettelijke bepalingen het gewoonterecht van toepassing. In een zaak waarover de rechtbank Middelburg oordeelde erkende de erfverpachter de tussen partijen sinds onheuglijke jaren bestaande overeenkomst van erfpacht van een perceel met grond en hofstede, tegen een canon van *f* 6,30.[289] Zijn stelling dat dit slechts een persoonlijke verbintenis vormde omdat deze niet was ingeschreven in de openbare registers werd door de rechtbank niet gevolgd. Het bestaan van het recht sinds onheuglijke tijden betekende dat de erfpachter zijn recht door verjaring had verkregen en daarvoor was inschrijving geen constitutief vereiste:

---

286 In HR 10 januari 1851, *W*. 1198 (*Bestuur der Registratie/Erven D. Kortland*) werd bij overdracht van een erfpachtrecht registratierecht geheven over de koopprijs en niet over de canon. De waarde van het recht van de erfpachter bestond uit de koopprijs, dat was de waarde van de zaak verminderd met de waarde van de canon. De waarde van de bloot eigendom van de grondeigenaar bestond uit twintigmaal de jaarlijkse canon. Tot hetzelfde oordeel kwam HR 25 maart 1853, *W*. 1423 (*erfpachter/Bestuur der Registratie*), waarbij de uitleg met behulp van de parlementaire geschiedenis meer overtuigde dan de tekstuele uitleg met behulp van het begrippenpaar *dominium directum* en *dominium utile*. Opzoomer had kritiek op het gebruik van die termen, Opzoomer 1876, p. 502.

287 HR 31 december 1847, *W*. 877 (*belanghebbende/Bestuur der Registratie*) over een recht uit 1807 en HR 5 mei 1848, *W*. 926 (*Bosschieter/Domeinen*) over een recht uit 1602. In beide zaken werd een decreet uit 1809 dat de erfpachter een korting van twintig procent op het registratierecht gaf, in de beoordeling betrokken.

288 Rb. Arnhem 30 december 1895, *W*. 6812 (*Van Sasse van Ysselt/Hervormde Gemeente van Herwen*), p. 2 middelste kolom citeert het betreffende beding: '(…) dat zij het stuk bouwland 'in erfpagt verpagt hebben zulks voor een welbedongen jaarlijksche erfpagt summa van vier en twintig gul, zeggen f 24 vrijgeld, mits dat den gezegden B. Meulenkamp ook de Ordinaire en Extraordinaire verpondinge Dijk en Weteringe, Ampts en Dorpslasten zo wel Ordinair als Extraordinair tot zijne Lasten alleen zal moeten betaalen en alle Jaaren daarvan aan den Tijdelijken Kerkmeester behoorlijke quitantien vertoonen', terwijl dan na nog eenige andere bepalingen ten slotte volgt: 'welke conditien den voornm. B. Meulenkamp aanneemt te agtervolgen, met renuntiatie van alle beneficien regtens dezen eenigzints ter contrarie'.'

289 Rb. Middelburg 13 maart 1878, *W*. 4230 (*Meens/Van Driel*).

> '(...), dat deze meening daarom onjuist is, omdat, indien het waar is, wat eischer zelf moet geacht worden te hebben gesteld, dat door den geïnsinueerde een bezit wordt voortgezet dat onheugelijke jaren door diens auteurs is uitgeoefend, geen sprake kan zijn van eene personele verbindtenis, op grond waarvan bij niet-nakoming ontbinding der overeenkomst kan worden gevraagd, maar dat alsdan een door verjaring verkregen zakelijk regt van erfpacht is gevestigd, welks bestaan niet van inschrijving in openbare registers is afhankelijk gesteld;'[290]

Op het door verjaring verkregen erfpachtrecht waren de wettelijke bepalingen van de erfpachttitel uit het OBW van toepassing. Omdat art. 780 OBW bepaalde dat een erfpachtrecht pas vervallen kon worden verklaard na vijf jaar niet betalen van de canon werd de vordering tot beëindiging wegens twee jaar wanbetaling afgewezen.

De wettelijke eisen voor de verkrijging van een erfpachtrecht door verjaring waren bezit als erfpachter van een onroerende zaak gedurende dertig jaar, eventueel ter ontginning en om daar een huis op te bouwen, maar in ieder geval tegen de betaling van een jaarlijkse canon als erkenning van het eigendomsrecht van de grondeigenaar. Die erkenning was cruciaal, zoals ook bleek uit de hiervoor behandelde uitspraak, maar indien de grondeigenaar het erfpachtrecht niet erkende was de recognitiefunctie van een betaling lastig aan te tonen. Een periodieke betaling voor gebruik van een perceel kon immers ook wijzen op huur. De rechtbank Tiel oordeelde in 1877 over een zaak waarin de gebruikers van een perceel grond zich verweerden tegen de huuropzegging door de grondeigenaar door te stellen dat hun gebruik berustte op een erfpachtrecht, verkregen door verjaring.[291] De rechtbank was echter van oordeel dat de door gebruikers gestelde feiten het wettelijk vereiste bezit gedurende dertig jaar onvoldoende aantoonden:

> '(…) dat toch het bewerken, bebouwen, verbeteren, vruchtbaar maken, beplanten van een hoekje grond, het daarop plaatsen van eene woning en het telken jare betalen van dezelfde som, voor het gebruik evenzeer kan plaats grijpen bij het bestaan van huur, hetzij op langen termijn, hetzij in het bijzonder wanneer de huurder zich voorstelt voor eene opzegging niet bevreesd te behoeven te zijn, gelijk ook bij eene uitgifte precario als bij bezit in erfpacht;'[292]

Doorslaggevend voor het ontstaan van een erfpachtrecht door verjaring was:

> '(…) de omstandigheid, dat de gebruiker van den grond jaarlijks dezelfde canon, als hoedanig ten gevolge van den zamenhang het door de gedaagden in het derde feite gebezigde woord "pacht" is te beschouwen, aan den eigenaar heeft voldaan, *en dit als erkentenis van diens regt van eigendom, zoodat daardoor de wil van den gebruiker en den eigenaar te zamen treden om te erkennen, dat het bezit moet worden aangemerkt als erfpacht*, alsdan de feiten, te zamen genomen, gezegd kunnen worden uitsluitend te wijzen op verkrijg van erfpacht en zij, met het oog op deze beschouwing, geacht kunnen worden ter zake dienende en afdoende te zijn (...);'[293]

290 Rb. Middelburg 13 maart 1878, *W*. 4230, p. 3 middelste kolom. De term 'auteur' wordt hier gebruikt in de betekenis van rechtsvoorganger.
291 Rb. Tiel 14 december 1877, *W*. 4229 (*Budding/Masson c.s.*).
292 Rb. Tiel 14 december 1877, *W*. 4229, p. 4 middelste kolom.
293 Rb. Tiel 14 december 1877, *W*. 4229, p. 4 middelste kolom. Nadruk toegevoegd.

Het ontginnen van een perceel grond van een ander, daarop een huis bouwen en ieder jaar hetzelfde bedrag aan de grondeigenaar betalen was niet voldoende voor het ontstaan van een erfpachtrecht, maar die betaling gedurende dertig jaar moest van beide kanten tevens aantoonbaar de bedoeling hebben gehad het eigendomsrecht van de grondeigenaar te erkennen, pas dan ontstond een erfpachtrecht door verjaring.

Bepalingen uit de oorspronkelijke vestigingsakte bleven gedurende de hele looptijd van een erfpachtrecht leidend voor de inhoud van de rechtsverhouding. Aan in de loop der eeuwen gewijzigde omstandigheden, hoe onvoorzien ook, werd doorgaans geen betekenis gehecht. Dat bleek bijvoorbeeld in een zaak over een recht van naasting, inhoudende een voorkeursrecht van koop voor de erfverpachter indien de erfpachter zijn recht wilde overdragen.[294] Na de overdracht van het erfpachtrecht in 1885 verklaarde de erfverpachter zijn bevoegdheid tot naasting uit te willen oefenen, waarop de verkrijgende erfpachter zich vergeefs verzette tegen verlies van zijn recht. De rechtbank stelde vast dat het erfpachtrecht in 1731 was gevestigd, onder vigeur van het oudhollands recht waarbij de erfverpachter altijd bevoegd was geweest tot naasten, maar dat die bevoegdheid in dit geval ook nog gold omdat deze met zoveel woorden in de vestigingsakte was opgenomen.[295] De rechtsopvolging aan beide zijden, erfverpachter en erfpachter, kon met aktes voor de gehele periode worden aangetoond. Nu de erfverpachter, die het bloot eigendom in 1884 had gekocht, ook tijdig een exploot had uitgebracht waarin zij aankondigde tot naasting te willen overgaan en daarbij een bedrag van *f* 2.200,- aan de koper aanbood, wat *f* 200,- boven de koopprijs was, was aan alle formele vereisten voldaan. Het enige middel dat de teleurgestelde koper kon inzetten was de vordering dat de erfverpachter in de rechtbank onder ede zou verklaren dat zij het erfpachtrecht voor haar eigen behoefte en die van haar kinderen nodig had en dat zij dit met haar eigen geld betaalde. Die vordering wees de rechtbank toe, onder verwijzing naar de praktijk onder het oudhollands recht zoals beschreven in het handboek van De Groot.

De uitspraak is interessant omdat het ging over een in de erfpachtvoorwaarden bedongen bevoegdheid van de erfverpachter die tijdens de vestiging van het recht in 1731 gebruikelijk was, in de eeuw daarna in onbruik raakte en al bij de eerste ontwerpen voor het BW als archaïsch terzijde werd geschoven, maar die de nieuwe erfverpachter in de tachtiger jaren van de negentiende eeuw vermoedelijk goed uitkwam. De officier van justitie verwees in zijn conclusie naar de historische bronnen van het recht van naasting, daarbij de latere praktijk waarbij het

294 Rb. Amsterdam 13 oktober 1887, *W*. 5498 (*Hobbelink/Wildschut en Prinsen*).

295 Rb. Amsterdam 13 oktober 1887, *W*. 5498, p. 2 middelste kolom: '(…) dat de eischer zoo uit kracht van de Oud-Hollandsche wet als ingevolge de oorspronkelijke overeenkomst betrekkelijk de uitgifte van die erfpacht gerechtigd is, voormeld door A. Wildschut gekocht erfpachtsrecht te naasten en ten opzichte van dat gekochte te treden in des koopers plaats.'

recht in onbruik was geraakt negerend.[296] Omdat het recht in de vestigingsakte was opgenomen raakte de opvolgende erfpachter van rechtswege, bij het uitspreken van de verklaring door de erfverpachter dat hij zijn naastingsrecht uitoefende, zijn perceel waarop een winkel was gevestigd kwijt en hield de grond en de opstallen vanaf dat moment zonder recht of titel. Een heel oude afspraak uit de vestigingsakte bleef gelden zolang het recht bestond en ging voor op latere wettelijke regelingen.

Een dergelijke oude afspraak moest wel onomstotelijk vaststaan. In 1847 onderzocht het hof van Zuid-Holland of aan een eeuwigdurend erfpachtrecht gevestigd aan het einde van de zestiende eeuw voor de erfverpachter een recht op betaling van een bedrag aan eenmaal de jaarcanon en een bedrag aan 'kannen wijns' inhield bij overdracht van het recht aan een nieuwe erfpachter.[297] Een dergelijk recht stond vermeld in de veilingvoorwaarden waaronder de nieuwe erfpachter het recht op het buitenverblijf *Oosterhof* bij Zoeterwoude had gekocht, maar was niet woordelijk in de vestigingsakte opgenomen. De betaling werd niet aangetoond als een gebruikelijke praktijk sinds de vestiging van het recht en was ook in het oudhollands recht en het lokale gewoonterecht onbekend. De betekenis van de formulering 'dat de gronden (…) werden uitgegeven *in eeuwige erfpacht mitten houde en op erfpachts-regt*'[298] en met name de betekenis van de term 'met den houde', werd door het hof onderzocht naar het oudhollands recht, waarin dit algemeen de betekenis had dat de erfverpachter zich een recht van naasting voorbehield ingeval de erfpachter zijn recht zou vervreemden.[299] Niet bleek dat in het lokale recht een uitzondering op die hoofdregel werd gemaakt[300] zodat de vordering werd afgewezen. Art. 777 OBW had iedere 'buitengewone uitkeering' bij gelegenheid van een overgang van een erfpachtrecht of de verdeling van een gemeenschap expliciet afgeschaft als zijnde achterhaald. Deze uitspraak toonde aan dat een dergelijke uitkering ook onder het oude recht bedongen moest worden en niet algemeen was aan erfpachtrechten. Het hof kwam in dit geval niet toe aan de toepassing van Romeins recht, vermoedelijk vanwege de specifiek Hol-

296 Het recht van naasting was vervallen bij art. 25 van de Burgerlijke en Staatkundige Grondregels, opgenomen in de Staatregeling 1798, te raadplegen via: <www.denederlandsegrondwet.nl >: "Art. XXV. Alle Tiend-, Chijns- of Thijns-, Nakoops-, Afstervings-, en Naastings-Regten, van welken aard, mids-gaders alle andere Regten of Verpligtingen, hoe ook genoemd, uit het Leenstelsel of Leenrecht afkomstig, en die hunnen oorsprong niet hebben uit een wederzijdsch vrijwillig en wettig verdrag, worden, met alle de gevolgen van dien, als strijdig met der Burgeren gelijkheid en vrijheid, voor altijd vervallen verklaard." Zie ook Van Gessel-de Roo 1991, p. 102, noot 83. Bij De Groot en Huber was het recht van naasting voor de eigenaar verbonden aan verkoop van het recht. Reeds in het voorontwerp Wierdsma werd het recht van naasting afgeschaft, welk afschaffen van een langdurig gebruik op weerstand stuitte zoals bleek uit de bedenkingen van medecommissieleden Farjon en Walraven tegen het afschaffen van naasting én de dubbele pacht, Van Gessel-de Roo 1991, p. 98.

297 Hof Zuid-Holland 16 mei 1847, *W*. 924 (*Soeterwoude*). Omdat de erfpachter de grondslag van de vordering als voortvloeiend uit het erfpachtrecht betwistte leende het geschil zich voor hoger beroep, de persoonlijke vordering tot betaling van *f* 50,05 was daartoe onvoldoende.

298 Hof Zuid-Holland 16 mei 1847, *W*. 924, p. 2 middelste kolom. Nadruk toegevoegd.

299 Hof Zuid-Holland 16 mei 1847, *W*. 924, p. 2 middelste kolom: '(...), dat aan den Hove niet gebleken is, dat aan die woorden eenige andere beteekenis moet worden toegeschreven dan alleen die, dat daardoor voor den erfpachtsheer, naar dit oud-Hollandsch regt, een regt van naasting werd voorbehouden.'

300 Hof Zuid-Holland 16 mei 1847, *W*. 924, p. 2 middelste kolom: '(...), dat alzoo het regt van naasting den algemeenen regel daarstelt en het niet is gebleken, dat bepaaldelijk onder Soeterwoude, alwaar deze grond gelegen is, een regt van dubbelen canon of van overboeking, noch ook van eene somma voor kannen wijns, hetzij door de handvesten, hetzij door algemeen gebruik, ten tijde toen deze contracten zijn aangegaan, immer is gevestigd geworden.'

landse formulering van een recht gevestigd 'met den houde'.[301] Anders dan de rechtbank Amsterdam in de voorgaande uitspraak uit 1887 oordeelde het hof dat de bevoegdheid tot naasting van de erfverpachter onder het oudhollands recht niet algemeen was, maar uit de formulering van het recht bij vestiging moest worden afgeleid. De inhoud van het recht en de verplichtingen van partijen jegens elkaar dienden dus te blijken uit de akte van vestiging en het toepasselijke recht. Andere bronnen zoals veilingvoorwaarden konden geen zelfstandige grondslag voor verplichtingen uit een erfpachtrecht zijn.

2.4.1.3 Erfpachtvoorwaarden

Hieronder volgt een aantal voorbeelden van uitspraken waarin de erfpachtvoorwaarden centraal staan die ook later in dit onderzoek nog uitvoerig aan de orde zullen komen, te weten het toestemmingsvereiste, canonherziening en beëindiging van het erfpachtrecht. Het gaat mij in deze uitspraken om de argumenten waarmee een verbintenis die voortvloeit uit het erfpachtrecht als zakelijk of persoonlijk werd aangeduid en opgevat.

Het toestemmingsvereiste speelde een rol in een zaak waarin de erfpachter bouwde zonder toestemming van de erfverpachter. Omdat de bestemming van een in erfpacht uitgegeven perceel van cruciaal belang was, werd ook in het verleden door de erfverpachter al toestemming voor bestemmingswijziging bedongen. Zo had bij de vestiging van een erfpachtrecht in 1858 de erfverpachter een specifieke bestemming van het perceel bedongen, met daaraan gekoppeld een verbod op het realiseren van een andere bestemming zonder zijn schriftelijke toestemming, op straffe van beëindiging van het recht:

> '(…) dat op den afgestanen grond, die voor een gedeelte zou dienen, om daarop eene woonhuizinge te bouwen, geen fabriek mocht worden gesticht, noch daarop meerdere woonhuizen of iets anders mocht worden gebouwd, zonder schriftelijk consent van de kerkvoogden der Hervormde gemeente te Scharnegoutum, die, ingeval van misbruik in dezen, het recht behouden, om den afgestanen grond weder te naderen en den afstand te doen eindigen, terwijl de grondpachter of zijne rechtverkrijgenden alsdan gehouden zijn, om alles weder op eigen kosten in den vorigen toestand te brengen.'[302]

Een opvolgend erfpachter, een gereformeerde gemeente, kocht het recht op een openbare veiling, bouwde op het perceel in strijd met de bestemming een kerkgebouw en verbouwde een op de grond staande loods tot consistoriekamer, zonder schriftelijke toestemming van de erfverpachter. Nadat aan de sommatie het gebouwde af te breken niet werd voldaan volgde een procedure waarin de erfpachter enkele principiële kwesties aan de orde stelde. Aan de hand van een objectieve uitleg van de vestigingsakte stelden zowel de rechtbank als de officier van justitie in zijn conclusie vast dat in dit geval een erfpachtrecht was gevestigd en niet een recht van grondrente. Bij die objectieve uitleg van de bedoeling der

301 Vgl. Rb. Zierikzee 4 april 1905, *W.* 8218 (*Ambachtsheerlijkheid van Dreischor/Verton*) waarin 'Pagten metten Houde' gelijk werden gesteld aan erfpachtrechten.

302 Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W.* 5834 (*College kerkvoogden der Nederduitsche Hervormde gemeente te Scharnegoutum/Christelijk Gereformeerde gemeente te Scharnegoutum*), p. 2 rechterkolom.

contracterende partijen een erfpachtrecht te vestigen en geen eigendom te doen overgaan, werd acht geslagen op specifieke bewoordingen ('afstaan op grondpacht') gelezen in het licht van meerdere bepalingen uit de gehele akte.[303] De stelling van gedaagde dat een recht van erfpacht uitsluitend kon dienen ter ontginning van woeste gronden werd door rechtbank en officier van justitie als achterhaald verworpen:

> '(…) omdat al moge in overoude tijden verbetering van den grond het doel van het uitgeven van grond in erfpacht geweest zijn, dit niet meer geldt voor ons recht, daar toch in onze tegenwoordige wetgeving het erfpachtsrecht geheel zelfstandig is geregeld en daarin geen spoor te vinden is van eenig doel, waarmede zoodanig recht zou kunnen of moeten worden gevestigd;'[304]

Het belangrijkste punt betrof de zakelijke werking van het beding omtrent de bestemming van de onroerende zaak. De erfpachter stelde dat de voorwaarde was overeengekomen als een persoonlijke verbintenis tussen de partijen bij de overeenkomst uit 1858 en dat die niet aan hem als rechtsopvolger kon worden tegengeworpen. De officier van justitie plaatste deze stelling in het licht van een rechtsgeleerde discussie over de reikwijdte van de verbintenisrechtelijke regel van art. 1354 OBW.[305] Naar hedendaagse maatstaven was dit een vreemde redenering nu eerst was vastgesteld dat een zakelijk recht was gevestigd. Daaruit volgde immers reeds dat de inhoud van het recht zakelijke werking had en kon aan de vraag of aan de overeenkomst tot vestiging zakelijke werking toekwam niet meer worden toegekomen. De officier van justitie sloot zich aan bij de opvatting dat verplichtingen als waarvan hier sprake was als een kwalitatieve verbintenis aan de onroerende zaak verbonden waren en in die hoedanigheid overgingen op rechtsopvolgers.[306] Hij was van mening dat het gebruik van de term 'rechtverkrijgenden' in art. 1354 OBW:

> '(…) de bewuste onderscheiding [in persoonlijke en zakelijke verbintenissen] wraakt, en gevolgelijk daaronder zijn begrepen de opvolgers onder bijzondere titel, als koopers, op wie mitsdien de verbintenissen, inhaerent aan de overgedragen zaak, mede overgaan.'[307]

---

303 Bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W*. 5834, p. 3 linkerkolom: '(...) dat ged. heeft beweerd, dat partijen bij genoemd contract hebben gevestigd eene grondrente, daar in art. 3 der voorwaarden wordt gesproken van 'afstand' en 'afgestanen grond', maar men hierbij uit het oog verliest dat deze uitdrukkingen niet anders mogen worden verstaan dan in verband met de daaraan voorafgaande uitdrukkelijke verklaring van partijen, dat de plek gronds wordt afgestaan en aangenomen 'op grondpacht' zoodat uit vorenstaande bewoordingen op zich zelf niet mag worden aangenomen, dat een overgang van den eigendom dier plek gronds van de kerkvoogden op Siderius [de eerste erfpachter] in de bedoeling van partijen heeft gelegen.'

304 Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W*. 5834, p. 3 linkerkolom. In gelijke zin de conclusie van de officier van justitie, p. 2 linkerkolom.

305 Art. 1354 OBW: "Men wordt verondersteld bedongen te hebben voor zich zelve, en voor zijne erfgenamen en regtverkrijgenden, ten ware het tegendeel uitdrukkelijk bepaald zij, of uit den aard der overeenkomst mogt voortvloeien." Zie over art. 1354 OBW onder meer Van Oostrom-Streep 2006, p. 10-15 en uitvoerig Du Perron 1999, p. 195-241.

306 Officier van Justitie E. Star Busmann beriep zich onder meer de conclusie van A-G Smits bij HR 24 april 1884, *W*. 5031 (*Tellingen/De Nederlandsche Bouwmaatschappij*). Die zaak ging over een koopovereenkomst van een perceel bouwgrond, onder de ontbindende voorwaarde dat de koper op die grond woningen zou bouwen, waarbij het de vraag was of rechtsopvolgers ook aan die bouwplicht gebonden zouden zijn. Op grond van vaste jurisprudentie over het begrip rechtverkrijgende uit art. 1354 OBW en de bewoordingen van de betrokken koopcontracten werd deze vraag bevestigend beantwoord. Star Busmann paste de regel uit het verbintenissenrecht onverkort toe op een overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht, ook al had de Hoge Raad in zijn jurisprudentie steeds de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden aangenomen.

307 Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W*. 5834, p. 2 middelste kolom.

Bovendien kon een belangstellende koper steeds de openbare registers raadplegen en daar kennisnemen van de van toepassing zijnde erfpachtvoorwaarden, waaronder de verbintenissen die aan de onroerende zaak waren verbonden. De rechtbank negeerde deze omweg via het verbintenissenrecht en volgde de Hoge Raad.[308] Na te hebben vastgesteld dat er sprake was van een zakelijk recht van erfpacht gold dat de daarbij gemaakte bedingen die met de titel van aankomst in de openbare registers waren overgeschreven zakelijke werking hadden. Een onderscheid in soorten bedingen of verbintenissen werd daarbij niet gemaakt. Het verbod op bouwen zonder schriftelijke toestemming van de erfverpachter van iets anders dan één woning op het perceel was dus niet:

> '(…) een zuiver persoonlijk obligo tusschen de oorspronkelijke contractanten, maar eene bepaling of voorwaarde cohaerent aan het zakelijk recht;'[309]

De verplichtingen van de erfpachter waren verbonden aan het zakelijk recht en gingen krachtens de wet over op zijn rechtsopvolgers.[310] Ten overvloede vermeldde de vestigingsakte uitdrukkelijk dat:

> '(…) in geval van misbruik of wanbetaling en de daarop gevolgde nadering van den grond en beeindiging der pacht de erfpachter of "zijne rechtverkrijgenden" zal of zullen gehouden zijn alles weder in den vorigen toestand terug te brengen;'[311]

Daarmee kwam de rechtbank niet toe aan de vraag of de verplichtingen uit de erfpachtovereenkomst krachtens art. 1354 OBW overgingen op de rechtsopvolgers, deze vraag kon op grond van het zakelijk recht reeds afdoende worden beantwoord. Bouwen zonder toestemming leidde in dit geval tot de veroordeling tot afbraak van het gebouwde en beëindiging van het erfpachtrecht.

Canonverhoging kwam voorafgaand aan de opkomst van stedelijke erfpacht weinig voor en dan vooral bij vernieuwing van erfpachtrechten. De rechtbank Dordrecht oordeelde in 1894 over een erfpachtrecht uit 1836 dat in 1876 voor veertig jaar werd verlengd bij gelegenheid waarvan de canon werd verhoogd.[312] De verlenging en de canonverhoging werden tussen erfverpachter en erfpachter overeengekomen, maar niet ingeschreven in de openbare registers. Een opvolgend erfpachter, die het recht in 1888 verkreeg, verzette zich tegen de canonverhoging wegens gebrek aan inschrijving, en liet na de gehele canon over twee opvolgende jaren te betalen, ook die van een tweede recht. De erfverpachter vorderde betaling van de achterstallige canon waarop de kantonrechter zich, naar het oordeel van de rechtbank terecht, onbevoegd verklaarde daar de vordering tot betaling van erfpachtcanon:

---

308 HR 24 april 1884, *W*. 5031 (*Tellingen/De Nederlandsche Bouwmaatschappij*), waarin de Hoge Raad op grond van art. 1354 OBW oordeelde dat rechten en verplichtingen overgingen met het goed waarop zij betrekking hadden, zie Du Perron 1999, p. 224-225.

309 Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W*. 5834, p. 3 middelste kolom.

310 De zakelijke werking berustte in deze redenering op het uitermate rekbare art. 775 OBW over de onsplitsbaarheid van de canon. De overgang op rechtsopvolgers betrof kennelijk alle verplichtingen uit het erfpachtrecht, niet alleen de canonverplichting. Art. 775 OBW luidde: "De verpligting om de erfpacht te voldoen is onsplitsbaar, blijvende ieder gedeelte van den in erfpacht uitgegeven grond voor de geheele pacht aansprakelijk."

311 Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W*. 5834, p. 3 middelste kolom.

312 Rb. Dordrecht 4 april 1894, *W*. 6532 (*Hervormde Gemeente Ridderkerk/Velthuizen*).

> '(…) is eene op het zakelijk recht van eigendom gegronde vordering en de erfpachter *uitsluitend op grond van zijn zakelijk recht* jegens den eigenaar als een erkentenis van diens eigendom tot betaling der jaarlijkse pacht gehouden is, welke alzoo op het zakelijk recht van eigendom gegronde aktie niet aan den kantonrechter is opgedragen ook niet bij de 2e alinea van art. 38 R.(...), waarop app. zich beroept, zijnde daar met het woord 'pachten' slechts bedoeld die pachten aan welke een persoonlijke verbintenis ten grondslag ligt, zoodat de kantonrechter zich terecht uit hoofde van het onderwerp des geschils, ambtshalve onbevoegd verklaard heeft van deze vordering kennis te nemen en diens vonnis behoort te worden bevestigd;'[313]

Volgens de rechtbank berustte de canonverplichting van de erfpachter uitsluitend op zijn zakelijk recht en was er geen ruimte voor een kwalitatieve verplichting of een andersoortige verbintenis. De canonverplichting had tot doel de erkenning van het eigendomsrecht van de grondeigenaar. Daarnaast kon een erfpachtrecht rechtsgeldig worden verlengd zonder inschrijving in de openbare registers, de wet vereiste slechts inschrijving ingeval een nieuw recht werd gevestigd. Van een nieuw recht was alleen sprake als de inhoud van het recht werd gewijzigd:

> '(...) dat bij de bedoelde onderhandsche akte de erven niet op nieuw in erfpacht zijn uitgegeven, maar deze slechts werd "verlengd", zoodat – aangezien ditzelfde recht sedert de uitgifte in 1836, zooals de geïnt. stelt en niet is weersproken, steeds bij behoorlijk ingeschreven notarieele akten tot den nieuwen eigenaar overging – het erfpachtsrecht van het sub b. genoemde erf, waarvan de pacht gevorderd wordt, ten tijde der dagvaarding volgens den eisch van art. 767 B.W. in de openbare registers was overgeschreven;'[314]

De canonverhoging ter gelegenheid van die verlenging was onvoldoende wijziging om van een nieuw recht te kunnen spreken en deze hoefde evenmin te worden ingeschreven:

> '(...) dat ofschoon de jaarlijksche pacht tot het wezen van het erfpachtsrecht behoort – zoodat het laatste zonder het eerste niet bestaanbaar is –, hieruit niet volgt dat de verhooging van den canon noodzakelijk moet worden overgeschreven, zoodat bij gebreke daarvan en enkel om die reden, de pacht niet zou kunnen worden gevorderd;'[315]

Nu de canonverplichting volgde uit het recht, dat recht bij vestiging behoorlijk was ingeschreven, de verlenging en de canonverhoging tussen rechtsvoorgangers bij overeenkomst geldig was afgesproken, en de huidige erfpachter zijn recht na die canonverhoging had verkregen, volgde dat hij verplicht was de hogere canon te betalen, ook al was hij geen partij geweest bij de overeenkomst tot canonverhoging:

> '(...) dat immers de eigenaar van den grond krachtens eene met den erfpachter gesloten overeenkomst van dezen of diens rechtsopvolger kan vorderen een hoogere pacht dan oorspronkelijk in de akte van uitgifte was vastgesteld, terwijl *een dergelijke ofschoon wat die verhooging betreft op de overeenkomst steunende vordering, toch nooit het karakter eener zakelijke aktie verliest, omdat zij gegrond blijft op het zakelijk recht van eigendom* en ongeacht de hoegrootheid van den

313 Rb. Dordrecht 4 april 1894, *W*. 6532, p. 2 middelste en rechterkolom. Nadruk toegevoegd.
314 Rb. Dordrecht 4 april 1894, *W*. 6532, p. 2 rechterkolom.
315 Rb. Dordrecht 4 april 1894, *W*. 6532, p. 2 rechterkolom.

canon, steeds van zijde van den erfpachter blijft jegens den eigenaar van den grond als een erkentenis van diens eigendom;'[316]

Niet bleek dat bij de overeenkomst tot canonverhoging werking ten aanzien van rechtsopvolgers was beoogd, dan wel of de erfpachter bij verkrijging van zijn recht van de canonverhoging op de hoogte was gesteld. Voor de rechtbank was een overeenkomst tussen partijen wier hoedanigheid voortvloeide uit een zakelijk recht en die tot onderwerp een zakelijk werkend beding had, de canon, automatisch een overeenkomst met zakelijke werking. Dan kon de verhoging van de canon bij niet ingeschreven overeenkomst worden bepaald, zodat een rechtsopvolgende erfpachter gebonden raakte aan een canonverhoging die niet kenbaar was uit de openbare registers.

De problematiek van de zakelijke of kwalitatieve werking van contractbedingen, waarover door de Hoge Raad in 1905 een invloedrijke beslissing werd gegeven,[317] werd dus ook bij geschillen over erfpachtrechten aangevoerd als dat partijen zo uitkwam. De erfpachter die zonder toestemming had gebouwd en de erfpachter die een hem onbekende canonverhoging niet wilde betalen beriepen zich op de louter verbintenisrechtelijke werking van de betreffende erfpachtvoorwaarden. In beide gevallen oordeelde de rechtbank echter dat het om een zakelijk werkend beding ging dat ook door rechtsopvolgers gerespecteerd diende te worden. Feitelijk speelde de kwalitatieve werking van contractbedingen bij zakelijke rechten geen rol en waren de verbintenissen die voortvloeiden uit erfpachtrechten geen persoonlijke, maar zakelijke verbintenissen, louter omdat zij voortvloeiden uit een zakelijk recht. Omdat aan de vestiging van erfpachtrechten veelal een overeenkomst ten grondslag lag werd dat onderscheid echter niet altijd even duidelijk in het oog gehouden.

2.4.1.4 Beëindiging van erfpachtrechten

Geschillen over beëindiging van erfpachtrechten kwamen vaak voor. De vraag of verbintenisrechtelijke regels over de ontbinding van overeenkomsten konden worden toegepast op erfpachtrechten werd ontkennend beantwoord. Hoewel aan de vestiging van een erfpachtrecht een overeenkomst ten grondslag kon liggen, konden de regels van het verbintenissenrecht over ontbinding van overeenkomsten niet zonder meer op erfpachtrechten worden toegepast nu de wet in art. 780 en 781 OBW een specifiek goederenrechtelijke regeling voor de beëindiging van erfpachtrechten bevatte en in die regeling ontbinding als grond voor vervallenverklaring niet was opgenomen. Zo oordeelde de Hoge Raad in 1865 in de zaak van een erfverpachter die een erfpachtrecht wilde beëindigen door ontbinding van de overeenkomst tot vestiging te vorderen op grond van art. 1302 en 1303 OBW.[318] Tussen partijen was geen beëindiging door ontbinding afgesproken en bovendien waren de regels voor overeenkomsten in het algemeen niet van toepassing op een zakelijk recht van erfpacht, ook niet als het recht niet door vesti-

316 Rb. Dordrecht 4 april 1894, *W*. 6532, p. 2 rechterkolom. Nadruk toegevoegd.
317 HR 3 maart 1905, *W*. 8191 (*Blaauboer/Berlips*).
318 HR 3 februari 1865, *W*. 2668 (*Van Streijen/Van der Horst*).

ging op grond van een overeenkomst, maar door verjaring of toedeling tot stand was gekomen, aldus de Hoge Raad:

> '(…) dat art. 780 B.W. de vervallen-verklaring van het regt van erfpacht beperkt tot de bepaald aldaar opgenoemde gevallen; dat voorts in den titel van het erfpachtsregt, waaronder dat artikel is geplaatst, wordt gehandeld over dat regt in het algemeen, zonder onderscheid of het op eene andere wijze of wel bij overeenkomst is gevestigd; dat daaruit volgt, *dat, ook dan, wanneer het is daargesteld bij overeenkomst, moeten gelden niet de algemeene regelen, voorgeschreven voor de overeenkomst, maar die, bepaald voor het erfpachtsregt*; en dat eindelijk de éénige daarop bestaande uitzondering is die, voorzien bij art. 780 B.W., wanneer namelijk partijen bij overeenkomst zijn afgeweken van den bij art. 780 aangenomen regel;'[319]

Op een erfpachtrecht waren uitsluitend de regels van het zakenrecht van Boek 2 OBW van toepassing, niettegenstaande de uit art. 782 OBW volgende bevoegdheid van partijen om bij overeenkomst van deze regels af te wijken. Hieruit volgde dat de regels van het verbintenissenrecht uit Boek 3 OBW alleen van toepassing waren indien partijen dat bij overeenkomst hadden afgesproken.

Een bijzonder voorbeeld van de beëindiging van een erfpachtrecht door vervallenverklaring vormde de zaak over een uitgifte in de vorm van een publiek-private samenwerking om noodzakelijke infrastructuur tot stand te brengen.[320] In 1853 had de Staat een contract gesloten met de natuurlijke persoon A. van Haaften inhoudende dat hij met private middelen een permanente verbinding met een openbare weg tot stand zou brengen tussen de provincies Noord-Brabant en Zeeland in de vorm van een dam tussen het eiland Sint Philipsland aan de ene kant en de Brabantse zeedijken aan de andere kant, ongeveer het traject van de huidige N257. De Staat gaf daarbij aan Van Haaften in altijddurende erfpacht[321] een perceel water, zand en slik ter ontginning, onder de voorwaarde dat de erfpachter een dam zou aanleggen op aanwijzing van de Waterstaat en die dam, inclusief rijbaan, voor 1 juli 1859 zou opleveren. Daarnaast werd de erfpachter verplicht tot het altijddurend onderhoud en verbetering van de dam, bij gebreke waarvan de Staat het onderhoud kon laten uitvoeren met verhaal van de kosten op de erfpachter.

Het project leidde niet tot het gewenste resultaat. Weliswaar werd de dam tijdig opgeleverd, maar deze bleek niet voldoende bestand tegen natuurgeweld. Al snel brak de dam op meerdere plaatsen door, brokkelde af en raakte op andere wijze onherstelbaar beschadigd zodat er ten slotte alleen nog wat aanhechtingspunten over waren en de ingenieur van Waterstaat verklaarde dat herstel niet mogelijk was. De Staat ging tevergeefs voor twee ankers liggen en vorderde ontbinding

---

319 HR 3 februari 1865, *W*. 2668 (*Van Streijen/Van der Horst*). Nadruk toegevoegd. Mij lijkt overigens dat de uitzondering niet was voorzien bij art. 780 OBW, maar bij art. 782 OBW: "Alle de bij dezen titel vastgestelde verordeningen zullen alleen plaats grijpen, voor zoo verre daarvan door de overeenkomsten der partijen niet is afgeweken." Vgl. Reepmaker 1931, p. 150, noot 2 en 4 waarin voor stedelijke erfpacht werd aangeraden het recht te vestigen onder de ontbindende voorwaarde dat het recht zou vervallen indien de erfpachter de uit het recht voortvloeiende verplichtingen niet zou nakomen, waarmee art. 780 OBW geheel werd uitgesloten en vervangen door een contractuele regeling.

320 Rb. Gorinchem 22 februari 1876, *W*. 3964 (*Domeinen/Van Haaften*).

321 Op grond van de Wet van 29 augustus 1848, *Stb*. 39 diende voor de vervreemding of uitgifte in altijddurende erfpacht van percelen rijksgrond wettelijke goedkeuring te worden verleend.

van de overeenkomst en vervallenverklaring van het erfpachtrecht. Aan de verplichting tot aanleg en oplevering van de dam was volgens het contract voldaan en ten aanzien van de verplichting tot eeuwigdurend onderhoud hadden partijen, in afwijking van art. 1302 en 1303 OBW, afgesproken dat de Staat die gebreken zou herstellen en de kosten daarvan op de erfpachter zou mogen verhalen.[322] Ontbinding van de overeenkomst was dus niet aan de orde. Van vervallenverklaring kon evenmin sprake zijn. In de vestigingsakte van het erfpachtrecht waren namelijk alle wettelijke erfpachtbepalingen op het recht van toepassing verklaard, met als gevolg dat de art. 767-782 OBW als contractsbepalingen tussen partijen van kracht waren.[323] Omdat de wettelijke gronden voor vervallenverklaring zich in dit geval geen van alle voordeden, werd ook de vordering tot vervallenverklaring afgewezen. Opvallend aan deze zaak was de uitgifte voor een specifieke vorm van ontginning en de incorporatie van de wettelijke erfpachtbepalingen in de vestigingsakte. Daarnaast valt op dat de rechtbank de wettelijke bepalingen over ontbinding van overeenkomsten opzij zette ten gunste van de partijafspraak. Een goederenrechtelijke benadering had eveneens geleid tot het primaat van de partijafspraak, maar zonder de mogelijkheid van ontbinding. Mogelijk werd de verplichting van de erfpachter tot aanleg van de dam eerder in een verbintenisrechtelijk licht beschouwd. Van latere bouwplichten was de zakelijke werking ook niet altijd zeker.

Het hof Den Haag bevestigde in hoger beroep het vonnis van de rechtbank.[324] Ten aanzien van de schade als gevolg van ondeugdelijk herstel van de doorbraken aan de dam preciseerde het hof dat art. 780 OBW vervallenverklaring als sanctie stelde op schade toegebracht aan de in erfpacht uitgegeven zaak en dat de door de erfpachter aan te leggen dam niet als zodanig beschouwd kon worden. Ook in het arrest van het hof was uitsluitend sprake van een erfpachtcontract of een overeenkomst 'van afstand op erfpachtsregt' van contracterende partijen en van het buiten toepassing blijven van de algemene regels over ontbinding van een overeenkomst op grond van de specifieke partijafspraak. De rechtsverhouding werd aldus beschouwd in verbintenisrechtelijke termen, terwijl tevens alle artikelen van titel 2.7 OBW door incorporatie in het contract van toepassing waren. De rechters hoefden dus geen strikt onderscheid te maken tussen de verbintenisrechtelijke en de goederenrechtelijke elementen van de rechtsverhouding.

De historische achtergrond van de vervallenverklaring wegens niet betalen van de canon kwam ter sprake in een zaak waarover het hof Amsterdam oordeelde.[325] In dit geval was aan een erfpachtrecht uitgegeven in 1661 als een eeuwigdurend

322 Art. 4 van de akte van 25 juni 1853 zoals geciteerd door Rb. Gorinchem 22 februari 1876, *W*. 3964, p. 4 linkerkolom: "Wanneer de contractant ter andere zijde of zijne regtverkrijgenden in gebreke mogten blijven den dam en andere werken, overeenkomstig de bepalingen der concessie, behoorlijk te onderhouden of te verrigten, zal het bestuur der domeinen of dat van den waterstaat het regt hebben het gebrekkige ten koste en voor rekening van den contractant ter andere te doen verbeteren of herstellen, met regt van verhaal zoo noodig op de opbrengst der reeds rentegevende landerijen, liggende binnen den cirkel van den afstand."

323 Rb. Gorinchem 22 februari 1876, *W*. 3964, p. 4 middelste kolom: '(...) verder, dat bij art. 8 dezer zelfde overeenkomst op deze erfpacht van toepassing zijn verklaard alle bepalingen van den 7 titel 2de boek (artt. 767-782) van het Burg. Wetb., en dat mitsdien de hier opgenomen voorschriften alleen van kracht zijn tusschen de contracterende partijen.'

324 Hof Den Haag 23 mei 1877, *W*. 4116 (*Domeinen/Van Haaften*).

325 Rb. Haarlem 19 november 1878, *W*. 4486 (*Graaf van de Werve en van Vorsselaer/Van Eijk*) en Hof Amsterdam 12 november 1880, *W*. 4621 (*Van Eyk/Graaf van de Werve en van Vorsselaer c.s.*).

gebruiksrecht van percelen aan de Brouwersvaart te Haarlem bij vonnis van de rechtbank Haarlem op 19 november 1878 een einde gekomen door vervallenverklaring. De erfpachter had vijf jaar achter elkaar de canon niet betaald en had, ondanks behoorlijke sommatie, geen gebruikgemaakt van de gelegenheid tot herstel door aan de erfverpachters betaling van het achterstallige aan te bieden. Dat hij van mening was dat in het exploot een onjuist bedrag aan canon stond en dat hij bereid was te betalen, maar niet had geweten aan wie, maakte dat niet anders nu de in het buitenland wonende erfverpachters zich bij het exploot bekend hadden gemaakt. Omdat aan de voorwaarde van art. 780 OBW was voldaan diende de rechtbank de vervallenverklaring wegens wanbetaling van de canon te bevestigen en had zij geen discretionaire bevoegdheid om het eeuwenoude erfpachtrecht te laten voortbestaan. De officier van justitie had in zijn conclusie anders geoordeeld, namelijk dat het aanbod tot betaling dat de erfpachter gedurende het geding had gedaan voldoende was en dat de erfverpachters dit aanbod ook hadden aanvaard door hun eis tot betaling van achterstallige canon te verlagen tot het aangeboden bedrag, zonder rente. De rechtbank volgde deze redenering niet. De crux leek gelegen in het nalaten van de erfpachter gebruik te maken van de herstelperiode, het aanbod gedaan gedurende het geding was eenvoudigweg te laat, en dat aanbod had ook direct aan de erfverpachters gedaan moeten worden en had dan tevens een erkenning ingehouden:

> '(...), dat in casu, daar de jaarlijksche pacht door den erfpachter aan den eigenaar te voldoen, strekt tot erkentenis van diens eigendom, de sommatie tot betaling der achterstallige pacht de vordering tot erkenning van het regt der eigenaars in zich bevat; en dat daarom de ged., zoo hij zich van het verzuim, waarin hij behoorlijk was gesteld, had willen bevrijden, doch het van hem gevorderde bedrag te hoog achtte, *aan de eischers de volgens zijne meening verschuldigde en thans door de eischers als genoegzaam erkende som had behooren aan te bieden*, en daardoor het regt van de eischers op de door hem in erfpacht gehoudene perceelen erkennen;'[326]

Cruciaal was dus dat de erfpachter had nagelaten zijn rechtsverhouding tot de erfverpachters te erkennen, het minste dat hij hen verplicht was geweest was de erkenning van hun eigendomsrecht, nog los van het exacte bedrag aan canon. Nu de erfpachter zijn recht op de gronden na dertig jaar dreigde kwijt te raken wegens het niet tijdig reageren op de sommatie van de hem onbekende erfverpachters, stelde hij hoger beroep in. Het hof bekrachtigde het vonnis, tegen de (niet gepubliceerde) conclusie van de A-G in die de vervallenverklaring niet toewijsbaar achtte, mogelijk vanwege disproportionaliteit tussen sanctie en nalaten.[327] Het hof deed alle bezwaren van de erfpachter tegen het exploot van aanmaning af als niet bewezen of niet ter zake doende. Zo hadden de erfverpachters in het exploot aangegeven dat zij de afstammelingen waren van de erfverpachter genoemd in de akte uit 1848 en dat zij als erfgenamen de rechtmatige eigenaren waren van de betreffende gronden. Ten slotte had de erfpachter zich beklaagd over:

326 Rb. Haarlem 19 november 1878, *W.* 4486, p. 3 middelste kolom. Nadruk toegevoegd.
327 Hof Amsterdam 12 november 1880, *W.* 4621 (*Van Eyk/Graaf van de Werve en van Vorsselaer c.s.*).

> '(…) de hardheid en gestrengheid van het vonnis en daarbij de stelling ontwikkeld, dat de Nederlandsche wetgever aan het beleid van den regter heeft opgedragen om de vervallenverklaring van het erfpachtsregt uit hoofde van verzuim van betaling van den canon, al dan niet uit te spreken;'[328]

Hiermee wierp hij een interpretatiekwestie op. Was de discretionaire bevoegdheid opgenomen in art. 780 lid 1 OBW, 'De erfpachter *kan* van zijn regt worden vervallen verklaard (…)', mede gericht tot de rechter of alleen tot de erfverpachter? Het hof onderzocht deze stelling in het toepasselijke oudhollands recht en kwam tot de conclusie dat de sanctie vervallenverklaring van een erfpachtrecht wegens het niet betalen van de canon al op grond van het Romeins recht mogelijk was geweest. Gezaghebbende auteurs van het Rooms-Hollands recht zoals Groenewegen, De Groot, Voet, Van der Keessel en Van der Linden hadden bevestigd dat deze praktijk altijd geldig was gebleven, inclusief de mogelijkheid voor de erfpachter om vervallenverklaring te voorkomen door betaling van het achterstallige aan te bieden binnen een kort tijdsverloop na de vervaldag. Deze regels werden gecodificeerd in art. 1574 WNH, in art. 15 van de wet van 10 januari 1824, art. 14 van de wet van 29 maart 1833 en in 1838 opgenomen als art. 780 in het OBW. Nergens echter werd aan de rechter overgelaten die vervallenverklaring niet uit te spreken indien, in moderne termen gezegd, de omstandigheden van het geval meebrachten dat die vervallenverklaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht:

> '(…) dat noch in die geschiedenis, noch in de beraadslagingen over het 2e lid van art. 780 B.W., steun gevonden wordt voor de stelling, dat door het in die wetsbepaling gebezigde woord "kan" aan het beleid van den regter zou worden overgelaten de uit overeenkomst voortspruitende, op pachtbreuk gevestigde vordering van vervallen, naar goedvinden aan te nemen of af te wijzen;'[329]

Daarmee was het beroep op de discretionaire bevoegdheid van de rechter tevergeefs, de bevoegdheid tot vervallenverklaring behoorde uitsluitend aan de erfverpachter. Nu de erfpachter volgens de voorschriften was aangemaand en de erfverpachters acht maanden hadden gewacht alvorens de rechtsvordering in te stellen en de erfpachter in die tijd het verzuim niet had hersteld, kon ook het hof niet anders dan de vervallenverklaring van het recht bevestigen. Het goederenrecht, in een consequente lijn van de oudste tot de nieuwste bronnen, bood het hof in een dergelijk geval geen ruimte om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. Waarbij het er eigenlijk om ging dat de erfpachter inbreuk maakte op het eigendomsrecht van de erfverpachters door zijn rechtsverhouding tot hen niet te erkennen.

Een andere erfpachter handelde nalatig door niet tijdig aan de erfverpachter te laten weten dat hij na het einde van de looptijd van zijn recht gebruik wilde maken van zijn koopoptie of, als dat niet mogelijk was, het recht wilde verlengen.[330] Omdat de erfpachter niet aan de voorwaarden van de koopoptie voldeed bood de erfverpachter hem in plaats daarvan een nieuw erfpachtrecht aan tegen nieuwe

328 Hof Amsterdam 12 november 1880, *W*. 4621, p. 2, linkerkolom.
329 Hof Amsterdam 12 november 1880, *W*. 4621, p. 2, linkerkolom.
330 Hof Gelderland 31 maart 1852, *W*. 1351 (*erfpachter/Polderdistrict*).

voorwaarden en een ongewijzigde canon. De erfpachter weigerde dit aanbod en deed in de daaropvolgende rechtszaak onder meer een beroep op het voortbestaan van zijn recht op grond van art. 779 OBW.[331] Het hof verwierp dit beroep omdat uit deze bepaling volgde dat het erfpachtrecht na het einde van de looptijd van rechtswege was vervallen en de erfverpachter direct zijn vol eigendom had teruggekregen:

> '(...), dat bij art. 7 van den 7den titel van de wet van de 19 Dec. 1833 (Stbl. no. 65) wordt bepaald (...); dat hieraan geene andere beteekenis kan worden gehecht, dan dat, door het verstrijken van den termijn, de eigenaar in zijne volle regten terugkeert, en dat er eene uitdrukkelijke daad vereischt wordt (niet stilzwijgend) om het genot aan den erfpachter bij voortduring te verzekeren (zie Asser, ad. art. 779); dat intusschen die uitdrukkelijke daad hier niet alleen niet aanwezig is, maar dat de app., blijkens het exploit van den 21 Dec. 1850, zelf het aangaan van eene nieuwe overeenkomst van erfpacht heeft noodzakelijk geacht, terwijl het geïntimeerde bestuur, bij exploit van den 29 Febr., uitdrukkelijk heeft kenbaar gemaakt de erfpacht als geëindigd te beschouwen, zijnde eindelijk door den app. geen het minste bewijs geleverd, dat hij tusschen den 31 Dec. en den 12 Febr. eenige daden van bezit op de vroeger door hem bezeten grondstukken heeft uitgeoefend, zoodat hier zeer zeker niet aan het bij voortduring bestaan van het erfpachtsregt kan worden gedacht;'[332]

Dit lijkt mij een onjuiste interpretatie van art. 779 OBW, dat in de wet was opgenomen ter bescherming van de erfpachter tegen een al te abrupt einde van zijn gebruiksrecht en dat de rechtsverhouding juist nog enige tijd liet doorlopen ten behoeve van onderhandelingen over voortzetting.[333] De bepaling maakte onderscheid tussen vernieuwing en voortduring van het erfpachtrecht. Voor vernieuwing van het recht, verlenging daaronder begrepen, was een actieve handeling nodig. Zolang partijen die handeling achterwege lieten duurde het gebruiksrecht voort, ook na het einde van de looptijd, dat was het 'bij voortduring blijven bestaan' tegen de bestaande voorwaarden. De erfverpachter kon aan die voortduring door opzegging een einde maken en dan diende de erfpachter het perceel te ontruimen. Uit de wetsgeschiedenis bleek niet duidelijk wat de betekenis was van het woord 'kan' in de frase 'kan hetzelve bij voortduring blijven bestaan', mogelijk werd bedoeld dat de erfverpachter het in zijn macht had te bepalen dat dit kon of niet kon. De onjuiste lezing van het hof ging terug op het handboek van Asser uit 1838.[334] Het vernieuwen en het voortduren van het recht werden ten onrechte door elkaar gehaald met als gevolg dat de bedoeling van art. 779 OBW

331 Art. 779 OBW: "Wanneer het erfpachtsregt door het verloop des tijds is geëindigd, wordt hetzelfve niet stilzwijgend vernieuwd, doch kan hetzelve bij voortduring blijven bestaan tot wederopzegging toe."

332 Hof Gelderland 31 maart 1852, *W.* 1351, p. 2 rechterkolom.

333 Voorduin 1837 III, p. 526-527: "Bij het verslag der centrale afdeeling (18 December 1823) bleven verscheiden leden van gevoelen, 'dat het contract van erfpacht, niet *van regtswege* (*ipso jure*) moet vervallen, en dat, zoo de eigenaar niet diligent is geweest vóór het einde van het laatste jaar, de erfpachter nog een jaar in het genot moest blijven en zoo vervolgens'." Nadruk in origineel. De bedoeling van het wetsartikel was om te voorkomen dat een erfpachter onverhoeds en plotseling zijn recht kwijtraakte. Anderzijds diende de erfpachter wiens recht was geëindigd het perceel te ontruimen zodra de grondeigenaar, die zijn volle eigendomsrecht na het einde van de looptijd van het erfpachtrecht had teruggekregen, zulks verlangde. Art. 779 OBW verenigde de belangen van beide partijen.

334 Asser 1838, p. 278: "Daar, na het ophouden van het regt, de eigenaar in zijne volle regten terugkeert, wordt er eene uitdrukkelijke daad vereischt, om het genot aan den erfpachter bij voortduring te verzekeren."

werd gepasseerd.[335] Een correcte interpretatie van de bepaling zou in dit geval geen verschil hebben gemaakt nu de erfverpachter duidelijk had doen blijken dat het recht was geëindigd en de erfpachter niet tijdig van zijn bevoegdheid tot vernieuwing gebruik had gemaakt.

De rechtbank Middelburg paste art. 779 OBW correct toe, in lijn met de bedoelingen van de wetgever zoals die bleken uit de parlementaire geschiedenis.[336] Het recht uit deze zaak was in 1835 voor dertig jaar gevestigd en in 1865 geëindigd. Daarna had het recht voortgeduurd, de erfpachtster had het gebruik van de grond gehad en de canon betaald en pas nadat die situatie zeventien jaar had geduurd zegde de erfverpachter het recht in 1882 op. De erfpachtster verweerde zich met de stelling dat zij een recht voor onbepaalde duur had verkregen en dat de woning haar eigendom krachtens opstalrecht was, maar slaagde niet in het bewijs van die stellingen.[337] Een enkele kwitantie toonde niet anders aan dan dat er eenmalig een canon was betaald en vormde geen bewijs voor het bestaan van een zakelijk recht van onbepaalde duur in weerwil van de opzegging.

De uitlegregels van het verbintenissenrecht konden in de vorm van aanvullend recht ook op zakelijke rechten worden toegepast. Bij de uitleg van overeenkomsten moest volgens art. 1379 OBW naast de letterlijke tekst van de overeenkomst ook en vooral de partijbedoeling ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in acht worden genomen. In een arrest uit 1882 werden de regels voor de uitleg van overeenkomsten toegepast op 'het tussen partijen bestaande contract'.[338] Uitleg was in dit geval nodig om de duur van het erfpachtrecht naar de partijbedoeling te bepalen en om te beoordelen of de grondeigenaar bevoegd was tot opzeggen. Op goederenrechtelijke wijze, uit de vestigingsakte en de wet, kon namelijk geen uitsluitsel over de duur van het recht worden afgeleid. De vraag of het recht door verloop van tijd was geëindigd toen de grondeigenaar het recht in 1876 opzegde werd door het hof ontkennend beantwoord met behulp van wetsuitleg in het licht van de partijbedoeling en gewoonterecht.[339] Art. 2 van de wet van 10 januari 1824 had de maximale duur van een erfpachtrecht vastgesteld op 99 jaar. Nu bij uitgifte geen duur was afgesproken moest worden aangenomen dat, de wetsbepaling weggedacht, het de bedoeling van partijen was geweest een recht voor altijd te vestigen, conform het voorheen geldende gewoonterecht. Onder de werking van de wet van 10 januari 1824 nam het hof daarom een duur van het erfpachtrecht van 99 jaar aan omdat dat het dichtst bij de bedoeling van partijen kwam:

335 Meer oog voor de balans in de rechtsverhouding had Diephuis 1857, p. 395: "Billijk was daarentegen de voortduring tot wederopzegging toe."

336 Rb. Middelburg 11 oktober 1882, *W*. 4833 (*Waterschap van de uitwatering der vereenigde polders van de Sluis tegen den Magdalenapolder/Van de Waarhede*).

337 Rb. Middelburg 11 oktober 1882, *W*. 4833, p. 4 linkerkolom: '(…) dat het met deze wetsbepaling [art. 779 OBW] en de daarover gevoerde beraadslaging te eenenmale in strijd is om te beweren, gelijk bij pleidooi voor de ged. is gedaan, dat wanneer, gelijk in deze de erfpacht na verloop van den daarvoor bepaalden tijd *matuo consensu* doorloopt daardoor een nieuw contract van erfpacht ontstaat voor onbepaalden tijd, waarop art. 766 B.W. moet toegepast worden;' Nadruk in origineel.

338 HR 13 januari 1882, *W*. 4729 (*Brink/Spijker en Timmerman*). Ook in HR 1 februari 1861, *W*. 2247 (*Bestuur der Registratie/Cosman*) was sprake van uitleg van de akte, aan de hand van een tekstuele uitleg van de vestigingsakte werd bepaald dat het object van het recht ook de gebouwen omvatte.

339 Hof Arnhem 9 januari 1881, *W*. 4792 (*Spijker en Timmerman/Brink*). In dezelfde zin HR 1 maart 1878, *W*. 4222 (*Hervormde Gemeente Harmelen/De Leeuw*).

> '(...), dat, ware, tijdens zoodanige wetsbepaling nog niet bestond, het onderwerpelijke erfpachtsregt gevestigd zonder bepaling van duur, het dan wegens het ontbreken van een termijn ad quem voor altijd zou zijn gegeven, doch dat het, onder de werking van gezegd artikel, zonder termijnsbepaling tot stand gekomen, dientengevolge, hoezeer geenszins als daarom ab initio volstrekt nietig kunnende worden beschouwd, hetgeen ook niet is beweerd, toch wat den duur betreft moet worden beperkt, en dit wel tot den bij het art. veroorloofden langsten termijn, waarvoor partijen het hadden kunnen bedingen, als het minst afwijkende van eene vestiging voor altijd, welke in de uitgifte zonder termijnsbepaling op zich zelve ligt opgesloten;'[340]

Nu het recht in 1831 was gevestigd voor de duur van 99 jaar was het recht in 1876 nog niet door tijdsverloop geëindigd zodat de grondeigenaar op dat moment niet bevoegd was tot opzegging[341] en de vordering werd afgewezen. Deze uitspraak betrof het verbintenisrechtelijke toetsingskader van de partijbedoeling ten aanzien van de inhoud van een erfpachtrecht, in een geval waar het goederenrecht geen uitsluitsel bood. De uitleg van de vestigingsakte in het licht van voormalig gewoonterecht, een vestiging voor onbepaalde tijd, kon vervolgens onder de werking van de erfpachtwet worden gebracht als een vestiging voor 99 jaar.

2.4.1.5 Zakelijke of persoonlijke rechtsvordering

Onbetwist was dat een vordering tot vervallenverklaring van erfpacht een zakelijke rechtsvordering was.[342] Dat was niet zo duidelijk ten aanzien van de verplichting van de erfpachter om aan de grondeigenaar een jaarlijkse canon te betalen, het schoolvoorbeeld van een uit het erfpachtrecht voortvloeiende verbintenis. Er ontstonden geregeld geschillen over de vraag of de canonverplichting als een persoonlijke of een zakelijke verbintenis moest worden beschouwd. Het duidelijkst kwam de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter naar voren in arresten waarin de competentie van de kantonrechter centraal stond. Op grond van art. 129 van het toenmalige wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering was de kantonrechter uitsluitend bevoegd te oordelen over persoonlijke rechtsvorderingen en werden zakelijke rechtsvorderingen beoordeeld door de rechtbank. Het was dus de vraag of de verplichting tot canonbetaling die op de erfpachter rustte een persoonlijke verbintenis jegens de grondeigenaar was of een verplichting die deel uitmaakte van de inhoud van het zakelijk recht en daarmee een zakelijke verplichting. In het eerste geval had de grondeigenaar bij wanbetaling een persoonlijke rechtsvordering waarover de kantonrechter bevoegd was te oordelen, in het tweede geval had hij een zakelijke rechtsvordering en diende hij deze aan de rechtbank

340 Hof Arnhem 9 januari 1881, *W*. 4792, p. 2 linkerkolom. Anders: De A-G in HR 13 januari 1882, *W*. 4729 die concludeerde dat de akte in dat licht in het voordeel van de erfpachter moest worden uitgelegd en dat het recht dus voor onbepaalde duur was gevestigd. In dezelfde zin Reepmaker 1931, p. 139, noot 6: "Bestaat er twijfel omtrent den duur van het recht, dan moet deze ten voordeele van den erfpachter uitgelegd worden."

341 Art. 14 Wet van 10 januari 1824, *Stb*. 1824, 14 en art. 779 OBW: "Wanneer het erfpachtsregt door den verloop des tijds is geëindigd, wordt hetzelve niet stilzwijgend vernieuwd, doch kan hetzelve bij voortduring blijven bestaan tot weder opzegging toe."

342 HR 26 februari 1864, *W*. 2568 (*Domeinen/erfpachter*).

voor te leggen. Deze procesrechtelijke regel gaf aanleiding tot beschouwingen over de aard van de canonverplichting bij erfpacht.[343]

We hebben daarvan al een voorbeeld gezien in de zaak over de verhoging van de canon bij verlenging van het erfpachtrecht.[344] Het kwam regelmatig voor dat de kantonrechter zich op grond van art. 38 lid 2 RO (oud) niet bevoegd achtte over zakelijke rechtsvorderingen te oordelen en de zaak naar de rechtbank verwees.[345] In een veelbesproken zaak werd de aard van de verplichting vastgesteld aan de hand van het verschil tussen de canon bij erfpachtrechten en een afgesproken vergoeding bij een recht van opstal, retributie of solarium genoemd.[346] Daarbij werd betekenis gehecht aan het feit dat bij erfpacht de canon volgens art. 767 OBW een verplicht onderdeel van het recht uitmaakte en de vergoeding bij het opstalrecht niet in de wet geregeld was.

De zaak ging om twee percelen op een dijk die in 1870 door de dorpspolder van Zaltbommel in opstal waren uitgegeven aan een aannemer en waarvan de opstalhouder de jaarlijkse betaling van het overeengekomen solarium per 1 mei 1879 niet had betaald. Opstalhouder Bongaards stelde die betaling niet verschuldigd te zijn omdat hij in 1874 het opstalrecht had verkocht aan een derde, die dit recht weer had doorverkocht aan een volgende. De Polder erkende de overdracht van het opstalrecht, maar stelde dat de persoonlijke verplichting tot betaling van solarium nog steeds op Bongaards rustte, als een verbintenis voortvloeiend uit het contract dat zij in 1870 hadden gesloten en vorderde in rechte betaling.[347] De kantonrechter stelde zich ambtshalve de vraag naar zijn bevoegdheid, of zijn oordeel een persoonlijke of een zakelijke rechtsvordering betrof. Het recht van opstal was een wettelijk geregeld zakelijk recht, waarbij de vergoeding, het solarium, weliswaar geen essentieel vereiste was, maar wel al sinds Romeins recht gebruikelijk werd bedongen. De betalingsverplichting maakte naar het oordeel van de kantonrechter deel uit van het zakelijk recht als een kwalitatieve verplichting van de opstalhouder en was ook als zodanig in de akte opgenomen. Op grond van de aard van de verplichting en de bedoeling van partijen rustte de betalingsverplichting op de opstalhouder in zijn hoedanigheid van zakelijk gerechtigde en was er dus sprake van een zakelijke rechtsvordering:

> ‘dat derhalve èn volgens den aard van het beding in het algemeen èn volgens de bedoeling van partijen, de verpligting tot betaling van een jaarlijkschen termijn niet rust op een bepaald persoon

343 En bij andere zakelijke rechten: in HR 7 mei 1847, *W*. 829 (*tiendrecht*) besliste de Hoge Raad dat de vordering tot betaling van tienden een zakelijke rechtsvordering was omdat deze op het land rustte. Bij erfpacht was dat minder duidelijk, maar in HR 8 november 1889, *W*. 5793 (*Veen/Haarlem*) werd beslist dat een vordering tot betaling van achterstallige canon een zakelijke rechtsvordering was.

344 Rb. Dordrecht 4 april 1894, *W*. 6532 (*Hervormde Gemeente Ridderkerk/Velthuizen*).

345 Bijvoorbeeld HR 8 november 1889, *W*. 5793 (*Veen/Haarlem*) in vervolg op Hof Amsterdam 8 februari 1889, *W*. 5708 (*Haarlem/Veen*). Zie ook Hof Den Haag 28 maart 1881, *W*. 4801 *(Vereeniging der geïnteresseerden in de Gors en Ambachtsheerlijkheid Zuid-Beijerland/Volker)*, alledrie uitspraken in incident omtrent de bevoegdheid van de kantonrechter te oordelen over een vordering tot betaling van (achterstallige) erfpachtcanon.

346 Bij een vordering tot betaling van een bedongen retributie hing het ervan af of dit om een eenmalige koopsom ging of een geregelde betaling als vergoeding voor het opstalrecht. De eerste was een overeenkomst en de tweede een zakelijke vordering, aldus HR 30 december 1881, *W*. 4727 (*Bongaards/Dorpspolder Zaltbommel*). Hierover Roëll 1888, die een onderscheid maakte naar de aard van de rechtsvordering, die hier zakelijk was, en de werking van de rechtsvordering die zowel absoluut (eenieder diende zich te onthouden van inbreuk) als relatief (een bepaald persoon diende een verplichting na te komen) kon zijn.

347 Ktr. Zaltbommel 3 december 1879, *W*. 4727 (*Dorpspolder Zaltbommel/Bongaards*).

> maar op hem die het zakelijk regt van opstal heeft: en dat hier dus niet wordt gevraagd de vervulling van eene persoonlijke verbindtenis, maar van een zakelijk regt;'[348]

De kantonrechter verklaarde zich ambtshalve onbevoegd van deze actie kennis te nemen. De Polder stelde hoger beroep in omdat hij bleef bij de stelling dat het om een persoonlijke verbintenis ging. Officier van Justitie Alpherts concludeerde tot bekrachtiging van het vonnis van de kantonrechter omdat het in dit geval ging om een zakelijke rechtsvordering tot nakoming van een betalingsverplichting die was verknocht aan het recht en rustte op degene die dat recht in bezit had.[349]

De rechtbank Tiel volgde die conclusie niet en stelde voorop dat de aard van de ingestelde vordering samenhing met de aard van het recht. Niet beslissend was echter dat de betalingsverplichting tot de inhoud van het opstalrecht behoorde. Partijen hadden ook een betaling ineens of een persoonlijke dienstbaarheid kunnen afspreken en dat waren dan persoonlijke verplichtingen geweest als onderdeel van een opstalrecht. De afspraak tot betaling van een jaarlijkse som was uit zijn aard een persoonlijk recht:

> '(…) dat daaromtrent echter niet beslissend is de omstandigheid, dat de betaling bij de vestiging van het regt van opstal en ter zake daarvan is bedongen en dus daarmede één geheel zou vormen; (…) dat een bij contract bedongen regt op jaarlijkse betaling van een zekere som uit zijn aard en in het algemeen is een zuiver persoonlijk regt en de verpligting tot betaling er van eene zuiver persoonlijke verbindtenis;'[350]

De schuldplichtigheid had in dit geval geen zakelijk karakter omdat deze niet 'op het goed gevestigd' was, maar 'bij contract bedongen'. De ingewikkelde redenering van de rechtbank kwam erop neer dat de opstalhouder de verplichting zou hebben gevestigd voorafgaand aan de vestiging van het recht van opstal en dat die verplichting daarna als een soort last op de opstal zou rusten en daarmee een kwalitatieve verbintenis was. Bij de uitleg van de akte als de overeenkomst tot vestiging van het opstalrecht maakte de rechtbank gebruik van het verbintenisrechtelijke art. 1380 OBW. De rechtbank concludeerde dat de Polder een persoonlijke rechtsvordering had ingesteld en dat de kantonrechter dus bevoegd was daarover te oordelen.

De voormalige opstalhouder ging in cassatie.[351] A-G Van Maanen concludeerde dat de stelling dat de betalingsverplichting bij een opstalrecht alleen een zakelijke verplichting kon zijn onjuist was. De opstalhouder kon zich ook persoonlijk verbinden. De verplichting stond niet gelijk aan de canon bij erfpacht omdat de 'pensio' geen essentieel element van een recht van opstal was. Een erfpachtrecht zonder canon was niet mogelijk, ook niet op grond van art. 782 OBW, maar een opstalrecht zonder solarium kon wel rechtsgeldig gevestigd worden. Een solarium was niet verknocht aan het recht zodat naar de aard en de verschuldigdheid het solarium niet per definitie een zakelijke verplichting was. Uitleg van de term

348 Ktr. Zaltbommel 3 december 1879, *W*. 4727, p. 1 middelste kolom.
349 Rb. Tiel 4 februari 1881, *W*. 4727 (*Dorpspolder Zaltbommel/Bongaards*), p. 2 linkerkolom.
350 Rb. Tiel 4 februari 1881, *W*. 4727, p. 2 middelste kolom.
351 HR 30 december 1881, *W*. 4727 (*Bongaards/Dorpspolder Zaltbommel*).

‘de opstaller’ in de vestigingsakte als de contractant of zijn rechtsopvolger was een feitelijke vraag die in cassatie niet beantwoord kon worden, maar de uitleg op de voet van art. 1380 OBW was juist zodat de verplichting als een persoonlijke moest worden beschouwd. Ook bij erfpacht konden partijen, naast canon, persoonlijke verplichtingen overeenkomen zodat de A-G concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad volgde deze conclusie niet en maakte korte metten met het vonnis van de rechtbank en alle ingewikkelde redeneringen. Bij de vestiging van een recht van opstal konden partijen op grond van art. 764 OBW een jaarlijkse betaling bedingen. Die betaling kon ten eerste een betaling van de koopprijs in termijnen zijn door de bepaalde koper van het recht en was dan een persoonlijke verplichting. De betaling kon ook een jaarlijkse vergoeding door de opstalhouder betreffen, een solarium, en was dan een zakelijke last verbonden aan het opstalrecht die rustte op degene die de hoedanigheid van opstalhouder had. Omdat het in dit geval om de tweede variant ging was sprake van een zakelijk recht en een zakelijke rechtsvordering. Art. 1380 OBW was niet van toepassing. Het vonnis van de rechtbank werd vernietigd en de Polder niet ontvankelijk verklaard in zijn vordering tegen de oorspronkelijke opstalhouder voor een betaling die was verschuldigd over een periode nadat hij zijn recht had overgedragen.

Het arrest kreeg aandacht in de literatuur.[352] Dat gold eveneens voor het vergelijkbare oordeel van de rechtbank Alkmaar in 1905.[353] Deze zaak ging over het gebruik van een strook grond in erfhuur voor *f* 10,- per jaar, waarbij erfhuur een speciale vorm van huur was die vooral voor landerijen werd gebruikt. In deze uitspraak stond de vraag centraal of het polderbestuur als grondeigenaar een zakelijke of een persoonlijke vordering had ingesteld tegen de gedaagde erfhuurder. De rechtbank oordeelde dat erfhuur gelijk gesteld moest worden aan erfpacht en dat de vordering tot betaling van erfhuur of canon een zakelijke rechtsvordering was en baseerde dit oordeel op een uitleg van de begrippen huur en pacht naar oudhollands en tegenwoordig recht:

> ‘(...) toch dat in het Oud-Hollandsch Recht, – zoowel als in het tegenwoordige, – onder huur hetzelfde wordt verstaan als onder pacht, correspondeerende beide met de in het Romeinsche Recht bekende locatio-conductio en bestaande tusschen deze woorden alleen dit verschil, dat het woord huur van meer algemeene beteekenis is, terwijl daarnaast het woord pacht slechts gebruikelijk is bij enkele soorten van huur, speciaal betreffende landerijen (…) zodat *erfhuur* geheel gelijk moet worden gesteld met *erfpacht*, (…);’[354]

Ten aanzien van de betaling van de canon werd uitdrukkelijk in de wet vermeld dat deze betaling geschiedde als erkenning van de eigendom van de grond door de erfpachter,

352 Onder meer van Van Boneval Faure 1882, p. 154-157 en van Roëll 1888, zie voor de opvattingen uit de doctrine het behandelde in par. 2.3.4.
353 Rb. Alkmaar 29 juni 1905, *W*. 8313 (*Polder De Schermer/Graftdijk*). Zie daarover onder meer Houwing 1906 en de overige opvattingen behandeld in par. 2.3.4.
354 Rb. Alkmaar 29 juni 1905, *W*. 8313, p. 2 rechterkolom. Nadruk in origineel.

> 'Zoodat, indien betaling van den canon gevraagd wordt, dit tevens implicite in zich houdt de vordering tot erkentenis van de bestaande erfhuur of erfpacht en dat derhalve wordt ingeroepen de beslissing over het bestaan van een zakelijk recht, zoodat de Rechtbank bevoegd is van deze zaak kennis te nemen;'[355]

Doordat betaling van de canon niet alleen het voldoen aan een verbintenis was, maar tevens de functie had het zakelijke recht van eigendom van de grondeigenaar te erkennen, was een vordering tot canonbetaling zakelijk van aard en was de rechtbank bevoegd daarover te oordelen.

De vanuit een later perspectief schijnbaar nutteloze recognitiefunctie van de canon kreeg daarmee enig reliëf. Vanuit het oogpunt van de rechtsverhouding kon de recognitiefunctie beschouwd worden als een jaarlijkse bevestiging van het bestaan van de rechtsverhouding tussen twee bepaalde partijen. Vanuit een procesrechtelijk oogpunt had de recognitiefunctie van de canon het effect dat de rechtsvordering als zakelijk kon worden opgevat. In de doctrine werd deze zienswijze niet gevolgd en werd vastgehouden aan de canonbetaling als een persoonlijke verbintenis.

2.4.1.6 Samenvatting rechtspraak 1838-1905

Er werd in de erfpachtjurisprudentie van de Hoge Raad uit de periode 1838-1905 een enkele keer gerefereerd aan de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter, maar op hun geschillen omtrent betaling van de canon of vervallenverklaring van het recht was het verbintenissenrecht niet van toepassing omdat dit zakelijke rechtsvorderingen waren waarvoor de wet een regeling bevatte. Voor de uitleg van de vestigingsakte werd indien nodig en in de vorm van aanvullend recht teruggegrepen op de regels voor de uitleg van overeenkomsten. Daarmee werd de verbintenisrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding erkend en qua uitleg in het juiste toepasselijke recht geplaatst, tenzij het ging om wettelijk geregelde inhoud zoals de canonbetaling. De rechtsverhouding werd daarnaast veelal in verbintenisrechtelijke termen beschreven. Naast het geldende recht werd de partijbedoeling bij vestiging zoals neergelegd in de vestigingsakte (objectief uitgelegd) of zoals blijkend uit het voorheen geldende gewoonterecht in acht genomen. Daarbij kon bij wijze van aanvullend recht toepassing worden gegeven aan de regels voor de uitleg van overeenkomsten uit Boek 3 (art. 1378 e.v. OBW) indien goederenrechtelijke regels ter zake ontbraken of tekortschoten. Een enkele keer werd bij de uitleg van erfpachtvoorwaarden een redelijkheidstoets toegepast. De gebruikte argumenten duiden op een zoeken naar manieren om het door de wetgever niet geregelde verbintenisrechtelijke aspect van de rechtsverhouding in te passen in het stelsel van de wet. Daarbij vormden het strikte onderscheid in goederenrecht en verbintenissenrecht, maar ook het aan de absolute bevoegdheid van de rechter ten grondslag liggende procesrechtelijke onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechtsvorderingen moeilijk te nemen hordes. De recognitiefunctie van de erfpachtcanon bleek hier een bemiddelende functie te kunnen vervullen. Ten aanzien van een vergelijkbare vergoeding bij opstalrech-

355 Rb. Alkmaar 29 juni 1905, *W.* 8313, p. 3 linkerkolom.

ten, waar een wettelijke vermelding ontbrak, was dat veel moeilijker. In het algemeen bevestigde deze rechtspraak de eerdere bevindingen dat de aard van het recht beslissend was voor de vraag of een daaruit voortvloeiende verbintenis zakelijke werking had.

2.4.2 Rechtspraak 1905-1992

In de eerste helft van de twintigste eeuw beleefde de stedelijke erfpacht een aanzienlijke groei. Toen vanaf de jaren zestig de grondwaarden gingen stijgen ontstonden conflicten over canonverhoging en wijziging van de erfpachtvoorwaarden. Deze ontwikkelingen vonden hun weerslag in de erfpachtjurisprudentie van de Hoge Raad. Daarnaast werd vanaf het einde van de jaren veertig gewerkt aan een nieuw Burgerlijk Wetboek en wierpen de voorgestelde veranderingen in de erfpachtregels hun schaduwen vooruit in de rechtspraak. Vanaf de jaren zeventig wordt in de rechtspraak meer aandacht besteed aan de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter, mede als gevolg van de vraag naar de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden.[356] Na een korte bespreking van het arrest Blaauboer/Berlips (par. 2.4.2.1) komen uitspraken aan de orde die bepaalde begrippen verduidelijken (par. 2.4.2.2) en uitspraken over de omvang van het erfpachtrecht (par. 2.4.2.3). Ook in deze periode speelde het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten een belangrijke rol (par. 2.4.2.4), onder meer bij de uitleg van art. 779 OBW (par. 2.4.2.5). Uiteraard komen uitspraken over de rechtsverhouding aan bod (par. 2.4.2.6) en over de werking van het verbintenisrechtelijke begrip goede trouw (par. 2.4.2.7). De bespreking wordt besloten met enige uitspraken van lagere rechters (par. 2.4.2.8) en een samenvatting van bevindingen (par. 2.4.2.9).

2.4.2.1 Arrest Blaauboer/Berlips 1905

Met het arrest Blaauboer/Berlips van 3 maart 1905 markeerde de Hoge Raad het strikte onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht met het oordeel dat aan contractuele bedingen geen zakelijke werking kon worden toegekend.[357] Bij de verkoop van een perceel grond werd door de koper bedongen dat de verkoper op een aangrenzende strook grond een openbare weg zou aanleggen. Toen de verkoper daarmee in gebreke bleef en de koper zijn schade wilde verhalen verwees de verkoper vergeefs naar de opvolgende eigenaar van de aangrenzende strook grond. Een dergelijke obligatoire verplichting kon volgens het stelsel van de wet niet overgaan op rechtsopvolgers tenzij dit uitdrukkelijk bij wet was voorzien of werd gevestigd in de vorm van een zakelijk recht. Een andere opvatting, zoals in de jurisprudentie met enige regelmaat was te vinden geweest en die aansloot bij de behoeften van de praktijk, zou betekenen dat:

356 Voor deze periode zijn in totaal 134 uitspraken geselecteerd. De 42 gepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad zijn allemaal bestudeerd en worden besproken in de par. 2.4.2.1-2.4.2.7. Van de 42 uitspraken van hoven en de 51 uitspraken van rechtbanken en kantongerechten is een selectie gemaakt van acht uitspraken waarin de rechtsverhouding centraal stond. Die uitspraken worden besproken in par. 2.4.2.8.

357 HR 3 maart 1905, *W*. 8191 (*Blaauboer/Berlips*).

> '(…) de in onze burgerlijke wetgeving bestaande scherpe onderscheiding tusschen zakenrecht en verbintenissenrecht wordt uitgewischt;'[358]

De betekenis van het dogmatische arrest Blaauboer/Berlips voor dit onderzoek ligt vooral in de duidelijke markering van het onderscheid tussen zakelijk werkende bedingen en obligatoire afspraken bij overeenkomsten. Omdat erfpachtrechten volgens de wet zakelijk van aard waren, waren alle daaraan verbonden bedingen in beginsel ook zakelijk van aard. Het arrest betekende met name een verschil voor verplichtingen die aan overeenkomsten waren verbonden. De nieuwe leer dat bij overeenkomst geen zakelijk recht gevestigd of overgedragen kon worden werd bevestigd in het bloembollen-arrest uit 1937.[359] Hierin stelde de veilingkoper van een stuk teeltgrond dat hij door natrekking ook eigenaar was geworden van de bloembollen die zich in de grond bevonden. Deze bollen waren echter al eerder verkocht aan Bloembollenhuis, maar door een leveringsgebrek niet in eigendom overgegaan. Partijen hadden beter een opstalrecht op de bloembollen kunnen vestigen, net als Blaauboer voor de verplichting tot het aanleggen van de weg een erfdienstbaarheid had moeten bedingen.

Het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht werd na dit arrest zo uitgelegd dat zakelijk werkende bedingen niet bij overeenkomst konden ontstaan, maar alleen door een zakelijk recht te vestigen. Dat betekende dat het bij het vestigen van beperkte rechten gebruikelijk werd zoveel mogelijk bedingen in de vestigingsakte op te nemen zodat de zakelijke werking daarvan niet betwijfeld kon worden. De algemene erfpachtvoorwaarden die in het kader van stedelijke erfpacht steeds meer werden toegepast konden dan ook uit omvangrijke boekwerken bestaan. Overigens vormde opname in de erfpachtvoorwaarden nog geen garantie voor zakelijke werking, maar inschrijving verlichtte wel de bewijslast van het bestaan van de afspraak.

De nieuwe leer bepaalde echter niets over de omgekeerde vraag of bij vestiging van een zakelijk recht verbintenissen konden ontstaan. Net als in de negentiende-eeuwse rechtspraak werd in lagere rechtspraak van de twintigste eeuw soms onderscheid gemaakt tussen zakelijke en persoonlijke verplichtingen uit erfpachtrechten en werd soms rekening gehouden met de omstandigheden van het geval en de hoedanigheid van partijen. Dit gebeurde met name waar aansluiting werd gezocht bij de bedoeling van de wetgever met de bepalingen over vervallenverklaring van het recht, bescherming van de erfpachter tegen willekeur van de erfverpachter.

2.4.2.2 Begripsverduidelijking

Aan het begin van de twintigste eeuw bestond nog behoefte aan verduidelijking van wettelijke bepalingen en leerstukken omtrent erfpacht. Bij oude rechten diende de vermeende erfpachter aan te tonen dat hij door verjaring een zakelijk

358 Heyman 2002 bevat een uitvoerig overzicht van de achtergrond en betekenis van het arrest.
359 HR 10 december 1937, *NJ* 1938/335 (*Hollandsch Bloembollenhuis/Anna Paulowna*).

recht had verkregen.[360] Bezit van de grond en betaling van een jaarlijkse vergoeding waren niet voldoende om eigendom belast met grondrente aan te tonen. Een recht van erfpacht onderscheidde zich naar buiten onvoldoende van het recht van eigendom, zoals opgemerkt door het hof en benadrukt door E.M. Meijers in een noot bij het arrest uit 1915.[361] Het beginsel dat derden te goeder trouw mochten afgaan op hetgeen was ingeschreven in de openbare registers werd bevestigd in een arrest uit 1940.[362] Art. 768 OBW over de bevoegdheden van de erfpachter bracht mee dat deze bevoegd was het in erfpacht gegeven perceel af te sluiten voor derden, ook al was het betreffende gebied in de eeuwen daarvoor steeds publiek toegankelijk geweest.[363]

Indien in de erfpachtvoorwaarden een bouwplicht was opgenomen, waren veelal ook publiekrechtelijke regels van toepassing zoals het vereiste van een bouwvergunning en goedkeuring van de bouwplannen door de gemeente als erfverpachter. In een arrest uit 1941 over precariobelasting werd geoordeeld dat uit de bouwplicht en het goedkeuringsvereiste niet de vestiging van een zakelijk recht (van erfdienstbaarheid) kon worden afgeleid.[364] De rechtbank legde de erfpachtvoorwaarden naar de bedoeling van partijen uit en dat oordeel was feitelijk zodat het in cassatie niet getoetst kon worden. De Hoge Raad kwam daarom niet toe aan toetsing van de stelling van de erfpachter dat de erfpachtovereenkomst beschouwd moest worden als een 'wederkerige overeenkomst met zakelijke werking' waarop de bepalingen over de uitleg van overeenkomsten uit afdeling 2.4 van Boek 3 OBW van toepassing waren. De uitleg van erfpachtvoorwaarden volgens partijbedoeling wees daar wel op.

De wettelijke bepalingen over erfpacht dienden strikt te worden uitgelegd zoals bleek uit een arrest over art. 776 lid 2 OBW over kwijtschelding van de canon indien de erfpachter vijf jaar achtereen geen genot van de grond had gehad.[365] In casu waren de door de erfpachter verplicht gebouwde woonhuizen bij een bombardement op Amsterdam in 1943 verwoest en had de erfpachter gedurende meer

360 In HR 26 februari 1915, *W*. 9864, *NJ* 1915, p. 625 (*Van der Vegte/Nederlandsche Hervormde Gemeente Zwolle*) kon de grondeigenaar zijn eigendom en de uitgifte in erfpacht in 1733 met documenten staven. Hij had daarmee een veel sterkere positie dan de gebruikers van de grond die zich beriepen op overdrachtsakten en eigendom door verkrijgende verjaring op grond van uiterlijk waarneembaar bezit. De betaalde vergoeding zou geen erfpachtcanon maar grondrente zijn. Het Landrecht van Overijssel vereiste geen constitutieve titel voor de vestiging van een erfpachtrecht, maar het schriftelijke besluit van het bevoegde gezag toonde de 'rechtsbetrekking van erfpacht' voldoende aan. Met de rechtsbetrekking van erfpacht werd vermoedelijk de verhouding tussen de gebruiker en de grond aangeduid en niet de verhouding tussen erfpachter en grondeigenaar. De uitspraak van het hof wordt behandeld in par. 2.4.2.8.

361 HR 26 februari 1915, *W*. 9864, p. 4: "De uitoefening van het recht van erfpacht verschilt in den regel uiterlijk niet van de uitoefening van het recht van eigendom. En waar de houders van het goed in dit geval ook doorgegaan zijn met de voldoening van een jaarlijksch bedrag, dat door den eigenaar als een canon beschouwd kon worden, is m.i. terecht door den Hoogen Raad aangenomen dat het bezit als eigenaar niet uiterlijk waarneembaar was en dus niet als openbaar bezit kon aangemerkt worden." In HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/549 (*Schellekens/Braam*) werd aangesloten bij deze jurisprudentie over de vereisten voor het ontstaan van eigendom door verkrijgende verjaring. Beslissend was wat de grondeigenaar in objectieve zin had mogen begrijpen uit de daden van de gebruiker.

362 HR 9 februari 1940, *NJ* 1940/302 (*Kok/Hersteld Apostolische Zendinggemeente*), aangehaald door Plantenga 1957 in zijn preadvies over erfpachtvoorwaarden, p. 53.

363 HR 29 januari 1929, *W*. 11962 (*duinwaterleiding*). In dit geval was de erfpachter de gemeente Den Haag en betrof het een voorheen publiek toegankelijk duinterrein, eigendom van de Staat, met de aanleg van een waterleiding als nieuwe bestemming.

364 HR 19 maart 1941, *NJ* 1941/554 (*precariobelasting koekoek*).

365 HR 2 januari 1953, *NJ* 1953/130 (*Nationale Grondtrustee/Amsterdam*).

dan vijf jaar daarna als gevolg van onzekere economische omstandigheden de grond niet herbouwd. Het hof oordeelde dat hij geen recht had op kwijtschelding van de canon omdat de oorzaak van het onmogelijk en niet verantwoord zijn van herbouw niet gelegen was in de onroerende zaak zelf, maar in een daarbuiten gelegen oorzaak, namelijk de economische omstandigheden, en dit 'derven van baten uit den grond terecht niet heeft aangemerkt als op te leveren een beroofd zijn van het genot in den zin van art. 776, lid 2.' De Hoge Raad bevestigde dit oordeel, mede omdat de erfpachter ook toestemming had kunnen vragen voor een andere bestemming van de grond en dat had nagelaten. P-G Berger verduidelijkte in zijn conclusie dat de betekenis van 'genot' in de zin van art. 776 OBW dezelfde was als in art. 767 en 625 OBW, namelijk 'gebruiken overeenkomstig de bestemming, ongeacht of dit financieel voordeel oplevert':

> "Evenzo heeft uiteraard een eigenaar van bouwgrond daarvan het vol genot, al is woningbouw economisch niet verantwoord of, om met eiseresse te spreken "practisch onmogelijk". Hetzelfde zal moeten gelden voor *de erfpacht, die immers geen overeenkomst is, maar een zakelijk recht, waarbij de jaarlijkse canon niet noodzakelijke tegenpraestatie vormt voor het genot*. Misoogst, ook gedurende vele jaren, is dan ook geen reden voor vermindering van de canon, doch enkel de meer omvattende beroving van het gehele genot. Beroofd zijn van het geheel genot is er dus niet reeds, als de erfpachter door enige omstandigheid geen vruchten trekt van het in erfpacht bezeten goed en te minder, als, gelijk te dezen, de exploitatie van het goed financieel niet lonend is, maar pas, als hij door het goed betreffende omstandigheden generlei gebruik daarvan kan maken, waarvan gelijk reeds opgemerkt, hier geen sprake is. Maar dan is er ook generlei grond voor vrijstelling van de verplichting tot het betalen van de canon."[366]

Er was dus geen verband tussen de opbrengst van de grond en de canon zoals bij huur en pacht. Een andere opvatting zou onredelijk zijn tegenover de erfverpachter omdat het erfpachtrecht wel bleef bestaan en deze dus niet zelf over zijn grond kon beschikken. Kwijtschelding van canon was alleen redelijk indien gedurende vijf jaar niemand de grond had kunnen bewerken. Het gemis van het genot moest in de onroerende zaak zelf liggen, niet in een al dan niet lonende exploitatie.

In een belastingzaak oordeelde de Hoge Raad dat naar de heersende leer de canon nog steeds een wezenlijk of essentieel onderdeel van het erfpachtrecht was, ondanks dat inmiddels een gewijzigd ontwerp voor de erfpachttitel naar NBW was gepubliceerd.[367] De vraag naar de kwalificatie van de vooruitbetaling werd door partijen in het licht van hun rechtsverhouding geplaatst. Vooruitbetaling was niet hetzelfde als afkoop van de erfpachtcanon, aldus de erfpachter,

> '(…) omdat in geval van vooruitbetaling *de contractuele relatie tussen eigenaar en erfpachter* behoudens de betalingsverplichting ongewijzigd blijft. Immers, jaarlijks dient nog f 1,- te worden betaald om duidelijk te laten zijn dat de relatie eigenaar-erfpachter overigens niet gewijzigd

366 HR 2 januari 1953, *NJ* 1953/130. Nadruk toegevoegd.

367 HR 15 juli 1981, *NJ* 1982/192 (*Gouma/Belastingdienst*). Bij het Gewijzigd Ontwerp uit 1972 werd de canon een facultatieve verplichting die alleen nog aan een vormvoorschrift diende te voldoen. Dit arrest vormde overigens een voorbeeld van een geval waarin de canon was vooruitbetaald op een jaarlijkse verplichting van *f* 1,- na die uitsluitend diende om aan de wettelijke verplichting van art. 767 OBW te voldoen. Het waren dit soort gevallen die aan het wegvallen van de canonverplichting ten grondslag lagen.

is; alle overige voor 1 okt. 1976 op de erfpachter rustende verplichtingen blijven voortduren; vanaf 1 april 2024 moet de canon weer normaal betaald worden.'[368]

Deze visie sloot volgens de erfpachter aan bij de opvattingen in het maatschappelijk verkeer, maar de inspecteur, het hof en de Hoge Raad waren van oordeel dat het niet mogelijk was om erfpachtcanon vooruit te betalen 'omdat de periodiek te betalen canon een wezenlijk bestanddeel van het zakelijk recht van erfpacht vormt.' Door vooruitbetaling kwam wel tijdelijk verandering in de inhoud van het erfpachtrecht, namelijk de omvang van de jaarlijkse canonverplichting, maar niet in de rechtsverhouding zelf. De vooruitbetaling moest worden beschouwd als een betaling met een vermogenskarakter omdat de erfpachter indien hij zijn woning vóór 2024 zou verkopen hij daar een hogere prijs voor kon bedingen dan zonder afkoop van de canon het geval zou zijn geweest. Deze visie was in overeenstemming met de vaste jurisprudentie.[369] Ten slotte werd in 1982 uitgemaakt dat een recht van ondererfpacht ook een zakelijk recht was.[370]

2.4.2.3 De omvang van het erfpachtrecht

Naast belastingen vormde ook onteigening aanleiding voor beschouwingen over de omvang van een erfpachtrecht als vermogensrecht. De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter was hier van belang in het licht van de waarde van hetgeen waartoe beiden gerechtigd waren. Bij onteigening moest bij het bepalen van de omvang van het vermogensrecht rekening gehouden worden met het wegneemrecht van de erfpachter op grond van art. 772 OBW.[371] Voor de schadeberekening mocht niet zonder meer de tegenwoordige uitoefening van een recht het uitgangspunt vormen, het ging om de waarde die het recht voor een gegadigde had met inachtneming van alle waarde bepalende omstandigheden.[372] De redelijke verwachting dat een recht van erfpacht verlengd of vernieuwd zou worden vormde eveneens een vermogensbestanddeel, zowel van de erfverpachter als van de erfpachter. Op grond van de Onteigeningswet werden partijen echter niet schadeloos gesteld voor deze verlengingsverwachting.[373] In 1963 kwam deze vraag opnieuw aan de orde.[374] De rechtbank had bij de berekening van de schadevergoeding rekening gehouden met de mogelijkheid dat het tijdelijke erfpachtrecht verlengd zou worden tegen een hogere canon, omdat uit art. 779 OBW volgde dat een tijdelijk erfpachtrecht niet automatisch hoefde te eindigen, maar stilzwijgend kon doorlopen tot wederopzegging. De Hoge Raad bevestigde dat

368 HR 15 juli 1981, *NJ* 1982/192. Nadruk toegevoegd.
369 Onder meer HR 30 maart 1949, B. 8625 (*belanghebbende/Belastingdienst*): 'een door de eigenaar als contraprestatie voor een vermindering van de jaarlijkse erfpacht bedongen betaling [kan] *niet* worden aangemerkt als een betaling van erfpachtscanon.'
370 HR 8 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC0634, *NJ* 1983/686, m.nt. W.M. Kleijn (*ondererfpachter/Belastingdienst*). Met deze opvatting kon vooruit gelopen worden op het nieuwe recht (art. 5:93 BW) nu dit niet in strijd was met het bestaande recht waarin het recht van ondererfpacht in zijn geheel niet geregeld was en als een erfpachtrecht moest worden opgevat.
371 HR 19 juli 1921, *W*. 10834, *NJ* 1921, p. 1030 (*onteigening opstalrecht*). Vgl. Reepmaker 1931, p. 152, noot 2: "Bij de vaststelling van de schadeloosstelling voor onteigening ten algemeenen nutte mag rekening gehouden worden met het feit dat door de onteigening de erfpachter niet in staat is bij het einde van het erfpachtsrecht de afbraak van het door hem gestelde tot zich te nemen."
372 HR 4 december 1935, *NJ* 1936/376 (*Van der Burght/Tholen*). De art. 772 en 773 OBW vonden geen toepassing bij onteigening omdat dit geen eindigen van het recht was als bedoeld in die artikelen.
373 HR 8 oktober 1924, *W*. 11283 (*Amsterdam/Hoogheemraadschap van Rijnland c.s.*).
374 HR 3 april 1963, *NJ* 1963/258 (*Rotterdam/Polder Prins Alexander c.s.*).

de rechtbank terecht de onbepaalde duur van het erfpachtrecht in acht had genomen.[375] Vermoedelijk maakte het uit dat in dit geval de wettelijke regeling over het doorlopen van het erfpachtsrecht doorslaggevend was en niet een contractueel verlengingsrecht.

2.4.2.4 Zakelijk of persoonlijk recht(svordering)

In navolging van de negentiende-eeuwse rechtspraak kwam ook na 1905 het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten en verbintenissen en in het verlengde daarvan zakelijke en persoonlijke rechtsvorderingen aan de orde.

In een vroeg arrest over gemeenschappelijke onderhoudskosten werd overwogen dat een vordering tot betaling van die kosten een persoonlijke rechtsvordering was.[376] Kenmerkend voor een zakelijk recht was dat een persoon een bepaalde macht over grond van een ander had gekregen en daarvan was geen sprake bij de omslag van gemeenschappelijke onderhoudskosten over alle grondeigenaren in een bepaald gebied. Twee eigenaren betaalden de onderhoudskosten niet aan de daartoe ingestelde Commissie en de rechtbank Zutphen verklaarde zich onbevoegd te oordelen over deze persoonlijke verbintenis uit de overeenkomst van verdeling. De vordering behoorde, mede gezien de hoogte van het bedrag, tot de competentie van de kantonrechter. Het hof Arnhem onderzocht de aard van het recht, stelde eveneens vast dat het niet om een zakelijk recht ging, ook al was de akte ingeschreven in de openbare registers, maar een persoonlijk recht en bevestigde het oordeel van de rechtbank. De Hoge Raad oordeelde dat de overeenkomst was gesloten onder de werking van de Code Civil en dat dit geval niet onder de zakelijke rechten als opgesomd in art. 534 CC kon worden gebracht. Het hof had voldoende onderzoek gedaan en gemotiveerd geoordeeld dat in dit geval de Commissie geen bepaalde heerschappij had over het goed van de grondeigenaren zodat geen zakelijk recht, maar een persoonlijk recht was gevestigd. Het betrof in deze casus grondeigenaren en een speciaal ingestelde Onderhoudscommissie, maar in geval van erfpachters gold eenzelfde redenering.

Het verplichte lidmaatschap van een beheervereniging dat was verbonden aan het erfpachtrecht van een bungalow in een vakantiepark kwam aan de orde in een arrest uit 1978.[377] Een van de erfpachters weigerde lid te worden van de vereniging, maar betaalde wel de onderhoudsbijdrage. De grondeigenaar stelde een verbintenisrechtelijke actie tot nakoming van de verplichting tot lidmaatschap in. De verplichting volgde uit de vestigingsakte en de betreffende algemene erfpachtvoorwaarden en maakte dus deel uit van de goederenrechtelijke rechtsverhouding, maar was eveneens opgenomen in de aan de vestiging voorafgaande overeenkomst. Het hof liet uitdrukkelijk in het midden of dit een verplichting uit een zakelijk recht of uit de daaraan voorafgaande overeenkomst was omdat de

375 A-G Bakhoven was echter van mening dat daarmee art. 47 Onteigeningswet werd geschonden en concludeerde tot cassatie hetgeen de Hoge Raad niet volgde.

376 HR 28 maart 1919, *W.* 10416 (*Commissie belast met de zorg van de wegen en waterleidingen in het Ruurlosche Broek/Hofstede en Oneïdes*). Bij de verdeling van gronden in 1834 was afgesproken dat de kosten van het onderhoud van wegen etc. door alle grondeigenaren zou worden betaald, naar rato van de omvang van hun perceel; de betaling was volgens de akte een last die op de grond drukte.

377 HR 24 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6416, *NJ* 1980/88, m.nt. W.H. Heemskerk, (*Sunclass/Dernison*).

verplichting van de erfpachter om lid te worden van de beheervereniging tussen partijen vaststond. Hof en Hoge Raad stelden hiermee impliciet vast dat uit een zakelijk recht een verbintenis kon voortvloeien. Annotator Heemskerk ging daarin mee, maar zette wel vraagtekens bij de toewijzing van de contractuele boete nu het hof uitdrukkelijk niet vaststelde dat de erfpachter de verplichting uit de overeenkomst (waarin het boetebeding was opgenomen) niet was nagekomen.[378]

In een noot onder een arrest over een eeuwigdurende huurovereenkomst maakte G.J. Scholten een vergelijking met eeuwigdurende erfpacht.[379] De gemeente had een stuk grond gekocht en aan de gebruiker van die grond de huur opgezegd. De gebruiker deed tevergeefs een beroep op art. 1612 OBW ('koop breekt geen huur') omdat deze bepaling niet van toepassing was indien de huur voor onbepaalde tijd was aangegaan. Bovendien was geen enkele beperking gesteld op de mogelijkheid van overgang van de huur op rechtsopvolgers en kon de huurovereenkomst alleen door de huurder beëindigd worden. Omdat opzegging door de grondeigenaar niet mogelijk was wezen rechtbank en hof de vordering van de gemeente af, maar de Hoge Raad casseerde omdat de overeenkomst in strijd was met de wet nu uitsluitend de huurder kon bepalen hoelang de bepaalde tijd van het huurgenot duurde. Annotator Scholten stelde vast dat op grond van literatuur en rechtspraak een altijddurende huur geen huurovereenkomst was in de zin van art. 1584 OBW. De Hoge Raad kwam niet toe aan de vraag of de overeenkomst nietig was omdat gecasseerd werd op het middel dat er geen rechtsgeldige huur tegenover de koper overeen was gekomen. Scholten wilde in beginsel geen nietigheid aannemen indien partijen een eeuwigdurende huur afspraken:

> "*Wij kennen immers de mogelijkheid van altoosdurende erfpacht*, (…). Maar *als altoosdurende erfpacht zakenrechtelijk geoorloofd is, is zij verbintenisrechtelijk, d.w.z. tussen partijen, ook geoorloofd*. Dat betekent dat het verbod van altijddurende huur maar een beperkt effect kan hebben. Het effect in dat verbod zit juist in het niet gelden van art. 1612. Derhalve: eeuwigdurende huur is geldig, maar niet als huur, en juist art. 1612 is niet toepasselijk."[380]

Het stond partijen vrij om een eeuwigdurend gebruiksrecht voor een stuk grond af te spreken, die afspraak kon alleen geen huurovereenkomst zijn. Het zou een soort 'verbintenisrechtelijke' erfpacht opleveren, wat in dit specifieke geval echter niet mogelijk was omdat de huurprijs ineens was voldaan en conversie naar erfpacht een jaarlijkse canonbetaling vereiste. Uit het feit dat een bepaalde afspraak zakenrechtelijk bij wet was geregeld, de vestiging van een eeuwigdurend gebruiksrecht op grond van een ander, leidde Scholten af dat een vergelijkbare obligatoire afspraak zeker mogelijk moest zijn. Met het belangrijke verschil dat

378 HR 24 november 1978, *NJ* 1980/88, m.nt. W.H. Heemskerk die over de grondslag van de verplichting en het boetebeding opmerkte: "De door de HR opgelegde contractuele boete berust op een boetebeding in de overeenkomst van 29 mei 1971. Het Hof heeft uitdrukkelijk in het midden gelaten of D. reeds uit hoofde van die overeenkomst verplicht was lid te worden van de coöperatieve vereniging. Die verplichting volgde uit de Algemene Bepalingen behorende bij de akte van 13 aug. 1971. Daarin stond echter geen boetebeding. De uitlegging van de overeenkomst van 29 mei 1971 is een feitelijke kwestie. Bij deze stand van zaken konden m.i. de stellingen van eiseres de toewijzing van haar boetevordering niet rechtvaardigen."

379 HR 8 november 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC0568, *NJ* 1969/11, m.nt. G.J. Scholten (*Zoetermeer/Goedegebuure*).

380 HR 8 november 1968, *NJ* 1969/11, m.nt. G.J. Scholten. Nadruk toegevoegd.

die obligatoire afspraak niet aan rechtsopvolgers kon worden tegengeworpen, precies wat in deze zaak geprobeerd werd.

Een tussen partijen afgesproken, maar niet bij notariële akte ingeschreven, beding dat de een het eeuwigdurend gebruik van grond van de ander zou hebben, dat de gebruiker voor het onderhoud van gemeenschappelijke gronden een bijdrage verschuldigd was dan wel dat hij daartoe op straffe van een boete verplicht was lid te worden van een beheervereniging, vormden voorbeelden van persoonlijk werkende bedingen. Er kon geen zakelijke rechtsvordering voor worden ingesteld, maar de afspraken konden wel voortvloeien uit een zakelijke rechtsverhouding.

2.4.2.5 Artikel 779 OBW

Op grond van art. 779 OBW liep een erfpachtrecht door tot wederopzegging nadat het recht door tijdsverloop was geëindigd. De uitleg van deze bepaling vormde een toetssteen voor de vraag naar de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter. Een arrest uit 1953 betrof de vraag op welke grondslag de erfpachter de grond in gebruik had na het einde van zijn recht.[381] De Hoge Raad verduidelijkte dat art. 779 OBW aldus moest worden verstaan,

> ‘dat, indien ondanks het verstreken zijn van de in den titel bepaalden tijd de erfpachter *zonder verzet* van de zijde van den eigenaar in het bezit van het goed is gebleven, het recht van erfpacht blijft voortbestaan, doch de eigenaar te allen tijde gerechtigd is om door opzegging aan dat recht een einde te maken’.[382]

De stelling dat voor het blijven voortbestaan van het recht een daad van de eigenaar of een uitdrukkelijk verklaarde wil van partijen nodig was, was onjuist. In dit geval had de erfverpachter het recht niet volgens de regels opgezegd zodat het was blijven doorlopen.[383] Naar aanleiding van dit arrest werd de vraag gesteld of de grondeigenaar bij het opzeggen van het recht een redelijke opzegtermijn in acht moest nemen.[384]

Over die vraag oordeelde de Hoge Raad in 1979, in een ander arrest over art. 779 OBW.[385] De gemeente Den Haag vorderde ontruiming van een perceel na het einde van een tijdelijk erfpachtrecht. Verlenging van het recht was niet mogelijk, een tijdelijk huurrecht van de opstallen wel. De erfpachter ging niet op dit aanbod in en omdat geen formele opzegging had plaatsgevonden was naar zijn mening het erfpachtrecht op grond van art. 779 OBW blijven bestaan. Het hof achtte dit

381 HR 27 november 1953, *NJ* 1954/129, m.nt. J. Drion (*Gorinchem/Looijen*).
382 HR 27 november 1953, *NJ* 1954/129, p. 275. Nadruk toegevoegd.
383 A-G Langemeijer hanteerde in zijn conclusie een meer verbintenisrechtelijke zienswijze en oordeelde afwijkend dat de rechtsverhouding was beëindigd door tijdsverloop omdat de erfverpachter aan de erfpachter had doen blijken dat hij geen voortzetting van het erfpachtrecht wenste. Art. 779 OBW was er in zijn visie uitsluitend voor de gevallen dat partijen zich niet verklaarden.
384 Asser/Beekhuis 1977, p. 216 en J. Drion in zijn noot onder het arrest in *NJ* 1954/129, p. 278 waren van mening dat in geval van opzegging de erfverpachter een redelijke opzeggingstermijn in acht moest nemen. Zo ook De Vries Lentsch-Kostense 1980, p. 915.
385 HR 26 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6479, *NJ* 1979/452, m.nt. W.M. Kleijn (*Van der Waal/'s-Gravenhage*).

onjuist en de Hoge Raad was het daarmee eens. Uit de correspondentie bleek dat de gemeente zich had verzet tegen voortzetting van het erfpachtrecht en dat was voldoende om art. 779 OBW buiten toepassing te laten. Dat de gemeente had medegedeeld dat het recht zou eindigen en niet zou worden verlengd was voldoende om 'enig verzet van de zijde van de eigenaar' in de zin van art. 779 OBW aan te nemen:

> "Het Hof heeft vastgesteld dat bij schrijven van 17 juli 1970 de gemeente aan Van de Waal heeft medegedeeld dat het erfpachtsrecht per 30 nov. 1971 zou eindigen en dat geen verlen[g]ing van de duur daarvan zou kunnen worden bevorderd. Terecht heeft het Hof geoordeeld dat onder die omstandigheden niet kan worden gezegd dat Van de Waal zonder verzet van de eigenaar als erfpachter in het bezit van het goed is gebleven, dat mitsdien de bepaling van art. 779 op de onderhavige situatie niet van toepassing is en opzegging van het erfpachtsrecht niet nodig was."[386]

Dat de gemeente de erfpachter een aanbod tot voortzetting van het gebruik onder een andere titel had gedaan en niet direct maatregelen tot ontruiming had genomen, maakte dat niet anders. Geconstateerd werd dat er na beëindiging van het erfpachtrecht van rechtswege tussen partijen in het geheel *geen rechtsverhouding* meer bestond:

> "Het Hof heeft aangenomen dat tussen pp. geen huur- of andere overeenkomst is tot stand gekomen. Nu het middel ervan uit gaat dat dit wel het geval was, mist het in zoverre feitelijke grondslag, terwijl het niet inhoudt dat het Hof *buiten het geval van een zodanige overeenkomst o.g.v. de goede trouw* tot een andere beslissing had moeten komen, en het middel ook geen omstandigheden vermeldt die hiertoe zouden moeten leiden."[387]

De rechtsvraag luidde of er na beëindiging van de erfpachtverhouding nog een rechtsverhouding tussen de voormalige erfpachter en de grondeigenaar bestond en zo ja, wat voor rechtsverhouding dat zou zijn en of op die rechtsverhouding de werking van de goede trouw van toepassing was. In casu deed de Hoge Raad daarover geen uitspraak omdat Van der Waal zich in cassatie alleen beriep op de werking van de goede trouw bij een overeenkomst tussen hem en de grondeigenaar en niet in andere gevallen, en een overeenkomst niet werd aangetoond. Annotator Kleijn maakte een helder onderscheid tussen de overeenkomstige toepassing van de verbintenisrechtelijke goede trouw op enerzijds zakenrechtelijke verhoudingen en anderzijds op feitelijke verhoudingen.[388] Op zakenrechtelijke verhoudingen was de goede trouw altijd van toepassing, op feitelijke verhoudingen alleen onder voorwaarden. Aaftink merkte op dat uit de overweging van de Hoge Raad dat het middel niet inhield dat het hof buiten het geval van een overeenkomst op grond van de goede trouw tot een andere beslissing had moeten komen, gelezen kon worden als een erkenning door de Hoge Raad van de mogelijkheid dat de goede trouw werking had in een zakenrechtelijke verhouding, ook

386 HR 26 januari 1979, *NJ* 1979/452, overweging met betrekking tot het eerste cassatiemiddel.
387 HR 26 januari 1979, *NJ* 1979/452, overweging met betrekking tot het tweede cassatiemiddel. Nadruk toegevoegd.
388 Kleijn, *NJ* 1979/452.

indien deze reeds beëindigd was.[389] Dit arrest wordt daarom wel aangeduid als de voorloper van het arrest Haagse Erfpacht uit 1999 waarin werd geconstateerd dat tussen grondeigenaar en erfpachter na beëindiging van een tijdelijk erfpachtrecht een rechtsverhouding bleef bestaan waarop de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing waren.[390]

In 1985 onderzocht de Hoge Raad wederom de werking van art. 779 OBW.[391] In dit geval legden de erfverpachter en de erfpachter na afloop van het erfpachtrecht in een notariële akte vast dat het erfpachtrecht tegen canonbetaling zou doorlopen totdat het door één der partijen werd opgezegd. Daarmee bestond naast de goederenrechtelijke rechtsverhouding vanaf dat moment ook een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding. De erfpachter protesteerde vergeefs tegen de opzegging van het recht en de weigering van de gemeente het recht te converteren naar een eeuwigdurend erfpachtrecht. Omdat bij vestiging van het erfpachtrecht in 1897 was bepaald dat de opstallen bij het einde van het recht zonder vergoeding eigendom van de gemeente zouden worden bestond evenmin recht op een opstalvergoeding.[392]

2.4.2.6 De rechtsverhouding

Vanaf de jaren zeventig komt de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter in vrijwel alle erfpachtarresten van de Hoge Raad aan de orde. In het klassieke arrest over de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden, een fiscale zaak over de kwalificatie van kadegeld in de haven van Rotterdam, oordeelde de Hoge Raad dat in een zakelijk recht van erfpacht een geheel aan rechten en verplichtingen van partijen jegens elkaar kon zijn opgenomen en dat die gezien konden worden als onderdeel van het zakelijk recht en dus zakelijke werking konden hebben.[393] Het gaat mij erom dat die verplichtingen van erfverpachter en erfpachter *jegens elkaar* konden bestaan. De Hoge Raad gebruikte hier een ruime formulering van 'hun erfpachtverhouding' in de zin van art. 782 OBW. Het hof had door uitleg van de erfpachtovereenkomst geoordeeld:

> '(…) enerzijds dat de verplichtingen van de gemeente om de kademuur te onderhouden en ervoor te zorgen dat het water in de haven op de overeengekomen diepte zal worden gehouden betrek-

389 Aaftink 1980, p. 579. Aaftink begon zijn beschouwing met de constatering dat 'het terrein dat door de goede trouw wordt beheerst zich [blijft] uitbreiden'. Kleijn, *NJ* 1979/452, par. 3 wees ook op de analogie met de verhouding tussen echtgenoten en mede-erfgenamen waarvoor de Hoge Raad inmiddels de werking van de goede trouw had erkend en vond dat er veel voor te zeggen was om die analogie door te trekken naar de verhouding tussen zakelijk gerechtigde en bloot-eigenaar. Vgl. De Vries Lentsch-Kostense 1980, p. 916 die concludeerde 'dat de Hoge Raad ervan uitgaat dat de verhouding tussen eigenaar en ex-zakelijk gerechtigde, die het goed feitelijk blijft gebruiken, onder bepaalde omstandigheden een verhouding kan zijn die door de goede trouw wordt beheerst. Welke die omstandigheden zijn is vooralsnog in het midden gebleven'. In het licht van art. 6:2 NBW kon naar haar mening de verplichting van de erfpachter het goed te ontruimen worden beschouwd als een verbintenis die te goeder trouw diende te worden uitgevoerd.

390 Struycken 2007, p. 440, noot 183 vermoedde dat dit arrest een voorloper was van HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./ 's-Gravenhage*). Dit arrest wordt behandeld in par. 2.4.3.1.

391 HR 3 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5012, *NJ* 1986/323, m.nt. M. Scheltema (*Zuiderbad/Amsterdam*).

392 Vergelijk HR 17 december 1965, *NJ* 1967/40 (*Buys/Staat*) waarin de mogelijkheid werd overwogen dat een recht van uitplant gevestigd in 1805 een opstalrecht kon inhouden. Annotator Beekhuis zag naar aanleiding van art. 762 OBW wel iets in een retentierecht van de opstalhouder op de bomen in kwestie totdat de vergoeding was voldaan. Deze opvatting werd gecodificeerd in het latere art. 5:105 lid 3 BW.

393 HR 16 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5907, *NJ* 1977/399, m.nt. W.M. Kleijn (*Havenerfpacht Rotterdam*).

king hebben op het genot, hetwelk de erfpachter van de grond zal kunnen trekken en met de geschiktheid van dit terrein voor het gebruik, waarvoor het in erfpacht is gegeven, *in rechtstreeks verband* staan; anderzijds dat de met het kadegeld overeenkomende vergoeding, welke door de erfpachter moet worden betaald, moet worden gerekend tot de betalingen waartoe de erfpachter als zodanig verplicht is en welke *betrekking hebben op het aan de erfpachter als zodanig verleende genot*; (…) dat het Hof aan die oordelen terecht de gevolgtrekking heeft verbonden dat de verplichting tot het betalen van vorenbedoelde vergoeding deel uitmaakt van *het samenstel van rechten en verplichtingen, besloten in het zakelijk recht* (…) dat immers pp. ingevolge het bepaalde in art. 782 BW vrij zijn om *hun erfpachtsverhouding* naar eigen goeddunken te regelen; dat zij daarbij weliswaar niet in strijd mogen komen met het wezen van het erfpachtsrecht, maar daarvan onder voorschreven omstandigheden geen sprake is;'[394]

De noot van Kleijn onder het arrest specificeerde dat het bestaan van de verplichting buiten kijf stond, maar dat het vooral ging om de vraag of de verplichting als afzonderlijke overeenkomst was overeengekomen of als onderdeel van het zakelijk recht. Kleijn stond daarbij de opvatting voor dat de verplichting in strijd was met het wezen van het zakelijk recht omdat zaaksgevolg ontbrak en dus als een afzonderlijke overeenkomst moest worden beschouwd.[395] In een vonnis van de rechtbank Dordrecht uit 1945 was een vergelijkbare onderhoudsverplichting van de gemeente als eigenaar van de haven, de oever en terreinen gelegen aan die oever in het geding.[396]

In 1976 kreeg de Hoge Raad de vraag voorgelegd of de erfverpachter de erfpachtvoorwaarden eenzijdig mocht wijzigen. De gemeente Amsterdam wilde bij het einde van een tijdvak van een onder de AB 1915 uitgegeven erfpachtrecht de in de tussentijd vastgestelde algemene erfpachtvoorwaarden uit 1966 van toepassing verklaren, waarop de erfpachter de rechtbank een verklaring voor recht vroeg dat alleen de AB 1915 op zijn recht van toepassing waren.[397] Enerzijds bevatten de AB 1915 de bevoegdheid voor de gemeenteraad om de voorwaarden te wijzigen, anderzijds werd vastgesteld dat de AB 1966 geen wijziging van de AB 1915 inhielden maar nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden waren, bedoeld voor nieuwe uitgiftes. Omdat algemene voorwaarden geen rechtsregels vormden in de zin van art. 99 Wet RO kon de inhoud ervan niet in cassatie getoetst worden zodat de Hoge Raad zich van dit oordeel onthield. A-G Ten Kate tekende in zijn conclusie het volgende aan omtrent de toepassing van nieuwe algemene voorwaarden op bestaande erfpachtrechten:

"In de eerste plaats dat de afweging waarvoor de gemeenteraad staat als het gaat om de vaststelling van de voorwaarden waaronder de gemeente bereid is gronden in erfpacht uit te geven, door louter beleidsoverwegingen in het kader van het belang van de gemeente kan worden bepaald. Is

394 HR 16 maart 1977, *NJ* 1977/399. Nadruk toegevoegd.
395 Kleijn, *NJ* 1977/399. Evenzo De Vries Lentsch-Kostense 1980, p. 910-912 in een bespreking van dit arrest.
396 Rb. Dordrecht 11 april 1945, *NJ* 1946/790 (*Dordrecht/Nautilus 9*). Terecht oordeelde de rechtbank dat een derde geen beroep op die verplichting kon doen om onder de eigen aansprakelijkheid voor schade aan de oeververdediging uit te komen. De vestigingsakte bepaalde dat de gemeente al het onderhoud voor haar rekening zou nemen, p. 1014: 'dat nu art. 3 van het door eischer q.q. in het geding gebrachte erfpachtcontract bepaalt, zulks ook in afwijking van art. 6 van de Voorwaarden, waarop gronden der gemeente Dordrecht in erfpacht kunnen worden uitgegeven, dat de erfpachtster de Scheepswerf de Biesbosch een jaarlijksche vergoeding voor het onderhoud der oeververdediging aan de gemeente, die bedoeld onderhoud voor haar rekening neemt, betaalt.'
397 HR 28 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5743, *NJ* 1977/449, m.nt. W.H. Heemskerk (*Amsterdam/Kuiper*).

> het daarentegen de bedoeling (tevens) in te grijpen, waar de voorwaarden bedongen zijn, dus in de geldende voorwaarden (via art. 5), dan zal de gemeenteraad zich bovendien rekenschap hebben te geven dat deze herzieningsbevoegdheid tegenover de erfpachters gehanteerd dient te worden met inachtneming van *de uit de bestaande rechtsband voortvloeiende billijkheid en redelijkheid (goede trouw)*. Men bedenke bijv. dat de zittende erfpachters door reeds uitgevoerde investeringen bij een lopend bedrijf hun wendbaarheid praktisch verloren kunnen hebben, (…). Hierin verschilt hun positie in niet onbelangrijke mate met die van hen die nog niet gepacht hebben en die tegenover de nieuwe bepalingen vrijstaan daarop in te gaan of niet en zich elders te vestigen. Gelet op dit verschillende aspect is reeds begrijpelijk dat het Hof er nauwkeurig op heeft toegezien, of hier besloten is als bedoeld in art. 5 AB 1915 tot *wijziging in de bestaande erfpachtsverhoudingen*, bijv. tot uitdrukking gebracht door een wending dat (tevens of o.m.) een (totale) herziening van de geldende AB 1915 beoogd werd. Naar het oordeel van het Hof ontbreekt evenwel in het besluit elke zodanige aanduiding."[398]

Wijziging van een bestaande rechtsverhouding kon in deze visie dus alleen met inachtneming van de belangen van de zittende erfpachter, op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die van toepassing waren op de bestaande rechtsverhouding. In dit geval was niet aan de wijzigingsbepaling uit de AB 1915 voldaan omdat het college de raad, als het tot herziening bevoegde orgaan, geen oordeel had gevraagd over herziening van bestaande rechten. Het college had de raad alleen meegedeeld dat de nieuwe bepalingen op bestaande rechten konden worden toegepast. De situatie had er anders uitgezien indien het college de raad om een oordeel over die toepassing had gevraagd en de raad daartoe zou hebben besloten. Bij de beoordeling van de rechtsgevolgen van de rechtsverhouding tussen partijen speelde de verbintenisrechtelijke goede trouw een rol: "Het Hof stelt uitsluitend – en geenszins onbegrijpelijk – vast, *wat uit der pp. rechtsverhouding i.c. volgt*, mede gelet op art. 1374, lid 3 en 1375 BW."[399] Het beginsel der contractvrijheid bracht mee dat partijen in principe rechtsgeldig konden overeenkomen dat een van hen bevoegd zou zijn een hen beide bindende beslissing te nemen, temeer wanneer het zoals in dit geval ging om verbintenissen die bestemd waren gedurende lange tijd te gelden, zo voegde de A-G toe. Het hof had dat ook niet ontkend:

> "Het Hof beoogt er uitsluitend op te attenderen dat, *bezien vanuit een oogpunt van algemene regels van overeenkomstenrecht*, van de gemeenteraad nu hij op grond van zijn bevoegdheid op eigen kracht — dus zonder instemming van de wederpartij — zodanige beslissingen in der pp. verhouding neemt, tenminste gevergd mag worden dat hij bij wijzigingen van een gewicht voor de wederpartij als de onderhavige, daartoe dan ook duidelijk besluit."[400]

De raad zou, net als bijvoorbeeld de deskundigen die bindend adviseerden, moeten blijven binnen 'de grenzen van hetgeen de redelijkheid en billijkheid in der partijen rechtsverhouding meebrengt'. Het oordeel van het hof dat de AB 1966 niet van toepassing verklaard konden worden op een recht uit 1919 werd bekrachtigd. De constatering in de conclusie van de A-G vind ik belangrijk. Het was in strijd met de bestaande goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen erf-

398 Conclusie A-G Ten Kate bij HR 28 mei 1976, *NJ* 1977/449. Nadruk toegevoegd.
399 Conclusie A-G Ten Kate bij HR 28 mei 1976, *NJ* 1977/449. Nadruk toegevoegd.
400 Conclusie A-G Ten Kate bij HR 28 mei 1976, *NJ* 1977/449. Nadruk toegevoegd.

verpachter en erfpachter om eenzijdig nieuwe erfpachtvoorwaarden van toepassing te verklaren zonder rekening te houden met de belangen van de andere partij. De verbintenisrechtelijke goede trouw, die dit meebracht, was evenzeer van toepassing op een goederenrechtelijke rechtsverhouding. Maar indien in dit geval zou zijn voldaan aan de wijzigingsbepaling uit de AB 1915 was het oordeel anders uitgevallen. In een arrest van 23 september 2014 oordeelde het Hof Amsterdam opnieuw over de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid uit onder meer de AB 1915 en vernietigde dit beding wegens strijd met de algemene voorwaardenregeling, uitgelegd conform de Europese Richtlijn over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.[401]

De rechtsverhouding tussen grondeigenaar en zakelijk gerechtigde werd aangestipt in een belastingzaak waarin een van huur afhankelijk opstalrecht voorkwam zodat de vraag aan de orde was of de grondslag van het gebruik van het gebouw huur of opstal was.[402] De Hoge Raad oordeelde dat indien sprake was van een huurafhankelijk opstalrecht, de opstaller zijn gebruiksrecht op de grond ontleende aan de huurovereenkomst en zijn bevoegdheid om de grond te gebruiken dus niet voortvloeide uit het afhankelijke opstalrecht. Bijzondere omstandigheden konden dat anders maken, maar die waren hier niet vastgesteld. De huurder had om het afhankelijke recht van opstal gevraagd zodat hij op de gestichte en nog te stichten gebouwen een recht van hypotheek zou kunnen vestigen, tot zekerheid van te sluiten geldleningen. Dit impliceerde niet dat het de bedoeling van partijen was om het persoonlijke gebruiksrecht een zakelijk karakter te geven. De huurder had al een recht op gebruik van de grond krachtens huur en dat bleef de titel voor gebruik van de grond, ook na de vestiging van een opstalrecht, tenzij anders zou blijken. Annotator Kleijn vroeg zich af of die bijzondere omstandigheden gelegen zouden kunnen zijn in zowel contractuele regelingen als feitelijke omstandigheden en dacht dat de Hoge Raad contractuele regelingen als onderdeel van het opstalrecht zou afwijzen, omdat daarvoor een erfpachtrecht gevestigd zou moeten worden.

Deze beperkte opvatting over de inhoud van het opstalrecht als uitsluitend een recht van eigendom zonder gebruiksrecht werd twee jaar later gecorrigeerd.[403] Hierbij was uitleg van de vestigingsakte nodig om de inhoud van de rechtsverhouding te bepalen. Het oordeel kwam erop neer dat de bevoegdheid de zaak waarop het recht rustte te gebruiken en daarvan de vruchten te trekken naar de aard van het opstalrecht weliswaar daaruit slechts voortvloeide indien en voor zover dat nodig was voor het volle genot van dat recht, maar partijen mochten bij de akte van vestiging de bevoegdheden van de opstalhouder nader regelen. Zij mochten hem ook bevoegdheden toekennen die niet nodig waren voor het volle genot van het recht, mits die bevoegdheden *in zodanig verband* stonden met die welke aan de opstalhouder naar de aard van dat recht toekwamen dat het gerecht-

401 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*). In cassatie hield de vernietiging geen stand omdat de Richtlijn niet van toepassing was op erfpachtrechten gevestigd voor 1 januari 1995. Zie ook Everaars 2015b. Het SEBA-arrest wordt uitvoerig behandeld in par. 5.6.6.

402 HR 7 maart 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7442, *NJ* 1980/116, m.nt. W.M. Kleijn (*Rotterdam/huurder-opstalhouder*).

403 HR 11 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC1886, *NJ* 1982/76, m.nt. W.M. Kleijn (*Jachthaven*).

vaardigd was die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen. Hier werd dus het voldoende verband-vereiste toegepast op een opstalrecht. De conclusie van annotator Kleijn luidde dat de mogelijkheid om bij vestigingsakte kwalitatieve verbintenissen aan de beperkt gerechtigde op te leggen was verruimd en hij achtte dat een goede zaak omdat gemeenten daaraan in de praktijk behoefte hadden.

In 1982 werd een rechtshandeling met betrekking tot een zakelijk recht, de opzegging van een erfpachtrecht, getoetst aan de goede trouw.[404] Het hof oordeelde dat het belang van de grondeigenaar bij opzegging van het recht, met het doel een einde te maken aan de conflicten tussen de gebruiker en zijn buurman, zwaarder moest wegen dan het belang van de gebruiker (en vermeende erfpachter) van het perceel om daar te kunnen blijven wonen. Hierbij speelde een rol dat de gebruiker eerder in de gelegenheid was gesteld zelf de blote eigendom van het perceel te verwerven. Het arrest werd en wordt nog steeds wel aangehaald als bewijs dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter een rol spelen, maar er was hier feitelijk geen sprake van een erfpachtverhouding.[405] Ook werden door de Hoge Raad, het hof of de A-G geen algemene conclusies getrokken ten aanzien van de toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in erfpachtverhoudingen. Dat deze conclusie in de literatuur algemeen aan dit arrest werd verbonden toont wel aan hoe bijzonder die constatering werd gevonden. Zij maakte deel uit van de in de jurisprudentie uitgebreide werking van de verbintenisrechtelijke goede trouw.[406]

In 1985 werden de maatstaven uit het Haviltex-arrest voor de uitleg van overeenkomsten toegepast op de uitleg van een zinsnede uit een erfpachtakte.[407] Deze uitleg volgde de partijbedoeling en ook daar werd niet geproblematiseerd dat die bedoeling bij aanvang van een langlopend zakelijk recht op een later moment niet meer actueel kon blijken te zijn.

Aan een belangrijk arrest over de rechtmatige overheidsdaad lag een erfpachtverhouding ten grondslag.[408] De Staat nam in 1964 het besluit om de aalscholver op de lijst met beschermde vogels te zetten met als gevolg dat er niet meer op aalscholvers gejaagd mocht worden. De daarop volgende toename van het aantal aalscholvers leidde tot schade aan een viskwekerij die een erfpachter van de Staat exploiteerde in de buurt van Lelystad. De rechtsverhouding bracht mee dat de Staat de belangen van deze erfpachter bij de groei van de aalscholverskolonie in de Oostvaardersplassen kende of had moeten kennen, temeer daar de erfpachter de Staat tijdig op de hoogte had gebracht van de problemen die de groeiende aalscholverskolonie veroorzaakte voor de viskwekerij. De Staat weigerde aan-

404 HR 19 februari 1982, ECLI:NL:HR:1982:AC7534, *NJ* 1982/571 (*Oosterhof/Van der Kleij*).

405 Asser/Hartkamp 1997, p. 290 constateerde dat het zakelijk recht van erfpacht onder meer op grond van dit arrest behoorde tot de rechtsverhoudingen waarop redelijkheid en billijkheid in beginsel van toepassing waren.

406 Dit arrest werd ook behandeld in het kader van de toepassing van redelijkheid en billijkheid bij erfpachtrechten door onder meer De Vries & Pleysier 2002, p. 57, Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5 2008/220 en Fesevur 2002, p. 36.

407 HR 8 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0264, *NJ* 1985/468 (*ENFM/Schiedam*). Deze uitspraak wordt besproken in par. 5.5.1.1 over de uitleg van canonherzieningsbedingen.

408 HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150, *NJ* 1992/639, m.nt. C.J.H. Brunner (*Staat/Organisatie ter Verbetering van de Binnenvisserij*).

vankelijk de schade van de erfpachter te vergoeden, maar werd daartoe door het hof veroordeeld. Een opmerking ten overvloede over de rechtsverhouding:

> "Het hof merkt nog op dat appellant, *nu geintimeerde zijn erfpachter was*, eens te meer rekening had moeten houden met de mogelijkheid dat het handhaven en ontwikkelen van een natuurgebied als het onderhavige op ongeveer 13 kilometer afstand van de kwekerij van geïntimeerde, een reële bedreiging van die kwekerij zou vormen."[409]

De Staat had als grondeigenaar 'eens te meer' rekening moeten houden met de belangen van zijn erfpachter. Annotator Brunner benadrukte dat het besluit rechtmatig was, maar dat de onrechtmatigheid was gelegen in de omstandigheid dat de Staat zich onvoldoende de bijzondere belangen van hen die onevenredig werden getroffen in hun belangen die de Staat kende of behoorde te kennen, had aangetrokken. Daarom was sprake van willekeur en willekeurig bestuur en willekeurige regelgeving door het bestuur zijn naar vaste rechtspraak onrechtmatig.[410]

2.4.2.7 Werking van de goede trouw

In een aantal hierboven behandelde arresten kwam de maatstaf van de goede trouw die erfverpachter en erfpachter jegens elkaar dienden te respecteren aan de orde. Dit algemeen beginsel uit het verbintenissenrecht, de goede trouw van art. 1374 lid 3 OBW en de billijkheid van art. 1375 OBW, had betrekking op hetgeen een bepaalde persoon bij het verrichten van een handeling wist of behoorde te weten.[411] Het algemeen beginsel werd beschouwd als een zelfstandige aanvullende bron van verbintenissen.[412] De goede trouw en de billijkheid konden ook een beperkende werking uitoefenen of ten grondslag liggen aan uitleg van overeenkomsten.[413] De toepassing was steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Bij voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomsten werd de goede trouw algemeen een dominante rol toegedacht.[414] Als concrete rechtsnorm werd de goede trouw geleidelijk aan in de jurisprudentie ook toegepast op

409 HR 15 februari 1991, *NJ* 1992/639, r.o. 24 hof, herhaald in r.o. 4.4 HR. Nadruk toegevoegd.
410 Brunner, *NJ* 1992/639.
411 PG Boek 6 BW, p. 66-67. Met het begrip redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:2 en 6:248 BW werd aansluiting gezocht bij de jurisprudentie van de Hoge Raad en was geen betekenisverandering beoogd, Rijken 1994, p. 1 en Schelhaas 2017, p. 2.
412 Rijken 1994, p. 21 citeerde Meijers die tijdens de parlementaire behandeling stelde dat 'goede trouw zonder enige beperking de uit overeenkomst en wet voortvloeiende verbintenissen kan aanvullen'. Zie ook Schelhaas 2017, p. 45-66 over de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.
413 Rijken 1994, p. 29-30 memoreerde de omslag in de jurisprudentie met het arrest Saladin/HBU uit 1976 waarna 'ook contractsbedingen onder de beperkende werking van de goede trouw [werden] gebracht. In de jaren daarna is de beperkende werking van de goede trouw op het gehele terrein van door de goede trouw beheerste rechtsverhoudingen toegelaten'.
414 Hartkamp 1981, p. 232, onder verwijzing naar HR 16 december 1977, *NJ* 1978/156. Scholten was in zijn noot onder HR 11 april 1940, *NJ* 1940/649 van opvatting dat de goede trouw als algemeen beginsel van toepassing diende te zijn op zakelijke rechten die voor onbeperkte duur als last op een goed gevestigd werden. Daarnaast was de contractuele goede trouw van art. 1374 en 1375 OBW via de vestigingstitel van toepassing op zakelijke rechten. Meijers 1924 constateerde 'de veel belangrijker plaats, die de billijkheid en de redelijkheid bij de beoordeling van inhoud en gevolgen der overeenkomsten tegenwoordig inneemt [in de rechtspraak] dan vroeger [vijftig jaar geleden] het geval was'.

goederenrechtelijke rechtsverhoudingen.[415] Het criterium van de goede trouw heeft zich in zakenrechtelijke verhoudingen specifiek ontwikkeld ten aanzien van de toestemming die de erfverpachter kon bedingen indien de erfpachter zijn recht wilde vervreemden of splitsen. De erfverpachter was bij het weigeren van die toestemming gebonden aan de 'regulerende werking' van de goede trouw.[416] De criteria hiervoor waren ontwikkeld in de rechtspraak naar aanleiding van de invoering van art. 875a OBW over het splitsen van erfpachtrechten in appartementsrechten. In hoofdstuk 4 zal het toestemmingsvereiste in erfpachtverhoudingen worden uitgewerkt.

2.4.2.8 Lagere rechtspraak 1905-1992

In aanvulling op de jurisprudentie van de Hoge Raad worden hieronder enige uitspraken van lagere rechters waarin de rechtsverhouding centraal stond behandeld. Die geschillen betreffen enerzijds ook in de twintigste eeuw nog de aard van het recht en anderzijds geschillen over bedingen uit (algemene) erfpachtvoorwaarden over bijvoorbeeld canonherziening of beëindiging van het recht. De beoordeling vond vaak plaats aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval zodat bij uitspraken van feitenrechters vermoedelijk meer informatie te vinden zal zijn dan bij arresten van de Hoge Raad.

De volgende casus vormt een voorbeeld van een geschil over de aard van de rechtsverhouding en over de vraag of zakenrechtelijke of verbintenisrechtelijke bepalingen van toepassing zijn op beëindiging van een erfpachtrecht. De rechtbank Tiel oordeelde in 1909 over een erfpachtrecht dat van rechtswege was vervallen nadat eenmaal de canon niet op het juiste moment en plaats was betaald.[417] In afwijking van art. 780 lid 2 OBW was in de vestigingsakte uit 1849 afgesproken dat het erfpachtrecht direct en van rechtswege zou vervallen bij het niet betalen van de jaarlijkse canon.[418] Die situatie deed zich voor waarna de kerkelijke erfverpachter ontruiming van het perceel vorderde. De rechtbank was van oordeel dat dit beding op grond van art. 782 OBW mogelijk was en niet in strijd was met de aard van het erfpachtrecht.[419] De erfpachters deden een vergeefs beroep op de verbintenisrechtelijke bepalingen van art. 1302 OBW over de ontbinding van wederkerige overeenkomsten op grond van wanprestatie. De rechtbank liet in het midden of het zakenrechtelijk vervallen van het erfpachtrecht gelijk ge-

415 Ten aanzien van de algemeen in erfpachtvoorwaarden voorkomende bepaling dat de erfpachter uitsluitend bevoegd was zijn recht te splitsen met voorafgaande toestemming van de grondeigenaar werd in ieder geval vanaf de jaren twintig aanvaard dat het weigeren van deze toestemming onderworpen was aan de goede trouw als bedoeld in art. 1374 lid 3 OBW. Zie bijvoorbeeld Scholten 1926.

416 Plantenga 1957, p. 38.

417 Rb. Tiel 25 juni 1909, *W*. 8963 (*Hervormde Gemeente Hagestein/Van der Gun c.s.*).

418 Rb. Tiel 25 juni 1909, *W*. 8963, p. 3 middelste kolom citeerde het bewuste beding: '(…) dat voormelde erfpacht wordt verleend tegen betaling van eene jaarlijksche som van f 8 aan handen en ten huize van den tijdelijken ontvanger van voormelde Kerk te verschijnen op 31 Dec. ieder jaar en dat bij nalatigheid van de voldoening op den tijd en wijze voorschreven dit erfpachtsrecht dadelijk zal zijn vervallen en vernietigd zonder dat het noodig zal zijn dat de voormelde erfpachters bij eenige akte in verzuim worden gesteld als zullende enkel het verloop des tijds voldoende zijn.'

419 Rb. Tiel 25 juni 1909, *W*. 8963, p. 3 middelste kolom: '(...) dat uit deze bepaling ondubbelzinnig blijkt de bedoeling van partijen dat door het enkel niet betalen van den canon op den bepaalden dag het erfpachtsrecht van rechtswege zoude vervallen; dat zulk een beding naar het oordeel der Rechtbank niet strijdt met den aard van het erfpachtsrecht; dat partijen dus volkomen bevoegd waren met dat beding af te wijken van art. 780, lid 2 B.W. welke bevoegdheid haar bij art. 782 B.W. nog uitdrukkelijk wordt voorbehouden.'

steld kon worden met de verbintenisrechtelijke ontbinding van de overeenkomst tot vestiging en stelde eenvoudig dat de wet in beide gevallen van regelend recht was en een contractuele afwijking van de wettelijke regel toestond.[420] Bij een zo duidelijk uit de akte blijkende partijbedoeling over beëindiging van het recht bij wanbetaling, die bovendien wettelijk was toegestaan, was ieder aanbod tot betaling gedaan na de fatale datum tevergeefs. De uitspraak bevatte geen beschouwing over de proportionaliteit van de beëindiging gezien de grote waarde van het recht voor de erfpachter in verhouding tot de lage canon.

Een vroeg voorbeeld van de toepassing van een opzegging in het algemeen belang, in dit geval buiten stedelijke erfpacht, vormt de zaak waarbij een waterschap bij uitgifte van een perceel dijkgrond had bedongen dat het recht kon worden beëindigd indien het algemeen polderbelang meebracht dat het waterschap weer over de grond moest kunnen beschikken.[421] Een erfpachter verzette zich in twee instanties tegen het verlies van zijn recht met onder meer het argument dat het publiekrechtelijke algemeen belang niet in staat was een einde te maken aan zijn privaatrechtelijke overeenkomst met het waterschap. Rechtbank en hof omzeilden het publiekrechtelijke aspect en leidden uit de bewoordingen van de bepaling in de vestigingsakte, mede in het licht van de gehele akte[422] en gezien de omstandigheden van het geval waaronder de ligging van het perceel,[423] af dat het waterschap naar eigen inzicht kon beoordelen of zij de grond in het algemeen belang nodig had en dus het erfpachtrecht kon beëindigen. De opzegging was geschied conform de erfpachtvoorwaarden uit de vestigingsakte en de erfpachter was bij vestiging uitdrukkelijk op deze mogelijkheid gewezen.[424] Enige vorm van schadeloosstelling in verband met tussentijdse beëindiging van het erfpachtrecht in het algemeen belang kwam in de uitspraak niet aan de orde. In dit geval berustte het oordeel op de erfpachtvoorwaarden, maar in het algemeen gold dat in een erfpachtverhouding met een overheidsdienst het particuliere belang van de erfpachter bij behoud van zijn recht vrijwel altijd minder zwaar woog dan het algemene belang van de overheid bij beëindiging van het recht.

---

420 Rb. Tiel 25 juni 1909, *W*. 8963, p. 3 rechterkolom: '(...) dat daargelaten of het vervallen van het zakelijk recht van erfpacht volkomen mag worden gelijk gesteld met de ontbinding der overeenkomst waaruit dat recht is ontsproten, de Rechtbank op geen van beide bovenvermelde punten de meening van gedaagden deelt; (…) wat betreft den zin van art. 1302, lid 3 B.W., de Rechtbank van oordeel is, dat partijen van dit voorschrift mogen afwijken door uitdrukkelijk of implicite te bepalen dat bij wanpraestatie de overeenkomst zonder 's Rechters tusschenkomst zal zijn ontbonden.'

421 Hof Den Haag 29 maart 1912, *W*. 9434 (*Lindenbergh/Polder de Breede Watering bewesten Yerseke*), p. 2 middelste kolom citeerde het bewuste beding: 'dat (...) het contract van erfpacht als voorwaarde inhield dat, mocht de polder het in erfpacht uitgegeven perceel, tusschentijds, hetzij geheel of gedeeltelijk, ten behoeve en in het belang van den polder noodig hebben, dan zal de erfpachtsom in evenredigheid van het ingenomen gedeelte verminderd worden of deze erfpachtsuitgifte vervallen, waardoor deze overeenkomst dan ophouden zal eenige kracht te hebben.'

422 Hof Den Haag 29 maart 1912, *W*. 9434, p. 2 rechterkolom: '(…) daar toch de bepalingen van het contract, bepaaldelijk die sub b en c – in het vonnis waarvan beroep overgenomen – duidelijk dien zin en strekking hebben.'

423 Hof Den Haag 29 maart 1912, *W*. 9434, p. 2 rechterkolom: '(...) dat het mede voor de hand ligt, dat de Polder, zoodanige bepaling maakte, waar het gold een strook grond, van welken het – als langs den dijk gelegen – te verwachten was, dat ze plotseling in het polderbelang noodig zoude kunnen zijn en waarover de beschikking als daaraan voor den Polder 'behoefte' bestond niet uit handen mocht worden gegeven.'

424 Hof Den Haag 29 maart 1912, *W*. 9434, p. 2 rechterkolom: '(...) dat mede uit de bepaling sub c speciaal de zinsnede 'hetwelk de erfpachter verklaart goed verstaan en begrepen te hebben' en 'niet het minste recht van eenige vordering welke ook zich voorbehoudt, maar ten volle en in alles afstand doet', volgt, dat de erfpachtnemer tot het contract toetrad, niet dan ná in 't algemeen uitdrukkelijk gewezen te zijn, op het 'afhankelijke' en 'wisselvallige' van de verkregen rechten.'

Relevant voor de rechtsverhouding is ook de zaak waarin het bewijs van het bestaan, de aard en de inhoud van een zeer lang geleden gevestigd erfpachtrecht centraal stond. In 1910 weigerden twee erfpachters van een perceel weiland bij Heino de jaarlijkse canon te betalen omdat zij stelden eigenaar van de grond te zijn en uit dien hoofde *f* 45,- aan grondrente verschuldigd waren.[425] De kerk die eveneens stelde grondeigenaar te zijn bestreed deze stelling in rechte en werd door de rechtbank in het ongelijk gesteld, de gebruikers hadden de eigendom van de grond door verjaring verkregen. Het hof had een ander oordeel over de vele in het geding gebrachte historische documenten en stelde vast dat de gebruikers als rechtsopvolgers gerechtigd waren tot het erfpachtrecht gevestigd in 1733 en dat van verjaring geen sprake kon zijn. Weliswaar werd de vestigingsakte niet in het geding gebracht, maar de rechtsbetrekking, waarmee werd bedoeld de aard van het gebruiksrecht van de gebruiker op de grond, kon ook op andere wijze en met name met behulp van authentieke documenten worden aangetoond.[426] De eigendom van de percelen grond kon worden teruggevoerd tot een klooster gesticht in de veertiende eeuw. Van de inhoud van het erfpachtrecht was niet meer bekend dan het perceel waar het op betrekking had, de identiteit van de erfverpachter en de erfpachter en de hoogte van jaarlijks op 11 november te betalen canon. Die canon stond van 1733 tot 1910 vast op een bedrag van *f* 45,-. En passant vermeldde het hof nog dat onder het regime van de Code civil ook erfpachtrechten gevestigd konden worden.[427]

De volgende zaak vormt een voorbeeld van een geschil over stedelijke erfpacht waarin algemene erfpachtvoorwaarden waren betrokken.[428] De gemeente Schiedam had een perceel grond in erfpacht uitgegeven aan een scheepvaartbedrijf onder toepassing van de algemene erfpachtvoorwaarden uit 1921. Omdat de erfpachter de canon niet meer betaalde vorderde de gemeente als erfverpachter in rechte betaling van de achterstallige canon en vervallenverklaring van het erfpachtrecht. Door onhandig procederen zag de gemeente beide vorderingen stranden. De vordering tot betaling van achterstallige canon was niet juist ingediend en kon niet geacht worden te zijn begrepen in een vordering tot vervallenverklaring.[429] Ten aanzien van de vordering tot vervallenverklaring had de gemeente als erfverpachter nagelaten te voldoen aan de verplichting uit de algemene erfpachtvoorwaarden om de erfpachter eerst aan te manen en een termijn te stellen om

425 Hof Arnhem 18 februari 1914, *W*. 9708 (*Nederduits Hervormde Gemeente te Zwolle/Van der Vegte c.s.*). Het daaropvolgende arrest HR 26 februari 1915, *W*. 9864, *NJ* 1915, p. 625 (*Van der Vegte/Nederlandsche Hervormde Gemeente Zwolle*) is kort behandeld in par. 2.4.2.2 hierboven.

426 Hof Arnhem 18 februari 1914, *W*. 9708, p. 3 linkerkolom: '(...) dat nu weliswaar door de eischende kerkvoogden geen constitutieven titel, in den zin van eene overeenkomst van het door hen geposeerde recht van erfrecht [=erfpacht] in het geding is gebracht, doch dat zulk een titel kan worden gemist als de rechtsbetrekking van erfpacht van elders mocht blijken vast te staan en deze naar rechten voldoende blijkt uit het verzoek van J. Meijer met de daarop genomen resolutie van Raad en Meente [14 december 1733].'

427 Hof Arnhem 18 februari 1914, *W*. 9708, p. 3 rechterkolom: '(...) al moge dan die wet van 1824 niet gelden voor het onderwerpelijke erfpachtsrecht het recht van erfpacht in ons land zeer zeker van ouds bekend was en dan ook door de schrijvers over het oud-Hollandsch recht uitvoerig wordt behandeld en trouwens door den Code Civil niet is verboden of afgeschaft, dus bezwaarlijk als niet bestaande kan worden aangemerkt (…).' Deze vermelding was reden voor vermelding van het arrest bij Reepmaker 1931, p. 55-57.

428 Rb. Rotterdam 2 april 1937, *NJ* 1938/649 (*Schiedam/Scheepvaart Mij 'Frederica'*).

429 Rb. Rotterdam 2 april 1937, *NJ* 1938/649, p. 4 tweede en derde kolom: '(…) dat immers eischer slechts vergunning heeft verkregen tot het instellen van een eisch in rechte tot vervallenverklaring 'van de erfpacht' en daartoe zeker niet behoort het opvorderen van achterstallige 'huur' (canon), te meer, daar het denkbaar is, dat men die vordering tot betaling heeft opgegeven en zich beperkt tot de vordering tot vervallenverklaring.'

alsnog aan haar verplichtingen te voldoen.[430] De erfpachter, die ten tijde van het proces in liquidatie verkeerde, betwistte de grondslag voor vervallenverklaring, het vermeende staken van de exploitatie van een schaftlokaal. Uit deze zaak bleek dat erfpachtvoorwaarden ook verplichtingen voor erfverpachters konden inhouden en dat die zich dan ook daaraan dienden te houden.

Een vroeg geschil handelde om het bindend advies van deskundigen bij tussentijdse canonherziening.[431] De gemeente Rhenen had grond uitgegeven in erfpacht waarbij in de algemene erfpachtvoorwaarden (uit 1926) was bepaald dat de canon tien jaar na uitgifte zou worden herzien aan de hand van een nieuwe taxatie van de grondwaarde, en daarna iedere twintig jaar. Indien partijen niet tot overeenstemming kwamen over de hoogte van de nieuwe canon, zou de canon worden vastgesteld op vijf procent van de nieuwe grondwaarde en zouden drie deskundigen worden benoemd die bij akte de hertaxatie van de grondwaarde zouden bepalen. In 1936 was een dergelijke hertaxatie aan de orde en werden drie deskundigen benoemd die het niet eens werden over de correcte taxatie van de grondwaarde. Zij stelden ieder een rapport op voor de gemeente waarin twee van hen de getaxeerde waarde verminderden vanwege de omstandigheden van het geval, zij pasten een 'billijkheidscorrectie' toe. Bij de latere vastlegging van de hertaxatie in een notariële akte werd afgezien van deze correcties, waarna de erfpachter de verhoogde canon onder protest betaalde. Het hof legde de bepaling uit de vestigingsakte objectief uit[432] en stelde daarbij vast dat het de bedoeling van partijen was geweest dat de hertaxatie bij notariële akte als rechtshandeling moest plaatsvinden.[433] Die partijbedoeling was bovendien in overeenstemming met het wezen van de erfpachtovereenkomst in het algemeen. De akte diende dus niet louter als bewijs en alle andere verslagen of brieven van de deskundigen deden niet ter zake. Bovendien was het hun taak de grondwaarde te bepalen en niet de waarde die het erfpachtrecht had voor de erfpachter, ook al vond de canonherziening plaats midden in de economische crisis. De betekenis van deze uitspraak voor de rechtsverhouding was dat de inhoud van het recht uitsluitend kon worden ontleend aan de wettelijke bepalingen en aan de vestigingsakte. Andere bronnen van de partijbedoelingen deden niet ter zake.

---

430 Rb. Rotterdam 2 april 1937, *NJ* 1938/649, p. 4 derde kolom: '(...) dat eischer echter ook in die actie niet-ontvankelijk is, omdat in de overeenkomst van erfpacht uitdrukkelijk is bepaald (art. 38 lid 1) dat zulk een actie alleen kan worden ingesteld, nadat de Gemeente aan haar erfpachter gerechtelijk heeft doen aanzeggen, 'welke overtreding of niet-nakoming wordt beweerd en hem een redelijken termijn te hebben gesteld tot de voldoening van zijn beweerde verplichting', welke aanzegging de Gemeente heeft nagelaten.' Art. 38 verwees naar de voorwaarden waaronder ten behoeve van inrichtingen van handel en nijverheid gronden dezer gemeente in erfpacht werden uitgegeven, vastgesteld door de Raad der gemeente Schiedam op 29 april 1921.

431 Hof Arnhem 21 mei 1941, *NJ* 1941/799 (*Griffioen/Rhenen*).

432 Hof Arnhem 21 mei 1941, *NJ* 1941/799, p. 1 vierde kolom: "Bij het einde van het eerste tijdvak van tien jaar, waarvoor thans de canon is vastgesteld, zal overeenkomstig het bepaalde bij art. 4 der hierna te vermelden algemeene voorwaarden, de waarde der in erfpacht uitgegeven grond, thans geschat op *f* 21.183,60, opnieuw worden vastgesteld, en de canon voor het volgende tijdvak van twintig jaar worden bepaald op vijf procent der geschatte waarde van den grond en zoo vervolgens voor ieder volgend tijdvak van twintig jaar, *zullende van het plaats gehad hebben van zulk een herschatting telkens bij authentieke akte moeten blijken*." Het cursieve tekstgedeelte vormde voorwerp van uitleg door het hof.

433 Hof Arnhem 21 mei 1941, *NJ* 1941/799, p. 1 vierde kolom: '(...) toch dat uit de boven aangehaalde bepaling van het erfpachtscontract blijkt dat het de bedoeling van partijen is geweest – gelijk ook is in overeenstemming met het wezen van de erfpachtsovereenkomst in het algemeen – dat hetgeen van de deskundigen werd verlangd uitsluitend was een herschatting van de objectieve waarde van den grond, gelijk ook was geschied bij de vaststelling van de waarde op *f* 21.183,26 in de akte van erfpacht zelven, en herschatting dus los van de omstandigheden welke den pachter persoonlijk en de op hem rustende verplichtingen betroffen.'

Bij een geschil over de aard van een erfpachtrecht probeerde de erfpachter uit vrees zijn vermogen te verliezen de aanwezigheid van een opstalrecht aan te tonen. Deze erfpachter van een recht gevestigd in 1837 werd rond 1960 geconfronteerd met een opzegging door de erfverpachter en vocht het verlies van zijn grond en gebouwen zonder enig recht op vergoeding aan met, onder meer, de stelling dat hij een eeuwigdurend en onopzegbaar recht had en dat hij tevens houder was van een opstalrecht dat recht gaf op een vergoeding bij einde recht.[434] Het hof leidde uit de tekst van de vestigingsakte van 9 september 1837, de wetsgeschiedenis en de aangedragen feiten af dat partijen niet anders hadden bedoeld dan een erfpachtrecht te vestigen. Een objectieve uitleg van de vestigingsakte bracht mee dat het zeer onwaarschijnlijk was dat partijen bedoeld hadden een opstalvergoeding overeen te komen:

> '(…) dat echter de bewuste akte een uitdrukkelijke toekenning van zodanig recht op vergoeding – mogelijk ingevolge art. 782 B.W. – niet inhoudt en gezien het feit, dat krachtens dezelfde akte de verpachter zelfs kan weigeren een ander als erfpachter te aanvaarden immers zijn schriftelijke toestemming nodig is voor een overdracht van het recht van erfpacht, *hetgeen wijst op een zwakke economische positie van de erfpachter tegenover de grondeigenaar*, het den Hove weinig aannemelijk voorkomt, dat pp. bedoeld zouden hebben om de erfpachter toch een vergoedingsrecht in de zin van art. 762 B.W. toe te kennen;'[435]

Dat was een belangrijke constatering, de vrije overdraagbaarheid van het recht vormde een toetssteen voor de (ruime) bevoegdheden van de erfpachter. Ook in de relatief hoge canon kon geen argument gevonden worden voor de aanwezigheid van een opstalrecht.[436] Ten aanzien van de duur van het recht oordeelde het hof dat het hier een erfpachtrecht voor onbepaalde tijd betrof, nu in de vestigingsakte geen duur was bepaald, en dat de erfverpachter met toepassing van art. 783 jo. 766 OBW het recht na verloop van dertig jaar kon opzeggen. Het was niet mogelijk een eeuwigdurend en onopzegbaar recht te verkrijgen door verjaring. Ten onrechte had de rechtbank geoordeeld dat de opzegtermijn van een jaar 'op grond van billijkheid en redelijkheid' tegen de wil van de erfverpachter kon worden verlengd. De inhoud van het erfpachtrecht werd bepaald door de tekst van de wet en de vestigingsakte, objectief uitgelegd, argumenten ontleend aan de redelijkheid kwamen daar in 1962 nog niet aan te pas.

Ten slotte een voorbeeld van een geschil over de benoeming van deskundigen die de opstalvergoeding na het einde van een opstalrecht moesten vaststellen.[437] De vestigingsakte van dit opstalrecht gevestigd in 1862 voor de duur van honderd jaar bepaalde dat de grondeigenaar na het einde van de looptijd bevoegd was de gebouwen die op de grond stonden tegen betaling van de waarde daarvan over te nemen, waarbij die waarde door onafhankelijke deskundigen diende te worden bepaald. De vestigingsakte bepaalde echter niets over de wijze waarop deze des-

434 Hof Den Haag 2 mei 1962, *NJ* 1963/163 (*'t Hart/Boddaert c.s.*).
435 Hof Den Haag 2 mei 1962, *NJ* 1963/163, p. 436 rechterkolom. Nadruk toegevoegd.
436 Hof Den Haag 2 mei 1962, *NJ* 1963/163, p. 437 rechterkolom: '(...) echter, dat geenszins verboden en ontoelaatbaar is, wanneer pp. het bedrag van de canon op een veel hoger bedrag stellen, n.l. op een welke als een werkelijke tegenpraestatie voor het genot van de grond kan worden beschouwd.'
437 Rb. Middelburg 4 december 1963, *NJ* 1964/244 (*De Groot/Domburg*).

kundigen benoemd moesten worden.[438] De gemeentelijke grondeigenaar deed een eenzijdig verzoek aan de kantonrechter tot benoeming van drie deskundigen, maar deze beschikking had geen effect op de rechtsverhouding tot de (voormalige) opstalhouder nu die beschikking geen grondslag in die rechtsverhouding had. Dat was mogelijk anders geweest als de vestigingsakte een dergelijke welwillendheidsbeslissing had voorgeschreven of indien grondeigenaar en opstalhouder het verzoek gezamenlijk hadden gedaan.

2.4.2.9 Samenvatting rechtspraak 1905-1992

In de erfpachtjurisprudentie van de Hoge Raad uit de periode 1905-1992 kwam de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter veel vaker dan eerder aan de orde, met name vanaf de jaren zeventig bleek een toename van de aandacht voor de rechtsverhouding. Van oorsprong verbintenisrechtelijke leerstukken zoals uitleg en goede trouw werden vaker betrokken op de goederenrechtelijke rechtsverhouding omdat deze kenmerken van een contractuele relatie vertoonde. Erfpachtvoorwaarden uit de vestigingsakte werden uitgelegd naar partijbedoeling. Op grond van art. 779 OBW bleef de rechtsverhouding bestaan zolang het recht doorliep, maar na opzegging en na verzet van de grondeigenaar tegen verlenging eindigde het recht van erfpacht en daarmee de rechtsverhouding. De vraag naar de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden stelde het onderscheid tussen bedingen met zakelijke en bedingen met louter obligatoire werking op de agenda. Het verplichte lidmaatschap van een beheervereniging en delen in onderhoudskosten vormden verbintenissen die volgden uit algemene of bijzondere erfpachtvoorwaarden omdat hierbij een machtsverhouding tot de in erfpacht gegeven zaak ontbrak. Uit de voorbeelden van lagere rechtspraak bleek dat de inhoud van de rechtsverhouding vrijwel uitsluitend aan de hand van de vestigingsakte moest worden bepaald, waarbij soms een objectieve uitleg van de bewoordingen van de akte nodig was om de bedoeling van partijen te achterhalen. Andere feiten en omstandigheden speelden geen rol, het ging om de tekst van de akte in afwijking van of in aanvulling op de tekst van de wet. Over het algemeen werd de rechtsverhouding in deze periode beschouwd in goederenrechtelijke termen, maar speelden bij de oordelen over erfpachtgeschillen verbintenisrechtelijke leerstukken een toenemende rol zonder dat sprake was van een problematisering van dit gebruik van verbintenissenrecht.

2.4.3 Rechtspraak 1992-2018

Ook voor de meest recente periode is bekeken of en op welke wijze de Hoge Raad in oordelen over erfpachtverhoudingen aandacht besteedt aan de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter, inclusief daaruit voortvloeiende verbintenissen, welke terminologie daarbij wordt gebruikt en welk recht wordt toe-

438 Rb. Middelburg 4 december 1963, *NJ* 1964/244, p. 606 linkerkolom citeerde de bewuste bepaling dat: ‘na het eindigen van de termijn van 100 jaar de gem. Domburg het recht heeft de gebouwen op de ondergrond tegen de daaraan door onzijdige desk.n toegekende waarde in eigendom over te nemen.’

gepast.[439] In deze periode worden van oorsprong verbintenisrechtelijke vraagstukken zoals de eisen van redelijkheid en billijkheid en uitleg meer systematisch toegepast op goederenrechtelijke verhoudingen. Hieronder worden deze twee lijnen in de jurisprudentie gevolgd, de toepassing van de eisen van redelijkheid en billijkheid in par. 2.4.3.1 en de leer van de uitleg toegepast op erfpachtvoorwaarden in par. 2.4.3.2. Binnen de categorieën worden de uitspraken in chronologische volgorde besproken en afgesloten wordt met een samenvatting van de bevindingen.

2.4.3.1 Redelijkheid en billijkheid

Dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in zijn algemeenheid van toepassing konden zijn in erfpachtverhoudingen werd met zoveel woorden vastgesteld in het arrest Haagse erfpacht uit 1999.[440] Eerder was al bepaald dat de erfverpachter bij opzegging van het recht of bij het verlenen van toestemming voor overdracht de eisen van de goede trouw in acht diende te nemen.[441] In de uit 1994 daterende Haagse procedure stond de rechtsverhouding centraal tussen de gemeente als erfverpachter en de zittende erfpachters bij gelegenheid van de afloop van tijdelijke erfpachtrechten die 75 jaar hadden geduurd. De erfpachters kwamen op tegen de aangeboden heruitgifte vanwege de daaraan verbonden verhoging van de canon en presenteerden hun geschil daarbij nadrukkelijk in het kader van een bestaande contractuele rechtsverhouding waarop de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing waren. De rechtbank bevestigde de visie dat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter als een contractuele verhouding moest worden beschouwd:

> "Met de erfpachters is de rechtbank van oordeel dat ten aanzien van het vernieuwen van aflopende erfpachtcontracten sprake is van een verlenging van de contractuele relatie."[442]

Het hof beschouwde de rechtsverhouding echter niet als een contractuele band en ontkende de doorlopende rechtsverhouding na afloop van het tijdelijk recht:

---

439 De uitspraken van de Hoge Raad over erfpachtverhoudingen zijn verzameld door raadpleging van het papieren register van de Nederlandse Jurisprudentie voor de jaren 1992-2009 en door raadpleging van rechtspraak.nl en Legal Intelligence voor de jaren 1995-2018. Geselecteerd zijn civiele uitspraken van de Hoge Raad waarin het zoekwoord erfpacht voorkwam, waarbij vaststond dat een erfpachtrecht gevestigd was en dat erfpachtrecht onderwerp van geschil vormde tussen erfpachter en erfverpachter. Ook uitspraken waarin primair een opstalrecht in het geding was, maar overigens dezelfde problematiek aan de orde was, zijn geselecteerd. In totaal zijn voor de periode 1992-2018 ruim 60 uitspraken van de Hoge Raad bestudeerd. Uitspraken die vooral betrekking hebben op algemene erfpachtvoorwaarden worden in hoofdstuk 3 behandeld. De lagere rechtspraak uit deze periode komt aan de orde bij de behandeling van de afzonderlijke onderwerpen in hoofdstukken 4-6, in deze paragraaf gaat het om de grote lijnen zoals uitgezet door de Hoge Raad. Uit de zoekacties op rechtspraak.nl voor de jaren 2009 en later blijkt dat het aantal Hoge Raad-uitspraken over erfpacht zeer gering is in verhouding tot het aantal oordelen van lagere rechters over erfpachtverhoudingen. Niet iedereen procedeert immers tot aan de Hoge Raad. Zoals uit onderstaande uitspraken blijkt zijn in cassatieprocedures vooral overheidsinstanties zoals gemeenten en waterschappen betrokken.

440 HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*).

441 Zie voor opzegging en beëindiging van het recht HR 26 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6479, *NJ* 1979/452, m.nt. W.M. Kleijn (*Van der Waal/'s-Gravenhage*), behandeld in par. 2.4.2.5 en voor toestemming onder meer Scholten 1920.

442 Rb. Den Haag 30 november 1994, ECLI:NL:RBSGR:1994:AS5992, *BR* 1995, p. 329 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), r.o. 4.2.

> "Het betoog van de Stichting neemt een onjuist uitgangspunt, omdat de zittende erfpachter zijn rechtsverhouding voor de duur van zijn tijdelijke erfpacht ontleent aan die erfpacht, doch niet aan enige met de gemeente gesloten overeenkomst. Wanneer de gemeente voorafgaande aan het moment dat de tijdelijke erfpacht een einde neemt met de zittende erfpachter in onderhandeling treedt door hem aan te bieden de onroerende zaak bij het einde van de tijdelijke erfpacht aan hem in eeuwigdurende erfpacht uit te geven tegen een afkoopsom ter hoogte van de actuele grondwaarde, doet de gemeente de zittende erfpachter een aanbod tot de vestiging van een nieuw recht en wordt zij daarbij niet door enige contractuele band (en dus ook niet door artikel 6:248 BW) beperkt."[443]

De erfpachters betoogden in cassatie dat zij geen willekeurige derden waren in de onderhandelingen met de gemeente over heruitgifte en dat het hof dat naar hun mening had miskend. Het cassatiemiddel betoogde dat het hof

> 'als uitgangpunt [heeft] genomen, (…) dat de Gemeente bij het bepalen van de voorwaarden waaronder zij bereid is tot heruitgifte over te gaan, slechts wordt beperkt door de regel dat zij geen misbruik van haar bevoegdheid mag maken.'[444]

De Hoge Raad verwierp dit middel omdat de gevolgtrekking berustte op een onjuiste lezing van het arrest. Het hof had de contractuele relatie weliswaar afgewezen, maar dat betekende niet dat het hof had geoordeeld dat tussen partijen na afloop van het recht geen enkele rechtsverhouding meer zou bestaan:

> "Dit betoog berust op een onjuiste lezing van 's Hofs arrest, zodat het onderdeel bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie kan leiden. Weliswaar heeft het Hof zich niet verenigd met het standpunt van de Stichting dat tussen de Gemeente als erfverpachter en de zittende erfpachter een – bij de heruitgifte voortgezette – contractuele band bestaat, doch *hieruit volgt niet dat het Hof zou hebben geoordeeld dat tussen de Gemeente en de zittende erfpachter na de expiratiedatum van de tijdelijke erfpacht niet een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding is blijven bestaan*. Integendeel, door niet te volstaan met de overweging dat de Gemeente geen misbruik van haar eigendom maakt, doch daaraan toe te voegen dat de Gemeente tegenover de zittende erfpachter ook niet onredelijk handelt, en door voorts te onderzoeken of blijkt van bijzondere omstandigheden die tot een andere conclusie zouden kunnen leiden, heeft het Hof tot uitdrukking gebracht dat het de gedragslijn van de Gemeente heeft getoetst aan de eisen van redelijkheid en billijkheid."[445]

Naar de mening van A-G De Vries Lentsch-Kostense moest de vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen de erfverpachter en de voormalig erfpachter gedurende de onderhandelingen over heruitgifte evenmin gezien worden als een contractuele band, maar als een precontractuele vermogensrechtelijke rechtsverhouding die, als alle meerzijdige rechtshandelingen en op grond van art. 6:216 BW, werd beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit gold ongeacht of er bij

443 Hof Den Haag 29 mei 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:AS5303, *BR* 1998, p. 60 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), r.o. 10. En in r.o. 11: 'wanneer de periode waarvan de gemeente haar eigendom destijds in tijdelijke erfpacht heeft uitgegeven, verstrijkt, eindigt het recht van de zittende erfpachter en heeft de gemeente vanaf dat moment de onbezwaarde eigendom van haar onroerende zaak die uit de grond met de opstal bestaat.'

444 HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446, r.o. 3.3.2.

445 HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446, r.o. 3.3.2. Nadruk toegevoegd.

heruitgifte sprake was van een feitelijke verlenging of vernieuwing van de rechtsverhouding of van het vestigen van een nieuw recht en het gold eveneens bij afwikkeling van de rechtsverhouding.[446]

Algemeen wordt beschouwd dat het arrest een leemte in de wet vulde ten aanzien van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter wanneer partijen na afloop van een tijdelijk recht onderhandelen over heruitgifte of over de afwikkeling van de rechtsverhouding.[447] Erfpachters, gemeente en rechtbank erkenden met zoveel woorden dat tussen partijen na het einde van het recht en gedurende de tijd dat partijen onderhandelen over heruitgifte, een rechtsverhouding bestaat of blijft bestaan waarop de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn. Het hof was daar niet expliciet in, maar de Hoge Raad las in het oordeel van het hof geen ontkenning van deze stelling. Daarmee werd voor het eerst in de rechtspraak geoordeeld dat de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing konden zijn op goederenrechtelijke verhoudingen.

Naar mijn mening was er in dit geval geen geëindigde goederenrechtelijke rechtsverhouding omdat feitelijk sprake was van een stilzwijgende verlenging van de erfpachtrechten krachtens art. 779 OBW naar oud recht of art. 5:98 BW naar nieuw recht, ook al verwijst het arrest daar niet naar. Er is ook geen sprake van een echte leemte in de wet, eerder van nawerking van de bestaande rechtsverhouding waarvan de tijdsduur is verlopen, maar die wordt gecontinueerd voor de duur van de precontractuele onderhandelingen waaruit eventueel een overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht kan voortvloeien.[448] Gedurende die precontractuele fase is er zowel sprake van het doorlopen van de bestaande goederenrechtelijke verhouding als van een verbintenisrechtelijke precontractuele rechtsverhouding die voorafgaat aan en mogelijk resulteert in een overeenkomst tot vestiging van een nieuw, vernieuwd of verlengd erfpachtrecht. Dat op die in wezen verbintenisrechtelijke verhouding de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn volgt uit de bestaande leer over precontractuele onderhandelingen en is evenmin een nieuw inzicht.[449] De hamvraag is of de eisen van redelijkheid en billijkheid ook van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen

446 Conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446, par. 8: 's Hofs oordeel dat tussen de gemeente en haar erfpachters niet een contractuele band bestaat die als contractuele band krachtens art. 6:248 BW door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst en die bij heruitgifte in feite wordt voortgezet, is juist zoals overigens ook in het middel reeds wordt toegegeven. Tussen de gemeente/erfverpachter en haar erfpachters bestaat geen contractuele band doch een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking. Deze rechtsbetrekking wordt – zoals ook het Hof kennelijk en terecht tot uitgangspunt nam – eveneens beheerst door de redelijkheid en billijkheid; de werking van art. 6:2 BW is door art. 216 BW juncto art. 6:248 BW uitgebreid tot alle meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, zodat de conclusie gerechtvaardigd is *dat alle vermogensrechtelijke verhoudingen aan het beginsel van de redelijkheid en billijkheid onderworpen zijn. Dit beginsel beheerst derhalve ook de verhouding tussen de erfverpachter en de erfpachter bij het einde van de tijdelijke erfpacht althans voor zover het gaat om heruitgifte of om de afwikkeling van de rechtsverhouding*.' Nadruk toegevoegd.

447 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/220a, Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 564, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 486-487.

448 Struycken 2000 ziet het arrest over de Haagse erfpacht als een gemiste kans voor de Hoge Raad om zijn oordeel te geven over de nawerking van de contractuele titel op de rechtsverhouding tussen betrokkenen bij een goederenrechtelijk recht. De nawerkende contractuele titel betreft de overeenkomst tot vestiging of wijziging van een erfpachtrecht. In de doctrine bestaan strikte voor- en tegenstanders van deze nawerking. Zie daarvoor ook par. 2.3 waarin de doctrine over de rechtsverhouding wordt behandeld.

449 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels *5* 2008/220.

partijen gedurende de looptijd van het erfpachtrecht. Het antwoord op die vraag volgt niet uit het arrest Haagse erfpacht, ook niet impliciet.

De eisen van redelijkheid en billijkheid komen na 1999 vaker voor in arresten over erfpachtverhoudingen. In een zaak over agrarische erfpacht weigerde de erfpachter de canonverhoging te betalen omdat de gemeente als erfverpachter naar zijn mening nog niet gerechtigd was de canon te verhogen en bovendien de verhoging onjuist had berekend.[450] De kantonrechter had de vordering van de grondeigenaar afgewezen op de grond dat het een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare verhoging van de canon betrof.[451] In cassatie stuitte behandeling van de grieven over dat oordeel van de kantonrechter af op de appelgrens, maar aangenomen mag worden dat in de erfpachtvoorwaarden geen duidelijke bepaling over het moment en de grondslag van de canonverhoging was opgenomen zodat aanvulling van de rechtsverhouding op zijn plaats was. In dit arrest werd nog geen strikte uitleg gehanteerd.

De maatstaven van redelijkheid en billijkheid zijn in de erfpachttitel alleen opgenomen in art. 5:97 BW. De op grond van dit artikel mogelijke vordering de inhoud van het erfpachtrecht te wijzigen of het recht op te heffen op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de eigenaar of de erfpachter kan worden gevergd, werd en wordt zelden toegewezen.[452]

Een andere bepaling uit de erfpachttitel waarin de 'redelijkheid' een rol speelt is art. 5:91 BW, op grond waarvan de erfverpachter toestemming voor overdracht of splitsing van het recht kan bedingen en de erfpachter de kantonrechter om vervangende machtiging kan verzoeken indien de erfverpachter zijn toestemming zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart. In 2010 wees de Hoge Raad een beschikking over de toetsingsmaatstaf uit deze bepaling.[453] De kantonrechter dient bij een dergelijk verzoek, aldus de Hoge Raad, te onderzoeken of de erfverpachter de vereiste toestemming zonder redelijke gronden weigert. Indien aan die toestemming voorwaarden zijn verbonden dient de rechter

450 HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9594, *NJ* 2002/299 (*Geboers/Asten*). Identiek HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9595 (*Geboers/Asten*) en HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9597 (*Geboers/Asten*), gewezen tussen dezelfde partijen en betrekking hebbend op eenzelfde vorderingen betreffende erfpachtrechten op andere percelen. Het betrof in alle gevallen een oordeel van de kantonrechter te Helmond van 11 september 1998 (niet gepubliceerd).

451 HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9594, r.o. 3.1: "De gemeente heeft voor de Kantonrechter betaling gevorderd van dit restantbedrag, vermeerderd met de wettelijke rente sedert 18 mei 1995, alsmede met de kosten. De Kantonrechter heeft deze vordering afgewezen op de grond dat het een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare verhoging van de canon betreft." Evenzo de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent, ECLI:NL:PHR:2002:AD9594, bij HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9594, *NJ* 2002/299 (*Geboers/Asten*), par. 1.7: "Nadat de kantonrechter bij tussenvonnis van 12 december 1997 een comparitie van partijen heeft gelast, heeft hij bij eindvonnis van 11 september 1998 de vordering van de Gemeente afgewezen. De kantonrechter heeft overwogen dat de verhoging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is."

452 Everaars 2015a. Zie par. 6.6 waarin de beëindiging van erfpachtrechten op grond van onvoorziene omstandigheden wordt behandeld.

453 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *TBR* 2010/93, m.nt. F.J. Vonck (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*). Identiek: HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0871 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*). Deze arresten en de toetsingsmaatstaf voor toestemming worden behandeld in par. 4.5.3.

tevens te onderzoeken of die voorwaarden redelijk zijn. Zijn de voorwaarden onredelijk dan kan de kantonrechter de gevraagde machtiging verlenen, onvoorwaardelijk of onder de voorwaarden die de rechter redelijk acht. De erfverpachter dient bij het weigeren van toestemming voor overdracht of splitsing het goederenrechtelijke stelsel, de wet en zijn eigen algemene erfpachtvoorwaarden in acht te nemen, en indien hij dit nalaat handelt hij onredelijk jegens de erfpachter die zijn recht wil overdragen. Deze bescherming geldt eveneens voor splitsing van het erfpachtrecht, maar niet voor bestemmingswijziging.[454]

Uit de besproken arresten kan voorlopig worden geconcludeerd dat na ommekomst van de looptijd van een tijdelijk erfpachtrecht op de rechtsverhouding tussen de partijen die onderhandelen over heruitgifte de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn, wat zowel volgt uit de stilzwijgende verlenging van het recht als uit de leer omtrent precontractuele onderhandelingen. De eisen van redelijkheid en billijkheid vinden echter hun begrenzing in de stabiliteit van goederenrechtelijke verhoudingen en de goederenrechtelijke aard van het erfpachtrecht die onder meer meebrengen dat het erfpachtrecht niet de facto onoverdraagbaar gemaakt kan worden.

Een aantal recente arresten van de Hoge Raad over erfpachtzaken toont de actuele toepassing van verbintenisrechtelijke instrumenten op geschillen die voortvloeien uit de rechtsverhouding. Daaruit kan echter nog niet geconcludeerd worden dat deze instrumenten tegenwicht bieden aan de sinds 1992 verruimde kaders voor de vestiging van erfpachtrechten.[455] Het ging in vrijwel alle gevallen om rechten die voor 1992 waren gevestigd en de omstandigheid dat de erfpachtvoorwaarden die lang geleden waren afgesproken de erfpachter of de erfverpachter gingen beknellen vormde geen reden om die voorwaarden niet toe te passen.

Een erfpachter van een tijdelijk erfpachtrecht kreeg vlak voor het einde van de looptijd te horen dat het recht niet opnieuw zou worden uitgegeven, maar dat hij wel een deel van de grond zou kunnen kopen voor een door de erfverpachter bepaalde aankoopprijs.[456] De erfpachter vond de prijs te hoog en in cassatie stond de vraag centraal of de erfverpachter met dit koopaanbod misbruik maakte van zijn economische machtspositie. Het beroep op art. 24 Mededingingswet, dat een Europeesrechtelijk misbruikbegrip bevat dat ruimer moet worden opgevat dan misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 BW, en de eis tot veroordeling van de erfverpachter tot vaststelling van een redelijke prijs werden in feitelijke instanties verworpen en konden volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden.

454 Ingeval een overheidsinstantie als grondeigenaar optreedt kan een erfpachter in meerdere hoedanigheden met deze instantie te maken krijgen. In een zaak uit 2009 verleende een gemeente als grondeigenaar geen toestemming voor het gebruik van een perceel als standplaats, terwijl voor datzelfde gebruik door dezelfde gemeente wel een publiekrechtelijke vergunning was verleend, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*). In casu werden geen zwaarwegende belangen van de gemeente om de toestemming te weigeren aangenomen. De toetsingsmaatstaf vormde in dit geval art. 3:14 BW en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

455 Struycken 2007, p. 747-753 zoals aangehaald in par. 2.3.9, met name p. 747-748: '(…) het imprévision-instrument in het goederenrecht en overigens de meer geprononceerde rol voor de redelijkheid en billijkheid, ten dele via het leerstuk misbruik van bevoegdheid, zijn (…) instrumenten die de rechter kan gebruiken om de scherpte kantjes af te vijlen van beperkte goederenrechtelijke rechten die door hun inhoud en hun duur disproportionele last zijn geworden.' Zie verder par. 7.3.1 waarin ik mijn bevindingen toets aan deze stellingen.

456 HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2448 (*erfpachter/Rentambt van Over-Betuwe*).

Naar het oordeel van het hof was er geen sprake van een economische machtspositie op de relevante markt. Er was geen ruimte voor de rechter om de erfpachter tegemoet te komen die na afloop van het erfpachtrecht zijn woning zou verliezen zonder recht op een opstalvergoeding. Dat de erfverpachter alleen een deel van de grond wilde verkopen en tegen een prijs vastgesteld door een door hem ingeschakelde taxateur vormde geen misbruik van zijn eigendomsrecht in de zin van art. 3:13 jo. 5:1 BW. De erfpachter had het einde van de looptijd kunnen voorzien en hem restte geen andere keuze dan het koopaanbod aanvaarden of verhuizen.

Een appartementseigenaar-erfpachter van een voortdurend erfpachtrecht had van de gemeente bij het einde van een tijdvak een aanbod gekregen voor de hoogte van de canon voor het volgende tijdvak.[457] In cassatie ging het om de vraag of het aanbod bepaalbaar was in de zin van art. 6:227 BW nu partijen een verschillende uitleg gaven aan het in het aanbod gehanteerde begrip 'korting'. De Hoge Raad plaatste de beoordeling in het licht van de:

> 'in art. 6:227 BW neergelegde eis van bepaalbaarheid [die] niet los gezien kan worden van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de obligatoire overeenkomst blijkens art. 6:248 BW mede wordt beheerst.'[458]

De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bracht in dit geval mee dat het hof een te strenge maatstaf had aangelegd dat de erfverpachter 'de korting overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid dient te berekenen en conform het gemeentelijk besluit betreffende de ingroeiregeling (vgl. ook HR 6 mei 1960, *NJ* 1961/366).'[459] Het beginsel dat een onderdeel van de overeenkomst, en dat kan ook de prijs zijn, op basis van de aanvullende werking van gewoonte, redelijkheid en billijkheid wordt vastgesteld en dus nooit tot bepaalbaarheidsvragen kan leiden[460] werkte in dit geval in het nadeel van de erfpachter die op het verkeerde been was gezet over de hoogte van de canon voor een periode van vijftig jaar.

De open norm van de algemene voorwaardenregeling vormt volgens de wetgever een *lex specialis* van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.[461] Een vennootschap die als erfpachter een vijfjaarlijkse canonherziening aanvocht zag zijn beroep op de onredelijk bezwarendheid van het beding uit de algemene erfpachtvoorwaarden echter stranden omdat het consumentenrecht niet op zijn

457 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, *NJ* 2016/239, *RCR* 2016/57 (*Amsterdam/erfpachter*). Dit arrest wordt ook behandeld in par. 5.6.5 over canonherziening bij voortdurende erfpachtrechten.

458 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, r.o. 3.5.1.

459 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, r.o. 3.5.2.

460 De 'wenk' van de redactie van *RCR* 2016/57 bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, p. 680, verwijst naar HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7242, *NJ* 1998/723 (*AZG/Het Noorden e.a.*) waarin, net als in HR 6 mei 1960, *NJ* 1961/366 waar de Hoge Raad naar verwees, sprake is van een bij het sluiten van een overeenkomst nog onbepaald onderdeel en stelt dat dat nog niet maakt dat de overeenkomst ongeldig is want: 'dat de omstandigheid dat een onderdeel van het onderwerp ener overeenkomst onbepaald is gebleven, aan de bestaanbaarheid dier overeenkomst niet in den weg staat, mits datgene waartoe de overeenkomst pp. te dien aanzien verbindt op voldoende wijze – zoals het Hof ten aanzien van het onderhavige geval aangeeft: aan de hand van de bedoeling van pp. en zo nodig van de wet, in het bijzonder van art. 1374 en 1375 B. W. – kan worden vastgesteld.'

461 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1595-1596. Zie ook Hijma 2016, p. 37-38 over samenloop tussen art. 6:233a BW en art. 6:248 lid 2 BW, waarbij volgens de Hoge Raad de bezwaarde wederpartij thans kan kiezen of hij een beroep doet op art. 6:233a BW of 6:248 lid 2 BW.

geval van toepassing was.[462] Het hof legde de bepaling uit de algemene erfpachtvoorwaarden objectief uit en was van oordeel dat het ontbreken van een bepaalde methode van canonherziening door deskundigen deze niet onredelijk maakte. De Hoge Raad volgde de conclusie van de A-G die, nu de erfpachter niet tijdig een beroep op de contra proferentem-regel van art. 6:238 lid 2 BW had gedaan, onvoldoende reden zag voor 'reflexwerking' van de rechtspraak over ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden.[463] Het was niet onredelijk dat de erfpachter in dit geval gebonden raakte aan de canonverhoging zoals die was vastgesteld door de deskundigen. Een omvangrijke toetsing van algemene erfpachtvoorwaarden aan de algemene voorwaardenregeling, uitgelegd conform de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, vond plaats in een zaak aangespannen door een belangenorganisatie van erfpachters tegen de gemeente Amsterdam als erfverpachter.[464] De Hoge Raad casseerde de ambtshalve vernietiging door het hof Amsterdam van de eenzijdige wijzigingsbedingen uit de algemene erfpachtvoorwaarden. In beginsel is het goed mogelijk dat algemene erfpachtvoorwaarden worden getoetst aan de richtlijn oneerlijke bedingen, ook ambtshalve, maar in dit geval had het hof een onjuiste toepassing aan de richtlijn gegeven.[465]

In het volgende hoofdstuk ga ik nader in op de betekenis en de werking van de algemene voorwaardenregeling voor erfpachtvoorwaarden, maar op grond van bovengenoemde jurisprudentie van de hoogste civiele rechter kan geconcludeerd worden dat alleen in zeer uitzonderlijke gevallen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid een vasthouden aan de afspraken uit de vestigingsakte opzij kunnen zetten. De verbintenisrechtelijke instrumenten hebben daarmee niet gezorgd voor een aantasting van de goederenrechtelijke beperkte rechten.

2.4.3.2 Uitleg

Geschillen tussen erfpachters en erfverpachters gaan, als alle andere geschillen, veelvuldig over de uitleg van de bij aanvang van het recht gemaakte afspraken. Dat is zeker het geval indien de afspraken lang geleden zijn gemaakt. Notariële akten tot vestiging of wijziging van een beperkt recht worden naar huidig recht uitgelegd volgens een eigen 'strikt objectieve' uitlegnorm die in de jurisprudentie is ontwikkeld. Daarbij wordt aan de partijbedoeling en de feitelijke omstandigheden van het geval geen betekenis toegekend voor zover deze niet blijken uit de tekst van de akte. Hieronder worden eerst enige voorbeelden van zaken behandeld waarin uitleg nodig was en daarna de uitspraken omtrent erfpacht- en opstalrechten die hebben bijgedragen aan het ontwikkelen van de objectieve uitlegnorm.

---

462 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559, *RVR* 2017/51 (*erfpachter/Staat*). Dit arrest wordt ook behandeld in par. 3.5.2 over de reikwijdte van de richtlijn en de hoedanigheid van partijen.

463 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:72, bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559, par. 3.10.

464 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*). Deze uitspraak wordt uitvoerig besproken in de par. 3.5.4 (algemene voorwaarden) en 5.6.6 (canonherziening).

465 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.4. Het hof dat na verwijzing oordeelde bekrachtigde het vonnis van de rechtbank waarbij alle vorderingen van de erfpachters werden afgewezen, Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894. Het daartegen gerichte cassatieberoep werd met een beroep op art. 81 RO afgewezen, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371.

Erfpachtvoorwaarden strekken partijen tot wet, maar onder omstandigheden kan een partijafspraak de bepalingen uit de vestigingsakte opzij zetten. In een arrest over canonindexering stond de vraag centraal of een opvolgend erfverpachter gebonden kon zijn aan de mondelinge afspraken die bij vestiging tussen de toenmalige partijen waren gemaakt.[466] Het hof achtte de afspraak bindend nu de provincie Groningen als opvolgend erfverpachter bij vestiging *de facto* als materiële lastgever van de grondeigenaar Rijksdienst voor de IJsselmeerpolders was opgetreden en dus aangenomen mocht worden dat zij kennis had van de afspraken. Het hof had het beroep van de provincie dat zij als derde te goeder trouw mocht menen dat de erfpachtakte, met daarin opgenomen de bepaling over de periodieke verhoging van de canon, de rechtsverhouding tussen Vebervis en de Staat juist weergaf, terecht verworpen. Hiermee werd op grond van het verbintenissenrecht vastgesteld dat de afspraak tussen partijen die een bepaling uit de vestigingsakte van het erfpachtrecht opzij zette tussen deze partijen geldig was ondanks dat in de goederenrechtelijke grondslag van de rechtsverhouding een andere bepaling over canonindexering was opgenomen. Maar dat was uitsluitend het geval omdat de opvolgende erfverpachters materieel als een en dezelfde partij waren opgetreden.

Bij een recht van erfpacht met betrekking tot een standplaats op de Bloemenmarkt aan het Singel in Amsterdam was in geding het gebruik van de standplaats voor de verkoop van meer dan vijftien procent andere zaken dan bloemen, met name souvenirs.[467] Deze samenstelling van het assortiment was in strijd met de bestemming zoals vastgelegd in de erfpachtakte. Het beroep van de erfpachter op een toezegging van de zijde van de gemeente dat de bewuste bepaling uit de erfpachtakte jegens hem niet zou worden toegepast werd verworpen. Een dergelijke toezegging was niet aangetoond en een andere uitleg zou in strijd zijn met de erfpachtvoorwaarden en met het duidelijke en steeds uitgedragen beleid van de gemeente ten aanzien van het assortiment op de Bloemenmarkt. Daarmee prevaleerde de tekst van de erfpachtakte boven een vermeende toezegging die in strijd was met het gemeentelijk beleid.

Dat erfpacht- en opstalvoorwaarden uitgaan boven toezeggingen ondervonden ook de houders van opstalrechten op de Ringdijk rond de Haarlemmermeer waarop de algemene opstalvoorwaarden van het hoogheemraadschap uit 1970 van toepassing waren. De opstalhouders deden een beroep op een bepaling uit de in 2000 gewijzigde algemene opstalvoorwaarden, door hen opgevat als een aanbod, om hun bestaande recht open te breken en een nieuw recht voor vijftig jaar op grond van de voorwaarden uit 2000 te vestigen.[468] Zij deden dit verzoek in 2007 nadat het hoogheemraadschap als grondeigenaar nieuwe opstalvoorwaarden gebaseerd op het herziene retributiebeleid had vastgesteld. Het hoogheemraadschap weigerde andere dan de nieuwe voorwaarden uit 2007 van toepassing te verkla-

466 HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0805, *NJ* 1993/153 (*Provincie Groningen/Vebervis*). De afspraak dat de erfpachtcanon alleen geïndexeerd zou worden indien de bedrijfsresultaten van Vebervis daar aanleiding toe gaven zou ten onrechte niet in de vestigingsakte zijn opgenomen.

467 HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8317, *JOL* 2006/162 (*Bloemenmarkt*).

468 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*).

ren en wijzigde de financiële voorwaarden voor het aanbod uit de AV2000. Het beroep van de opstalhouders slaagde niet omdat de algemene opstalvoorwaarden uit 2000 blijkens de tekst vatbaar waren voor wijziging en de grondeigenaar in 2007 die wijziging tot stand had gebracht en dit voornemen vanaf 2006 kenbaar had gemaakt aan de opstalhouders. Uitspraken van medewerkers van het hoogheemraadschap omtrent de strekking van de aanbod-bepaling deden niet ter zake omdat zij niet de bevoegde instantie waren en de bevoegde instantie zich niet in die zin over de aanbod-bepaling had uitgelaten. De door de opstalhouders aangevoerde uitleg van de algemene opstalvoorwaarden uit 2000 werd door het hof weerlegd aan de hand van de tekst van die voorwaarden, in het licht van de omstandigheden van het geval.[469] Over de vraag of algemene voorwaarden waarover door partijen niet is onderhandeld moeten worden uitgelegd volgens de objectieve Haviltex-norm bestaat discussie.[470]

Een ander arrest uit 2003 betrof een geschil tussen de erfverpachter en de erfpachters van percelen op een recreatiepark, tevens eigenaren van de daarop geplaatste bungalows, over de vraag of de erfverpachter de vrije en onbelemmerde toegang tot het bungalowpark mocht afsluiten met een slagboom en de erfpachters daardoor mocht beperken in het gebruik van hun percelen.[471] Aan de erfverpachter was bij de overdracht de kwalitatieve verplichting opgelegd de vrije toegang tot het bungalowpark voor alle bewoners te garanderen. De afsluiting vond zijn grondslag in de beheerregeling die op het bungalowpark van toepassing was en waaraan de erfpachters via de erfpachtvoorwaarden gebonden waren. Die beheerregeling moest worden beschouwd als een aanvullende overeenkomst. De verbintenisrechtelijke verhouding tussen de betrokken partijen op grond van de beheerregeling woog niet op tegen de kwalitatieve verplichting van de eigenaar de bewoners de toegang tot het park te garanderen zodat de afsluiting niet doorging. Dat was een terechte beslissing omdat de afsluiting voor de erfpachters het genot van de zaak zou beperken.

De erfpachter mag op grond van art. 5:89 lid 2 BW niet zonder toestemming van de grondeigenaar handelen in strijd met de bestemming van de zaak. In een zaak die speelde op Terschelling berustte het gebruik van een erfpachtperceel voor een andere dan de afgesproken bestemming op een aanvullende obligatoire overeenkomst tussen grondeigenaar en erfpachter.[472] De akte beperkte het gebruik van

469 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0518 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 4: '(…) in artikel 1, tweede lid, AV2000 is bepaald dat de algemene opstalvoorwaarden te allen tijde door het algemeen bestuur kunnen worden herzien. Van enige beperking van die bevoegdheid in de algemene voorwaarden is geen sprake. Uit de AV 2000, als geheel bezien, volgt dat WGH zich uitdrukkelijk de bevoegdheid tot wijziging van alle voorwaarden heeft voorbehouden, waaronder het in artikel 29 opgenomen aanbod aan opstalhouders op wier contracten de AV2000 nog niet van toepassing was. Daaraan kunnen eventuele al dan niet uitdrukkelijk door bestuursleden of medewerkers van WGH gedane uitspraken over de strekking van de bepaling niet afdoen, reeds omdat de AV2000 zijn vastgesteld door het algemeen bestuur van WGH en niet is gesteld of gebleken dat het algemeen bestuur van WGH heeft beoogd, in weerwil van de tekst van de AV2000, met artikel 29 een aanbod te doen waarop artikel 1, tweede lid, niet van toepassing was.'

470 Vóór uitleg van algemene voorwaarden volgens de CAO-norm zijn Tjittes 2009, p. 21 en Van Rossum 2017, p. 66-67. Schelhaas & Valk 2016, p. 54 onderschrijven het oordeel van de Hoge Raad dat niet in het algemeen gesteld kan worden dat algemene voorwaarden altijd objectief moeten worden uitgelegd, maar dat dat afhangt van de context van de overeenkomst.

471 HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1892, *JOL* 2003/160 (*erfpachters/erfverpachter*).

472 HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, *NJ* 2005/41 (*Haantjes/Damstra en Andele*).

het in erfpacht gegeven perceel tot verhuur van recreatiewoningen en bij overeenkomst werd dat gebruik uitgebreid met fietsenverhuur. Nadat de fietsenverhuurovereenkomst was geëindigd verviel het recht op afwijkend gebruik en kon dat niet impliciet worden afgeleid uit de 'nawerking' van de overeenkomst nu dat gebruik in strijd was met de bestemming uit de erfpachtakte.

Uit deze voorbeelden blijkt de variatie aan verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke afspraken die in de praktijk voorkomt tussen grondeigenaren en grondgebruikers. Daarbij wordt alleen in heel bijzondere omstandigheden geen voorrang gegeven aan de vestigingsakte. Het verbintenisrechtelijke leerstuk uitleg is van direct belang voor de rechtsverhouding tussen partijen, als het gaat om verplichtingen jegens elkaar. Voor de uitleg van schriftelijke overeenkomsten ontwikkelde de Hoge Raad in 1981 de zogenoemde Haviltex-norm.[473] De bekende formule uit dit arrest luidt als volgt:

> "De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht."[474]

Volgens deze norm dient bij overeenkomsten beoordeeld te worden wat partijen precies hebben afgesproken aan de hand van de bewoordingen van het schriftelijke contract, hoe partijen die bewoordingen hebben mogen uitleggen en wat zij ten aanzien van die bewoordingen hebben mogen verwachten. Het gaat bij de Haviltex-maatstaf dus niet om alle omstandigheden van het geval, maar om de omstandigheden die hebben bijgedragen aan een redelijke interpretatie van de bewoordingen van het contract. Daarbij kunnen in een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding alle omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst van belang zijn. Heeft deze uitleg tot gevolg dat de overeenkomst een leemte bevat, dan dient die op grond van art. 6:248 lid 1 BW te worden aangevuld. Heeft deze uitleg tot gevolg dat de aldus uitgelegde afspraak onredelijk is, dan kan deze op grond van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing blijven. Een redelijke afspraak dient gewoon te worden nagekomen.[475]

Bij de uitleg van notariële aktes kan de partijbedoeling uitsluitend uit de akte zelf blijken omdat de akte wordt ingeschreven en derdenwerking heeft. Beslissend zijn dan de bewoordingen en de gehele inhoud van de akte als context.[476] In 2000 specificeerde de Hoge Raad de uitlegnorm voor notariële aktes in een zaak over een vordering tot medewerking aan een kadastrale grenscorrectie om te kunnen bepalen of een deel van het pad achter de woning ook aan de koper was overge-

473 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).
474 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635.
475 Schelhaas & Valk 2016, p. 83.
476 Biemans 2015.

dragen. Ten aanzien van de vraag welk deel van de onroerende zaak precies in de overdracht was betrokken formuleerde de Hoge Raad de volgende uitlegnorm voor de akte van levering:

> "Bij de beantwoording van die vraag komt het aan op de in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak. Nu het Hof, evenals de Rechtbank, op grond van deze uitleg tot de conclusie was gekomen dat het litigieuze pad geen onderdeel vormde van de onroerende zaak zoals deze in de akte van levering was omschreven, was daarmee het geschil tussen partijen beslist. Voor bewijsvoering over de partijbedoeling bij het sluiten van de koopovereenkomst was, anders dan het Hof heeft geoordeeld, in dit geval geen plaats meer."[477]

Deze toetsingsmaatstaf voor uitleg van notariële akten is verder ontwikkeld in een arrest uit 2010 over de vestigingsakte van een opstalrecht.[478] In dit geding kwam de vraag aan de orde wat te gelden heeft als de notariële akte afwijkt van de partijbedoeling en van de onderliggende titel. De vraag die de Hoge Raad op de voorgrond plaatst is wat rechtens geldt in de rechtsverhouding tussen partijen: de verkopende grondeigenaar tevens toekomstig opstalhouder en de nieuwe grondeigenaar. Dit behoefde uitleg omdat in de vestigingsakte van het opstalrecht een onmogelijke duurbepaling was opgenomen:

> "Het opstalrecht is eeuwigdurend, met dien verstande evenwel dat het eindigt indien en zodra blijkt dat gemeld met Shell Nederland Verkoopmaatschappij B.V. gesloten huurcontract wordt ontbonden of Shell Nederland Verkoopmaatschappij B.V. (...) of een andere motorbrandstofmaatschappij aan opstaller een lager rendement offreert dan dertig procent (30 %) van de op dat moment actuele grondwaarde, waarbij wordt opgemerkt dat het begrip rendement voor de toepassing van de onderhavige bepaling wordt gedefinieerd als 'de van de motorbrandstofmaatschappij te ontvangen huuropbrengst gedeeld door één procent (1 %) van de actuele grondwaarde'."[479]

Toen voor het tankstation een nieuwe huurovereenkomst werd gesloten ging de grondeigenaar ervan uit dat het opstalrecht was geëindigd, terwijl de opstalhouder zich daartegen verweerde met de stelling dat de bewoordingen van de akte de partijbedoeling bij vestiging onjuist weergaven en dat het recht bijgevolg niet was geëindigd. Het hof oordeelde dat de vestigingsakte duidelijk was en geen uitleg behoefde en dat de partijbedoeling waarop de opstalhouder zich beriep niet uit die akte volgde. Aan de hand van de vestigingsakte werd objectief vastgesteld dat een opstalrecht van korte duur was overeengekomen, nu dit afhankelijk was gemaakt van (het rendement op) een huurcontract voor een tankstation.[480] In cassatie ging het om de vraag of de opstalhouder in de gelegenheid moest worden

477 HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, *NJ* 2001/350, m.nt. W.M. Kleijn (*Eelder Woningbouw/Kammen*), r.o. 3.3.

478 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, *NJ* 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*). Deze uitlegnorm geldt ook voor erfpachtrechten.

479 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, r.o. 3.1. Meerdere in de zaak ingeschakelde deskundigen merkten op dat een rendement van dertig procent van de grondwaarde als hier bedoeld nooit gehaald kon worden.

480 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, r.o. 3.1.

gesteld te bewijzen dat de akte de partijbedoeling bij vestiging onjuist weergaf.[481] Naar het oordeel van de Hoge Raad was dat het geval, de objectieve uitleg van de akte was in de onderlinge verhouding tussen de partijen bij vestiging vatbaar voor tegenbewijs.[482] De Hoge Raad maakt vervolgens onderscheid tussen enerzijds de afspraak over de duur van het recht zoals opgenomen in de obligatoire overeenkomst van koop onder vestiging van een opstalrecht en anderzijds de afspraak over de duur van het recht zoals opgenomen in de vestigingsakte. Voor het achterhalen van de partijbedoeling zoals die geldt in de onderlinge verhouding tussen de partijen bij vestiging kan de obligatoire overeenkomst van belang zijn en die moet worden uitgelegd volgens de Haviltex-maatstaf. In de verhouding tot derden, rechtsopvolgers daaronder begrepen, geldt de partijbedoeling zoals vastgelegd in de vestigingsakte en die wordt objectief uitgelegd.[483] Een bepaalde uitleg van de overeenkomst tot vestiging werkt uitsluitend tussen partijen en heeft geen invloed op de geldigheid van in dit geval de duur van het opstalrecht.

Begin 2018 heeft de Hoge Raad bevestigd dat bij uitlegvragen de rechtsverhouding in kwestie in de beoordeling moet worden betrokken.[484] Dit arrest betrof de maatstaf voor de uitleg van een (verbintenisrechtelijk) kettingbeding in de leveringsakte van een woning die deel uitmaakte van een recreatiepark. Het kettingbeding verplichtte de huiseigenaar aan zijn rechtsopvolger door te geven dat deze in die hoedanigheid verplicht was te voldoen aan de beheerregeling van het recreatiepark. Deze verplichting bestond onder meer uit betaling van een jaarlijkse parkbijdrage voor het onderhoud van de gemeenschappelijke gedeelten van het park. De maatstaf voor de uitleg van een dergelijk beding wordt bepaald door de rechtsverhouding tussen de personen ten aanzien waarvan de uitleg geldt:

481 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, r.o. 4.2.1: "Onderdeel 2 komt op tegen het oordeel van het hof in rov. 3.4 dat [eiseres] niet wordt toegelaten tot bewijslevering met betrekking tot de partijbedoeling bij het sluiten van de overeenkomst waarvan het vestigen van het litigieuze opstalrecht deel uitmaakte. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend dat op grond van art. 151 lid 2 Rv. tegenbewijs openstaat tegen het aan de notariële vestigingsakte te ontlenen dwingend bewijs, waaraan niet kan afdoen dat het voor de vraag naar de vestiging van het opstalrecht (voor de door [verweerster] gestelde duur) aankomt op de in die akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling, af te leiden uit de daarin opgenomen, naar objectieve maatstaven en in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van het te vestigen opstalrecht."

482 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, rov. 4.2.3: "In dit opzicht levert weliswaar de notariële akte waarbij het opstalrecht is gevestigd, indien daarin tevens de inhoud van de obligatoire overeenkomst is opgenomen, tussen partijen bij die akte dwingend bewijs op van de waarheid van hetgeen in de akte door hen omtrent de inhoud van die overeenkomst is verklaard (art. 157 lid 2 Rv.), maar daartegen staat tegenbewijs open (art. 151 lid 2 Rv.), welk tegenbewijs gelet op de hier toepasselijke Haviltex-maatstaf op alle omstandigheden van het geval betrekking kan hebben." Dit oordeel werd bevestigd in HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1744 (*Lisser/Kamsteeg*) in dezelfde zaak.

483 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, r.o. 4.2.3: "Het hof heeft evenwel miskend dat het verweer van [eiseres] aanleiding gaf tevens te onderzoeken of de inhoud van het gevestigde opstalrecht (zoals op grond van de vestigingsakte vastgesteld aan de hand van voormelde objectieve uitlegmaatstaf) afweek van hetgeen partijen met betrekking tot (de duur van) het opstalrecht waren overeengekomen in de aan de vestigingsakte ten grondslag liggende obligatoire overeenkomst. Indien zulks het geval is, heeft [eiseres] daarin immers een aanspraak bedongen op vestiging te haren behoeve van een recht van opstal dat geldt voor de overeengekomen duur. Die aanspraak zou weliswaar geen verandering brengen in de duur van het opstalrecht dat bij akte van 21 december 1995 is gevestigd, maar *in hun onderlinge verhouding* zou de overeenkomst wel in de weg kunnen staan aan (toewijzing van) daarmee strijdige vorderingen van [verweerster].Voor de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van die obligatoire afspraken, komt het – ook indien zij (al dan niet in concept) op schrift zijn gesteld, zoals hier blijkens hetgeen partijen in de feitelijke instanties hebben aangevoerd het geval was met concepten van de duurbepaling en van de notariële akte – aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze afspraken (in dit geval aan de duurbepaling) mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zulks in het licht van alle omstandigheden van het geval (de Haviltex-maatstaf)." Nadruk toegevoegd.

484 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, *NJ* 2018/422, m.nt. H.J. Snijders (*Dammer c.s./Lecc c.s.*).

> "Met betrekking tot de toe te passen uitlegmaatstaf onderscheidt de vraag waar het in dit cassatieberoep om gaat (…) zich van de vraag die een belangrijk twistpunt in de feitelijke instanties was maar in cassatie niet meer aan de orde is, namelijk de vraag welke aanspraken de huidige eigenaren van de huisjes jegens de beheerder van het bungalowpark aan het hiervoor in 3.1 onder (iii) bedoelde beding kunnen ontlenen met betrekking tot de soort en mate van onderhoud en renovatie van de algemene delen van het park en welke parkbijdrage daar tegenover staat. De daarop betrekking hebbende afspraken zijn de huidige eigenaren immers niet zelf met de beheerder van het bungalowpark (of een van zijn rechtsvoorgangers) overeengekomen, maar zijn omschreven in de – voor de diverse huisjes op het bungalowpark grotendeels gelijkluidende – regeling die telkens door middel van een kettingbeding, met een derdenbeding ten behoeve van de beheerder van het bungalowpark, aan de kopers van de huisjes is opgelegd (zie 3.1 onder (iii) hiervoor). Nu met deze regeling gelet op het daaraan verbonden kettingbeding is beoogd de rechtspositie van derden (de kopers van huisjes) te bepalen, bestaat bij de uitleg daarvan grond om uit te gaan van een geobjectiveerde variant van de Haviltex-maatstaf, waarbij aan de bewoordingen van de regeling, gelezen in het licht van de gehele inhoud van de overeenkomst, in beginsel doorslaggevend gewicht toekomt (vgl. rov. 3.5.1 van HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4410, *NJ* 2008/104 (NBA/Meerhuysen))."[485]

In de verhouding tussen de exploitant en de huiseigenaar die de beheerregeling bij aankoop van zijn perceel had aanvaard, dus tussen de partijen bij de oorspronkelijke transactie, dient de inhoud van de verplichting uit het beding volgens de algemene Haviltex-maatstaf te worden uitgelegd. In de verhouding tussen de exploitant en de huiseigenaar aan wie de beheerregeling via het kettingbeding van zijn rechtsvoorganger was opgelegd, waarbij de inhoud van het beding alleen kenbaar is uit de leveringsakte, dient de inhoud van de verplichting uit het beding naar de geobjectiveerde Haviltex-maatstaf te worden uitgelegd.[486] Dit nuttige onderscheid naar de rechtsverhouding tussen partijen is terug te voeren op de wilsvertrouwensleer, op de vraag welke partij op grond van welke informatie heeft mogen vertrouwen op een bepaalde inhoud en uitleg van een contractueel beding, ook als het gaat om afspraken die in een notariële akte (moeten) worden vastgelegd.

De uitleg van een obligatoire verplichting aangegaan tussen erfverpachter en erfpachter bij vestiging van het recht kwam aan de orde in een arrest uit 2012.[487] In geschil was de uitleg van een verplichting die was opgenomen in de erfpachtaanbieding van de gemeente en aanvaard door de erfpachter, maar waaraan niet op de afgesproken wijze uitvoering was gegeven. Een complicatie vormde dat de erfpachter, een projectontwikkelaar, zijn recht splitste in appartementsrechten en deze vervolgens overdroeg waarbij de nakoming van een rentebeding uit de algemene bepalingen voor uitgifte in voortdurende erfpacht in de knel kwam. De

485 HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, r.o. 3.4.3.

486 Valk 2018, p. 19-21 (internetversie) onderschrijft het oordeel, maar zet vraagtekens bij de formulering van het laatste zinsdeel omdat daarin niet de omstandigheden van het geval maar de tekst van het kettingbeding als belangrijkste maatstaf wordt aangewezen. Snijders merkt in zijn verhelderende noot onder het arrest op dat het in dit geval voor het bepalen van de juiste uitlegmethode niet relevant is dat het (obligatoire) kettingbeding was opgenomen in een notariële akte, *NJ* 2018/422, p. 6703 sub d. Dat onderschrijf ik, de reden om het arrest hier te behandelen ligt in de precieze analyse van de rechtsverhouding ten aanzien waarvan het uitlegvraagstuk aan de orde komt.

487 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0735 (*Amsterdam/Groenland*).

splitsing en overdracht waren vooraf voorzien en daarop waren de afspraken ook gericht. De gemeente als erfverpachtster had geen recht op vergoeding van haar nadeel in de vorm van de misgelopen indexering nu zij zelf had nagelaten aan haar verbintenis de notaris ter zake te instrueren te voldoen. Het oordeel van het hof over de geldigheid van de afspraak over het rentebeding en de omstandigheden waaronder die afspraak tot stand was gekomen berustte op de uitleg van documenten, de naar de Haviltex-maatstaf uitgelegde obligatoire overeenkomst tussen partijen en de naar objectieve maatstaven uitgelegde vestigingsakte,[488] welke toetsing de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO sanctioneerde.

In dit geval waren de appartementseigenaars ten aanzien van deze obligatoire verplichting in hun verhouding tot de gemeente als erfverpachter aan te merken als derden, in het licht van de maatstaf ontwikkeld in het arrest Kamsteeg/Lisser en bevestigd bij arrest van 2 februari 2018, ook nu de bepaling was opgenomen in de vestigingsakte van het erfpachtrecht. De gemeente kon de appartementseigenaars niet aanspreken en de appartementseigenaars hadden als derden in dit geval ook geen belang bij de afspraak over het rentebeding en hadden dat ook uit de vestigingsakte kunnen opmaken. In een andere zaak over een contractuele verplichting voor de erfverpachter opgenomen in de erfpachtakte werd deze bepaling door het hof strikt en objectief uitgelegd en dat oordeel door de Hoge Raad bevestigd.[489] Er was daarmee geen ruimte voor het beroep op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van de erfverpachter, de erfpachter en de huurder in kwestie.

Ik kan mij vinden in de uitkomst dat de aard van de rechtsverhouding wordt meegewogen bij een concrete toepassing van de uitlegnorm en dat niet uitsluitend de vorm van het geschrift (overeenkomst, cao, notariële akte) bepalend is voor de toepasselijke uitlegnorm. Het gaat immers om wat deze partijen ten aanzien van de bewuste afspraak van elkaar mogen verwachten en rechtsopvolgers in een beperkt recht hebben geen andere kennis over de partijbedoelingen bij vestiging dan uit de tekst van de vestigingsakte blijkt. Dan dient daarbij de tekst van de gehele vestigingsakte te worden beschouwd en niet alleen een enkel beding. Indien er aan beide zijden geen sprake is van rechtsopvolging kan een vestigingsakte in de omstandigheden van het geval mede aan de hand van bewijsstukken omtrent de partijbedoeling bij vestiging, zoals de aan de vestiging ten grondslag liggende obligatoire overeenkomst, worden uitgelegd.[490]

Ook bedingen in algemene voorwaarden moeten soms worden uitgelegd. Enige opstalhouders van rechten waarvan de looptijd was verstreken vorderden ver-

488 Waaronder een objectieve uitleg van de vestigingsakte van het erfpachtrecht en een uitleg van de door de erfpachter aanvaarde aanbieding volgens de Haviltex-norm, zie conclusie van A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2012:BX0735, bij HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0735 (*Amsterdam/Groenland*), par. 1.4: '(…) uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf van de erfpachtovereenkomt (dat is de door Het Groenland geaccepteerde aanbieding van de Gemeente.' Zie ook par. 2.4 van de conclusie.

489 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY2579, *NJ* 2012/171, m.nt. H.B. Krans (*Natural Golf Business Events/Fons Hof Beheer*).

490 Zo ook Breedveld-de Voogd 2015 die van mening is dat een uitleg naar de bewoordingen van de akte onvoldoende is en dat de feitelijke situatie dient te worden meegewogen. Naar haar mening leidt een 'strikt objectieve uitleg' van akten tot levering of vestiging van beperkte rechten tot gekunstelde resultaten. Daar ben ik het mee eens.

geefs medewerking van de grondeigenaar aan verlenging van hun opstalrechten op de voet van de oude algemene voorwaarden.[491] De grondeigenaar weigerde andere voorwaarden dan de in 2007 gewijzigde algemene opstalvoorwaarden toe te passen. Rechtbank en hof oordeelden dat de tekst van de opstalvoorwaarden uit 1970 een wijziging van het retributiebeleid niet in de weg stond en dat het de grondeigenaar dus vrij stond het nieuwe beleid toe te passen bij heruitgifte van rechten aan zittende opstalhouders. In de conclusie besprak de A-G naar aanleiding van de uitleg van de algemene opstalvoorwaarden de vraag wat precies onder 'verlenging' van een opstal- of erfpachtrecht moet worden verstaan, of bij verlenging de voorwaarden kunnen worden aangepast en welke betekenis aan art. 5:98 BW toekomt in verband met verlenging. De opstalhouders stelden dat het begrip verlenging de vaste betekenis had dat een voor bepaalde tijd uitgegeven recht van erfpacht of opstal na verloop van de afgesproken tijd onder dezelfde voorwaarden bleef doorlopen.[492] De A-G maakte onderscheid tussen stilzwijgende verlenging op grond van art. 5:98 BW, dat aan de orde komt indien partijen zelf geen regeling hebben getroffen, en contractuele verlenging van het recht voorzien in de vestigingsakte. Art. 5:86 BW staat er niet aan in de weg dat partijen afspreken dat zij na ommekomst van de duur onderhandelingen zullen aangaan over verlenging van het recht. De wettelijke stilzwijgende verlenging moet beschouwd worden als een tijdelijke continuering van de bestaande toestand, gericht op afwikkeling of vernieuwing van het verlopen recht, wat meebrengt dat dezelfde voorwaarden blijven gelden. Bij contractuele verlenging van het recht voor nog eens een(zelfde) lange duur is het niet vanzelfsprekend dat dit onder dezelfde voorwaarden zal plaatsvinden.[493] De vaststelling dat het de opstalhouder vrijstaat om na afloop van zijn recht het aanbod voor verlenging niet te aanvaarden of zijn recht op te zeggen miskent de ongelijkwaardige positie van partijen en de onevenredigheid van belangen bij een opstalrecht met de bestemming wonen.[494] Op deze stelling en op het beroep van de opstalhouders op de onredelijk bezwarendheid van het eenzijdig wijzigingsbeding in algemene opstalvoorwaarden,[495] wordt in par. 6.2.1 (verlenging) en par. 5.6.6.3 (eenzijdig wijzigingsbeding in de SEBA-zaak) nader ingegaan.

Ten aanzien van de toetsing van een geschil aan de hand van de uitleg van de notariële akte waarbij een recht van erfpacht wordt gevestigd, kan de jurisprudentie als volgt worden samengevat. De in de akte vastgelegde afspraken dienen in beginsel objectief te worden uitgelegd, zonder rekening te houden met omstandigheden en partijbedoelingen die niet uit de akte blijken, en de op deze

491 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*).
492 Conclusie A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069, par. 3.3. De Hoge Raad deed de zaak af met toepassing van art. 81 RO.
493 Conclusie A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069, par. 3.5-3.11. Uit jurisprudentie en literatuur zou de opvatting naar voren komen dat 'verlenging' kon plaatsvinden onder gewijzigde (retributie)bepalingen. Over art. 5:98 BW uitvoerig in par. 6.2.2 over het doen blijken door de grondeigenaar.
494 Conclusie A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069, par. 3.27.
495 Conclusie A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069, par. 3.23-3.27.

wijze uitgelegde afspraken zijn leidend voor wat tussen partijen rechtens is.[496] Bepalingen die zijn vastgelegd in een notariële akte, maar geen zakelijke werking hebben gelden alleen tussen de contracterende partijen en worden uitgelegd naar de Haviltex-maatstaf. Doet een partij een beroep op toezeggingen van de zijde van de andere partij, op de titel die aan de vestiging ten grondslag lag en die strijdig met de partijbedoeling in de akte was opgenomen of op het gedrag van partijen bij de uitvoering van de afspraken, dan dient in de rechtsverhouding tussen de oorspronkelijke partijen eveneens de Haviltex-maatstaf gehanteerd te worden waarbij alle omstandigheden van het geval in het oordeel worden meegewogen. Derden kunnen voor uitleg van de partijbedoeling alleen een beroep doen op de vestigingsakte, die dan objectief wordt uitgelegd.

2.4.3.3 Samenvatting rechtspraak 1992-2018

De inhoud van een erfpachtrecht wordt bepaald door (het stelsel van) de wet, de van toepassing verklaarde algemene erfpachtvoorwaarden en de bijzondere voorwaarden opgenomen in de vestigingsakte. Daarnaast kunnen eventuele aanvullende obligatoire overeenkomsten tussen bepaalde partijen gelden. De aard van de verschillende soorten bronnen, goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk, is bepalend voor de wijze waarop de afspraken worden getoetst. Daarbij bestaat in geschillen over bepalingen uit de wet en de vestigingsakte minder ruimte voor toepassing van het verbintenissenrecht dan in geschillen over bepalingen uit algemene erfpachtvoorwaarden of louter obligatoire afspraken tussen partijen. In deze vier categorieën van bronnen van afspraken tussen erfverpachter en erfpachter is in de gegeven volgorde steeds meer sprake van een verbintenisrechtelijke toetsing met aandacht voor de partijbedoeling, alle omstandigheden van het geval en de eisen van redelijkheid en billijkheid. De door partijen in de vestigingsakte vastgelegde afspraken worden objectief uitgelegd en zijn leidend voor wat tussen partijen geldt, ook indien het om bepalingen zonder zakelijke werking gaat. De scheidslijn tussen goederenrecht en verbintenissenrecht is echter niet strikt. In de periode na 1992 is het leerstuk uitleg verder uitgewerkt, ook ten aanzien van notariële akten. De stelling dat tussen erfverpachter en erfpachter geen verbintenisrechtelijke rechtsverhouding kan bestaan kan niet worden volgehouden. Wel moet onderscheid gemaakt worden tussen de goederenrechtelijke grondslag van afspraken uit de vestigingsakte en de verbintenisrechtelijke grondslag van afspraken uit aanvullende obligatoire overeenkomsten. Hiervoor gelden verschillende uitlegregels. Maar op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen obligatoire overeenkomsten, waaronder de overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht, als omstandigheden van het geval in de beschouwing worden betrokken en kunnen deze overeenkomsten in voorkomende gevallen binnen de rechtsverhouding tussen de contracterende partijen prevaleren boven de tekst van de vestigingsakte.

496 Dit kan worden aangevuld met de waarneming van feitelijke kenmerken, zie HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:337, *NJ* 2014/119, *TBR* 2014/209, m.nt. A.A. van Velten (*Bakermans c.s./Mitros*) waarover Schelhaas & Valk 2016, p. 60, en met gegevens die uit de akte blijken zoals de ligging van een perceel op de kadastrale kaart, zie Valk 2018, p. 10 (internetversie).

2.4.4 Samenvatting rechtspraak

De rechtspraak besteedde in oordelen over erfpachtverhoudingen aandacht aan de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter en beoordeelde deze met name aan de hand van de bron van het beding in geschil. Dat was onder het OBW al het geval en is na invoering van het huidig BW niet veranderd. Vanaf het begin van de onderzochte periode wordt in de rechtspraak aangenomen dat tussen partijen een rechtsverhouding bestaat van een zakelijke of goederenrechtelijke aard en dat uit die rechtsverhouding verbintenissen kunnen voortvloeien. Vanaf de jaren zeventig van de twintigste eeuw wordt die rechtsverhouding vaker voorwerp van juridische geschillen. Vanaf dat moment worden verbintenisrechtelijke leerstukken zoals de goede trouw en uitleg van overeenkomsten toegepast op de goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter. Waar de wet een leemte leek te vertonen ten aanzien van de rechtsverhouding tussen partijen na afloop van een tijdelijk erfpachtrecht werd in de rechtspraak bevestigd dat tussen grondeigenaar en voormalig erfpachter een rechtsverhouding bestaat waarop de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn. Dat volgt tevens uit de stilzwijgende verlenging van art. 5:98 BW en, indien partijen onderhandelen over voortzetting van de rechtsband, uit het leerstuk precontractuele verhoudingen.

De inhoud van een erfpachtrecht wordt bepaald door (het stelsel van) de wet, de bijzondere voorwaarden opgenomen in de vestigingsakte, de van toepassing verklaarde algemene erfpachtvoorwaarden en eventuele aanvullende obligatoire overeenkomsten. Deze bronnen worden in de jurisprudentie verschillend beoordeeld. De wettelijke bepalingen van titel 5.7 BW worden strikt uitgelegd naar de tekst en de wetsgeschiedenis, dat geldt ook voor de bepalingen uit het oude BW. Nu de huidige wet veel regelend recht bevat is de nadruk in de praktijk komen te liggen op de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden. De vestigingsakte wordt objectief uitgelegd, de tekst van een beding wordt beoordeeld in het licht van de akte als geheel, maar aangenomen wordt dat tegenbewijs van een bepaalde uitleg mogelijk is. Aanvullende obligatoire verbintenissen kunnen in de vestigingsakte zijn opgenomen, maar hebben alleen zakelijke werking indien er aan het voldoende verband-vereiste wordt voldaan. Bij strijdigheid tussen een obligatoir en een goederenrechtelijk werkend beding kan alleen in uitzonderingsgevallen en binnen de rechtsverhouding tussen de oorspronkelijke partijen een obligatoire overeenkomst de bepalingen uit de vestigingsakte opzij zetten. In het algemeen geeft de rechtspraak na 1992 een toename te zien van de ruimte voor de toepassing van verbintenisrechtelijke toetsingsmaatstaven, afhankelijk van de vraag of een bepaalde erfpachtvoorwaarde minder dwingend goederenrechtelijk is geregeld. Wel neemt de invloed van de partijbedoeling en de verbintenisrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding in deze periode toe en wordt die invloed bij de toetsing gevolgd.

2.5 Verduidelijking rechtsverhouding erfverpachter – erfpachter

De ontwikkelingen in de wet, de doctrine en de rechtspraak ten aanzien van de rechtsverhouding overziend, ontwikkel ik in deze paragraaf de uitgangspunten en de onderzoeksvragen voor het diepteonderzoek van de volgende vier hoofdstukken.

2.5.1 Uitgangspunten

De stand van zaken ten aanzien van de kennis over de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter zoals onderzocht in dit hoofdstuk kan als volgt kort worden samengevat. In de praktijk is nooit getwijfeld aan het bestaan van verbintenissen tussen erfverpachter en erfpachter. De tekst en het stelsel van het BW stonden en staan niet in de weg aan het aannemen van verbintenissen die voortvloeien uit een beperkt goederenrechtelijk recht. Door de doctrine zijn verschillende opvattingen over het bestaan en het kwalificeren van dergelijke verbintenissen verdedigd. Aan de ene kant wordt het strikte onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht gehandhaafd en worden alleen wettelijk geregelde kwalitatieve verbintenissen uit zakelijke rechten aangenomen. Aan de andere kant wordt de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter beschouwd als een verzakelijkte verbintenisrechtelijke verhouding, waaruit zowel zakelijke rechten (bevoegdheden) als verbintenissen (verplichtingen) kunnen voortvloeien, ook zonder dat deze een expliciete grondslag in de wet kennen. In de rechtspraak worden verbintenisrechtelijke leerstukken zoals de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de uitleg van overeenkomsten toegepast op de goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter. Daarbij wordt ten aanzien van zakelijk werkende bedingen uit de vestigingsakte een objectieve toets aan de hand van de tekst van de akte aangehouden waarin geen ruimte is voor partijbedoelingen bij vestiging. Bij de beoordeling van verbintenissen uit obligatoire overeenkomsten tussen partijen worden de Haviltex-maatstaf en alle omstandigheden van het geval in de afweging betrokken.

In de praktijk moeten concrete geschillen worden beslecht, of deze nu dogmatisch correct kunnen worden ingebed of niet. De hoofdindeling van het vermogensrecht in het BW in goederenrecht en verbintenissenrecht dwingt tot een indeling van beperkte rechten in de categorie goederenrecht en derhalve tot een negeren van de verbintenisrechtelijke kant van de rechtsverhouding bij beperkte rechten zoals het erfpachtrecht. Rechtsgeleerden sinds Diephuis hebben erop gewezen dat in de praktijk deze rechtsverhouding bij vestiging ontstaat omdat als inhoud van het beperkt recht voor een lange tijd bevoegdheden en verplichtingen van personen jegens elkaar in hun hoedanigheid van erfverpachter en erfpachter gevestigd worden. Relativering van het dogmatisch strakke onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht vindt haar belangrijkste oorsprong in de (rechts)praktijk, in de ervaring van de betrokken gerechtigden, en heeft geleid tot verschillende tussenvormen tussen zakelijke rechten en verbintenissen. De discussie gaat over de bron van de verbintenissen (de wet, de overeenkomst tot erfpachtgunning of het zakelijk recht?), over de aard van de verplichtingen (is de canonverplichting een persoonlijke al dan niet kwalitatieve verbintenis of een

zakelijke last?) en over de vraag wat het rechtsgevolg bij het niet nakomen van deze verplichtingen dient te zijn (wanprestatie of een inbreuk op het zakelijk recht van de ander?).

Ik wil in het vervolg van dit onderzoek de aandacht vestigen op de persoonlijke rechten of verbintenissen die uit een erfpachtrecht kunnen voortvloeien en die gelden tussen de op enig moment bepaalde persoon van de erfpachter en de bepaalde persoon van de erfverpachter.[497] Kan dan gesproken worden van verbintenissen die uit een goederenrechtelijk recht voortvloeien en zo ja, zijn dat verbintenissen waarop Boek 6 BW van toepassing is? Betekent dat dat partijen jegens elkaar altijd gehouden zijn rekening te houden met elkaars belangen en gerechtvaardigde verwachtingen ten aanzien van de inhoud van die bevoegdheden en verplichtingen? Dient een geschil over de inhoud van het recht niet alleen aan de hand van de bewoordingen van de vestigingsakte te worden beslecht maar kunnen tevens alle omstandigheden van het geval in de beoordeling worden betrokken? Ik zoek het antwoord op bovengenoemde vragen in de opvattingen van Eggens over eigendom en verbintenis als twee zijden van dezelfde medaille en wil deze voor de verschillende aspecten van het erfpachtrecht uitwerken volgens de rechtspositieleer van Snijders waarbij ik rekening houd met de criteria voor zakelijke werking onderscheiden door Vonck. Het maakt verschil of een conflict tussen een erfverpachter en een erfpachter gaat over het betalen van canon, het verplicht bouwen van een opstal, het vergoeden van de opstallen bij het einde van het recht, de zelfbewoningsplicht, het verplichte lidmaatschap van een beheervereniging, overdracht of splitsing van het recht zonder toestemming van de grondeigenaar of het betalen van een boete wegens het niet nakomen van een verplichting uit de erfpachtvoorwaarden. Er is naar mijn mening niet op voorhand sprake van een leemte in de wet, er dient eerder goed onderscheid gemaakt te worden naar verschillende soorten erfpachtvoorwaarden, naar de aard van de verbintenis die daaruit voortvloeit en dus naar de voorliggende dimensie van het erfpachtrecht.

In navolging van de relationele of relativerende benadering uit de doctrine wil ik met dit onderzoek de dogmatisch veronachtzaamde verbintenisrechtelijke dimensie van beperkte rechten naast de goederenrechtelijke dimensie van erfpacht in kaart brengen, met name ten aanzien van drie elementen van erfpachtrechten waarin beide dimensies van de rechtsverhouding tot uiting komen. Dat zijn de elementen toestemming, canonherziening en beëindiging van het recht. Bij toestemming is sprake van een eenzijdige rechtshandeling van de erfverpachter ten gunste van de erfpachter waarvan deze laatste voor het verrichten van een volgende (rechts)handeling afhankelijk is. Bij canonherziening is de wijziging van de kwalitatieve verbintenis tot canonbetaling in het geding, dit geschiedt vaak eenzijdig door de erfverpachter en leidt tot de vraag of de erfpachter aan elke canonherziening automatisch gebonden is. Bij het beëindigen van een erfpachtrecht ontstaan specifieke verbintenissen tussen erfverpachter en erfpachter, maar

497 Verbintenissen tot derden, zoals een tussen een erfpachter en een huurder gesloten huurovereenkomst, blijven grotendeels buiten beschouwing. Hetzelfde geldt voor rechtsverhoudingen die volgen uit de vestiging van zekerheidsrechten zoals hypotheek op de eigendom of het erfpachtrecht.

aan beëindiging kan ook een geschil voorafgaan over de vraag of eenzijdige beëindiging van het recht tegen de wens van de erfpachter mogelijk is. Daarbij is de vraag niet of Boek 6 BW in zijn algemeenheid van toepassing is op erfpachtrechten, maar in welke gevallen het verbintenissenrecht van Boek 6 BW moet worden toegepast op welke elementen van erfpachtrechten. Daarnaast bestudeer ik de toepassing van de verbintenisrechtelijke algemene voorwaardenregeling op erfpachtverhoudingen, inclusief de richtlijnconforme interpretatie ingeval er sprake is van een consumentenverhouding. Indien voorwaarden omtrent toestemming, canonherziening en beëindiging van het recht deel uitmaken van algemene erfpachtvoorwaarden is toepassing van het verbintenissenrecht bij de inhoudstoetsing buiten twijfel verheven, maar kan nog wel de vraag gesteld worden in hoeverre er rekening gehouden wordt met de aard van het erfpachtrecht oftewel welke dimensie van het recht in het concrete geval voorligt.

Vanuit deze visie hanteer ik de volgende uitgangspunten. Ten aanzien van de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen bij erfpachtverhoudingen bestaat een fijnmazig net van door de wet en de jurisprudentie gekwalificeerde verbintenissen, dat in een concreet geval afhankelijk is van de situatie en de wijze waarop partijen hun rechtsverhouding hebben ingericht, dus van de inhoud van de erfpachtvoorwaarden. Een deel van die voorwaarden berust op een wettelijke grondslag, een ander deel van de voorwaarden heeft een voldoende verband met wettelijk geregelde onderwerpen en een derde deel is louter obligatoir. Omdat de omstandigheden kunnen wijzigen kan ook de inhoud van het recht en kunnen de bijbehorende bevoegdheden en verplichtingen wijzigen. De goederenrechtelijke vraag is dan of derden, zoals rechtsopvolgers en de houders van een beperkt recht op het erfpachtrecht, de inhoud van die wijzigingen hadden mogen verwachten op grond van het recht zoals dat is ingeschreven in de openbare registers. De visie van Eggens volgend is het niet nodig om een keuze te maken tussen de kwalificatie van de erfpachtverhouding als een goederenrechtelijke of een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding, maar is de verhouding gemengd en heeft deze beide kanten in zich, afhankelijk van de situatie en het onderwerp van behandeling zodat zowel de regels van het zakenrecht als de regels van het verbintenissenrecht van toepassing kunnen zijn. De kwalificatie van de rechtsverhouding als een kwalitatieve staat niet ter discussie, erfpachter en erfverpachter hebben met elkaar te maken in die hoedanigheid. Het gaat erom hoe de veelvormige inhoud van die rechtsverhouding gekwalificeerd kan worden en daarmee welke rechtsregels op de uitoefening van die rechtsverhouding van toepassing kunnen zijn.

Benaderd vanuit de twee dimensies die bij erfpachtrechten te onderscheiden zijn zal de toepassing van het verbintenissenrecht naar mijn verwachting niet in strijd komen met de aard van het goederenrechtelijk recht. Naar mijn verwachting zal de mate waarin de goederenrechtelijke regels dwingend recht voorschrijven de ruimte voor de toepassing van het verbintenissenrecht bepalen. Hoe meer contractvrijheid, hoe meer verbintenissenrecht. Maar wat geldt zodra met toepassing van contractvrijheid in de vestigingsakte bepaalde keuzes zijn gemaakt, hebben partijen hun verplichtingen daarmee dwingend vastgelegd zodat er geen ruimte voor het verbintenissenrecht meer is? De bevoegdheden en verplichtingen die erfpachter en erfverpachter als onderdeel van een beperkt recht met elkaar af-

spreken behoren tot de inhoud van dat recht en daarmee tot het goederenrechtelijke domein. Het niet voldoen aan een dergelijke verplichting moet vanuit de goederenrechtelijke dimensie worden beschouwd als een inbreuk op een recht waar de gerechtigde op grond van zijn zakelijk recht tegen kan ageren.[498] Het niet nakomen door de erfpachter van een opeisbaar geworden verplichting die voortvloeit uit het erfpachtrecht, dus de uitoefening van een bevoegdheid of verplichting uit het erfpachtrecht, kan ook vanuit de verbintenisrechtelijke dimensie worden benaderd.

Het genoemde fijnmazige systeem van regels en uitzonderingen, toegepast op het recht van erfpacht, vormt het resultaat van dit onderzoek. Het is mijn veronderstelling dat hier een oplossing voor de knelpunten die zich voordoen kan worden gevonden. Daarbij is het tevens mijn veronderstelling dat de in de jurisprudentie ontwikkelde regels nog onvoldoende voorwerp van onderzoek zijn geweest.[499] Hieronder beschrijf ik hoe volgens mij de rechtsverhouding ontstaat, op welke wijzen verbintenissen kunnen volgen uit goederenrechtelijke rechten en wat het verband is met het leerstuk van de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden. Deze analyse vormt het uitgangspunt voor de volgende hoofdstukken waarin de beoordeling van de uitoefening van bepaalde bevoegdheden en verplichtingen centraal staan. Het kader en de onderzoeksvragen worden kort samengevat.

2.5.2 Ontstaan van de rechtsverhouding bij erfpacht

De rechtsverhouding tussen erfpachter en grondeigenaar ontstaat in goederenrechtelijke zin met het ontstaan van het recht door vestiging of verjaring. Voorafgaand aan de vestiging van het recht sluiten partijen eerst een overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht en daarbij ontstaat tussen hen een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding.[500] Partijen spreken met elkaar af dat de grondeigenaar-toekomstig erfverpachter ten behoeve van de beoogd gebruiker-toekomstig erfpachter een erfpachtrecht zal vestigen op een bij de overeenkomst bepaalde onroerende zaak en met de bij de overeenkomst bepaalde inhoud. Ten aanzien van deze overeenkomst geldt, voor zover het de inhoud van het erfpachtrecht betreft, contractvrijheid binnen het gesloten stelsel van beperkte rechten.[501] De overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht is een gewone obligatoire overeenkomst die niet afzonderlijk in de wet is geregeld.[502] Uit de overeenkomst tot

498 Meijers 1912, p. 57-62 onderscheidde vijf verschillende rechtsvorderingen uit een zakelijk recht. Indien door de inbreuk schade was toegebracht diende de gelaedeerde deze op grond van onrechtmatige daad op de verantwoordelijke te verhalen.

499 Het eerste systematische erfpachtonderzoek sinds Reepmaker 1931 was dat van Vonck 2013 en deze lijkt geen systematisch jurisprudentie-onderzoek te hebben uitgevoerd.

500 Algemeen wordt geoordeeld dat op deze overeenkomst de regels uit titel 7.1 BW over koop van overeenkomstige toepassing zijn, De Jong & Ploeger 2008, p. 13-14, Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/218, Asser/Hijma *7-I** 2013/128 onder c en Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, titel 7 Boek 5 BW, aant. 54.1: 'Titel van vestiging' (online, bijgewerkt 30 januari 2018).

501 Zie bijvoorbeeld Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 60 en 384-386 en Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, p. 34. De wetgever heeft de contractvrijheid in een aantal gevallen beperkt door aan te duiden 'dat het partijen ook niet vrijstaat om bij obligatoire overeenkomst van de artikelen die de inhoud van het zakelijk recht bepalen, af te wijken, (…) met woorden als: 'Een daarmee strijdig beding is nietig',' aldus PG Boek 5 BW, p. 4-5. Dergelijke zinsneden zijn opgenomen bij art. 5:87 lid 3 BW, art. 5:92 lid 3 BW, art. 5:98 lid 2 BW en art. 5:100 lid 2 BW.

502 Het Ontwerp 1816 kende in het deel over verbintenissen een regeling voor het benoemde contract van erfpachtgunning, zie Kemper, Bijleveld & Reuvens 1816, art. 2873-2895 waarover kort in par. 2.2.1.

vestiging volgen voor partijen de verbintenissen tot medewerking aan de vestigingshandeling. De overeenkomst tot vestiging fungeert als titel van de vestiging en wordt voor die functie ook wel aangeduid als de goederenrechtelijke overeenkomst.[503]

De inhoud van de overeenkomst wordt conform art. 3:98 jo. 3:89 BW vastgelegd in een tussen partijen opmaakte notariële akte die wordt ingeschreven in de openbare registers. Bij de vestiging van het erfpachtrecht wijzigt de verbintenisrechtelijke rechtsverhouding tussen twee contractspartijen in een goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter en transformeren de obligatoire afspraken omtrent de omvang en inhoud van het gebruiksrecht tot de goederenrechtelijke inhoud van het erfpachtrecht. Die transformatie tot erfpachtvoorwaarden kan de gehele inhoud van de overeenkomst betreffen of een gedeelte daarvan. Afspraken uit de overeenkomst die niet in de vestigingsakte worden opgenomen blijven tussen de partijen bij vestiging gelden op grond van de overeenkomst, betreffen hen persoonlijk en niet in hun hoedanigheid van erfverpachter en erfpachter en gaan niet over op rechtsopvolgers. Een schematische samenvatting van de vier naar hun werking onderscheiden bevoegdheden en verplichtingen die in de overeenkomst van erfpachtgunning (de titel) kunnen zijn opgenomen en het gevolg van vestiging voor die bevoegdheid of verplichting:

1. de verplichting tot het vestigen van een erfpachtrecht: deze is met die vestiging uitgewerkt;
2. de bevoegdheid of verplichting die tot de inhoud van het recht behoort op grond van de wet: deze transformeert bij vestiging tot een bevoegdheid of verplichting uit het zakelijk recht van erfpacht;
3. de bevoegdheid of verplichting die tot de inhoud van het recht behoort omdat deze voldoet aan het voldoende verband-vereiste: deze transformeert bij vestiging tot een bevoegdheid of verplichting uit het zakelijk recht van erfpacht;
4. de overige bevoegdheden en verplichtingen uit de overeenkomst tot vestiging of uit een andere overeenkomst tussen partijen die niet voldoen aan het voldoende verband-vereiste: deze blijven berusten op de overeenkomst en gelden niet voor rechtsopvolgers, tenzij het gaat om een kwalitatieve verplichting of ingeval er een kettingbeding aan is verbonden.

Kader 1. Bevoegdheden en verplichtingen opgenomen in de titel en hun transformatie bij vestging.

De verschillen worden nog duidelijker indien het schema wordt aangevuld met de verschillende sancties in geval van tekortschieten. Ten aanzien van de eerste en de vierde verplichtingen gelden de regels van het verbintenissenrecht voor niet nakomen. Ten aanzien van de verplichtingen die deel uitmaken van het be-

503 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/23: "Wanneer een recht op een goed krachtens wilsovereenstemming wordt gevestigd of overgaat, spreekt men van een goederenrechtelijke overeenkomst." Hierover eerder Asser/Scholten 1913, p. 112 die de zakelijke overeenkomst een voorbeeld noemde van de verbintenissen die uit het zakenrecht konden voortvloeien. Het begrip zakenrechtelijke overeenkomst ging terug op het 'dinglicher Vertrag' uit het systeem van de Duitse rechtsgeleerde Von Savigny die dit behandelde in deel III van zijn *System des heutigen römischen Rechts*, p. 313, te vinden via de website van het Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, <dlib-pr.mpier.mpg.de>, geraadpleegd op 29 maart 2018).

perkt recht geldt het goederenrecht, tekortschieten in de nakoming van een verplichting betekent dan een inbreuk op het erfpachtrecht of de bloot eigendom.

Het resultaat van vestiging is dat de erfpachter een recht op een onroerende zaak verkrijgt dat bestaat naast het recht van bloot eigendom van de erfverpachter op diezelfde onroerende zaak, waarbij de omvang en inhoud van het recht van de erfpachter in de vestigingsakte is omschreven. De akte bevat tevens de bevoegdheden en verplichtingen van erfpachter en erfverpachter ten aanzien van de onroerende zaak en jegens elkaar en deze bepalingen zijn bedoeld om gedurende de looptijd van het erfpachtrecht de rechtsverhouding te regelen. Daarnaast kunnen tussen partijen obligatoire afspraken (blijven) gelden die niet in strijd mogen zijn met dwingend recht uit titel 5.7 BW.

Bij het ontstaan van een erfpachtrecht door verjaring ontbreekt de verbintenisrechtelijke fase en ontstaat de goederenrechtelijke rechtsverhouding van rechtswege.[504] Bij overdracht van het beperkt recht of het eigendomsrecht blijft die goederenrechtelijke rechtsverhouding in stand en veranderen alleen de personen van de kwalitatief aangewezen rechtssubjecten.[505] Kwalitatieve verbintenissen gaan over op rechtsopvolgers, terwijl zuiver obligatoire afspraken vervallen bij rechtsopvolging, tenzij voortzetting door middel van een kettingbeding was voorzien.

2.5.3 Verbintenissen uit zakelijke rechten

De kwalificatie van de 'erfpachtovereenkomst' als uitsluitend een zakelijk recht houdt geen rekening met de twee dimensies die eraan onderscheiden kunnen worden. Er kan niet op voorhand gesteld worden dat de gehele inhoud van het recht zakelijk of persoonlijk is. Er moet onderscheid in engere zin worden gemaakt, waarbij per bevoegdheid of verplichting eerst moet worden nagegaan of deze tot de inhoud van het recht behoort, en dus zakelijke werking heeft en tot de goederenrechtelijke dimensie van het recht behoort. Een bevoegdheid of verplichting die alleen obligatoire werking heeft behoort niet tot de inhoud van een erfpachtrecht. Bij een beding met zakelijke werking moet vervolgens worden nagegaan of daaruit verbintenissen kunnen voortvloeien en die verbintenissen behoren dan tot de verbintenisrechtelijke dimensie van het recht. Bij een erf-

504 Het ontstaan van een erfpachtrecht door verjaring komt zelden voor en is vrijwel altijd het gevolg van een gebrekkige vestiging. Meestal is er dan geen twijfel aan de inhoud van het erfpachtrecht. Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 444 en 484. Een voorbeeld van een zaak waarin een leveringsgebrek jaren later leidde tot de vraag of een rechtsgeldig erfpachtrecht was gevestigd bood Rb. Midden-Nederland 11 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1658 (*erfpachter/Staatsbosbeheer*), wat tevens een zeldzaam geval was van verkrijging van een erfpachtrecht door bevrijdende verjaring. Het vonnis biedt een goed overzicht van alle verjaringskwesties die bij erfpachtrechten kunnen spelen, ook onder de Overgangswet NBW. Voor andere uitspraken over het ontstaan van erfpachtrechten door verjaring, zie: Rb. Rotterdam 3 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3944 (*grondeigenaar/Rotterdam*), Rb. Noord-Holland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:12183 (*Stichting Studio/Zaanstad*), Hof Den Haag 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2319 (*erfpachter/erfpachter naastgelegen perceel*), Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8611 (*erfpachter/erfpachter aangrenzend perceel*) en Rb. Amsterdam 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5027 (*grondeigenaar/erfpachter aangrenzend perceel*), waarin het beroep op verjaring in alle gevallen werd afgewezen. Zie over verjaring ook Hoops 2017, Jansen 2015b en Jansen 2017.

505 Meijers 1948, p. 121: "Erfopvolging en levering van goederen behoren ongetwijfeld tot die veranderingen, welke geen nieuwe rechten of rechtsbetrekkingen scheppen, maar de oude met een nieuw rechtssubjekt laten voortbestaan."

pachtrecht is het niet het één of het ander, maar bestaan de goederenrechtelijke en de verbintenisrechtelijke dimensie naast elkaar. De inhoud van het recht die een of meerdere verplichtingen jegens personen met zich brengt behoort tot het beperkt recht en is in de systematiek van het vermogensrecht geen zuiver persoonlijk recht. Naar mijn mening is het echter niet noodzakelijk bij erfpachtverhoudingen een keuze te maken tussen een zakelijke of een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding in ruime of in engere zin omdat zakelijke bedingen en verbintenissen uit erfpachtvoorwaarden naast elkaar kunnen bestaan en uit zakelijke bedingen een of meer verbintenissen kunnen voortvloeien. Beperkte rechten vormen een illustratie van de relativering omdat de rechtsverhouding beide dimensies in zich bergt.

Primair vloeien uit erfpachtrechten voor de erfpachter een goederenrechtelijk gebruiksrecht voort en een verbintenisrechtelijke verplichting tot canonbetaling. Het goederenrechtelijke gebruiksrecht van de erfpachter ten aanzien van de onroerende zaak houdt in dat alle andere personen zich van het gebruik van die onroerende zaak dienen te onthouden, ook de erfverpachter. Naast dit absolute goederenrechtelijke recht vloeien voor de erfpachter uit het recht verbintenissen voort. Het bekendste voorbeeld vormt de verplichting voor de erfpachter een vergoeding voor zijn gebruiksrecht te betalen aan de erfverpachter, waartegenover een complementaire vordering aan de zijde van de erfverpachter staat. De canonverplichting en het recht op canonbetaling maken deel uit van de inhoud van het goederenrechtelijke recht indien de verplichting en de vordering in de vestigingsakte zijn opgenomen en gelden daarmee voor iedereen die de hoedanigheid van erfverpachter en erfpachter van dat betreffende recht bekleedt. De wetgever benoemde de canon als een kwalitatieve verplichting.[506]

Op het moment dat een bepaald bedrag aan canon opeisbaar wordt ontstaat de persoonlijke verbintenis van degene die op dat moment de hoedanigheid van erfpachter bekleedt om dat bepaalde bedrag aan de bepaalde erfverpachter te betalen, vaak nog op een bepaalde datum en/of met gebruikmaking van een bepaalde betaalwijze. Bij tijdige betaling vervalt de verbintenis door nakoming. Afhankelijk van de afgesproken frequentie van canonbetaling ontstaat na verloop van tijd een nieuwe persoonlijke verbintenis tot canonbetaling. In afwijking van het algemeen verbintenissenrecht van afd. 6.1.2 BW bepaalt art. 5:92 lid 1 BW dat indien het erfpachtrecht toebehoort aan twee of meer personen zij hoofdelijk verbonden zijn voor betaling van de gehele canon die tijdens hun recht opeisbaar wordt, tenzij de canon over hun rechten is verdeeld. Van een verdeling van de canonverplichting is bijvoorbeeld sprake ingeval het erfpachtrecht is gesplitst in appartementsrechten, de canon wordt dan verdeeld naar rato van het aandeel van de appartementseigenaar in de splitsing.[507] In geval het erfpachtrecht gedurende de looptijd wordt overgedragen of toebedeeld aan een nieuwe erfpachter bepaalt

506 PG Boek 5 BW, p. 300 (TM): "Wat het karakter van de canon betreft (…). In het ontwerp volgt het karakter uit de artikelen 5 en 11 van deze afdeling. Op de erfpachter rust een qualitatieve verbintenis, die met het erfpachtsrecht overgaat." Art. 5 van het ontwerp regelde de hoofdelijke aansprakelijkheid bij overdracht van de nieuwe erfpachter en de vorige, PG Boek 5 BW, p. 310. Uit art. 11 van het ontwerp over de opstalvergoeding is het kwalitatieve karakter van de canon moeilijker af te leiden, PG Boek 5 BW, p. 334, 342-343.

507 Art. 5:115 lid 1 BW.

art. 5:92 lid 2 BW dat de verkrijger hoofdelijk verbonden is met zijn rechtsvoorganger voor de door deze verschuldigde canon die in de voorafgaande vijf jaar opeisbaar is geworden. Een opeisbaar geworden canonverplichting moet daarmee worden beschouwd als een verbintenis van een of meer bepaalde erfpachters jegens een bepaalde erfverpachter.

2.5.4 Zakelijke werking

De vraag of een tussen erfverpachter en erfpachter afgesproken en in de vestigingsakte opgenomen bevoegdheid of verplichting ook geldt voor de rechtsopvolgers van partijen betreft de aard van de betreffende erfpachtvoorwaarde en is een andere, maar wel verwante vraag dan die naar het op de verplichting toepasselijke recht. De vraag naar de zakelijke werking van een erfpachtvoorwaarde gaat vooraf aan de vraag naar het toepasselijke recht.[508] Een louter obligatoir beding afgesproken tussen de oorspronkelijke erfverpachter en de eerste erfpachter kan zonder kettingbeding geen verbintenis tussen rechtsopvolgers opleveren, ook al is het opgenomen in de vestigingsakte. Een zakelijk werkend beding bindt ook rechtsopvolgers. Een voorbeeld van een zakelijk werkende erfpachtvoorwaarde is de in de vestigingsakte opgenomen bestemming van de onroerende zaak. Aan deze bestemming zijn ook rechtsopvolgers gebonden en het verbod op het wijzigen van de bestemming zonder toestemming van de erfverpachter geldt op grond van art. 5:89 lid 2 BW voor iedereen die de hoedanigheid van erfpachter heeft. Hieruit volgt voor de erfpachter de verplichting tot het vragen van toestemming indien hij de bestemming wil wijzigen. Op obligatoire bedingen is het verbintenissenrecht direct van toepassing. Een obligatoir beding hoeft niet te worden opgenomen in de notariële akte van vestiging en is dan niet kenbaar uit de openbare registers. Overigens heeft een obligatoir beding dat wel is opgenomen in de vestigingsakte of in de algemene erfpachtvoorwaarden daarmee nog geen zakelijke werking, daarvoor dient de inhoud van het beding te worden beoordeeld.[509]

Of een beding zakelijke werking heeft is voor dit onderzoek van belang, maar de voorwaarden voor zakelijke werking worden niet diepgaand onderzocht.[510] Het gaat hier juist om de vervolgvraag welk recht van toepassing is op een onderdeel van de rechtsverhouding indien eenmaal is vastgesteld dat een bepaald beding in erfpachtvoorwaarden al dan niet zakelijke werking heeft, de bevoegdheid of verplichting wordt uitgeoefend en hieruit verbintenissen voortvloeien.

2.5.5 Vervolg onderzoek

Ik wil nader onderzoeken welke sporen de relativerende benadering heeft nagelaten in de wettelijke regeling en in rechterlijke uitspraken over erfpacht, met name indien sprake is van conflicten over toestemming, canonherziening en over

508 Zie Vonck 2013, p. 113-168 voor een uitwerking van de historie en de voorwaarden voor de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden. In bovengenoemd schema betreft het de bevoegdheden en verplichtingen genoemd onder punt 3.

509 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/217.

510 Zie daarvoor naast Vonck 2013 ook Mollema 2013, hoofdstuk 7 over de grenzen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten en Struycken 2007, hoofdstuk 6 over de *numerus clausus* en de vestiging van beperkte rechten.

beëindiging van het recht. De in deze paragraaf gegeven omschrijving van de volgens mij meest geëigende benadering van de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter wordt in de volgende hoofdstukken getoetst. In hoofdstuk 3 aan de wijze waarop de verbintenisrechtelijke algemene voorwaardenregeling op erfpachtrechten van toepassing is. In hoofdstuk 4 aan de jurisprudentie over verschillende vormen van het toestemmingsvereiste, in hoofdstuk 5 aan de jurisprudentie over de verschillende vormen van canonherziening en in hoofdstuk 6 aan de jurisprudentie over de wijzen waarop het erfpachtrecht kan worden beëindigd.

In de volgende hoofdstukken wordt het volgende onderzoekskader gehanteerd. De wetsgeschiedenis, de doctrine en de rechtspraak over toestemming, canonherziening en beëindiging van het recht bij erfpachtverhoudingen worden bestudeerd vanuit de relationele benadering. Gekeken wordt of bij de beslechting van geschillen de goederenrechtelijke of de verbintenisrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding meer op de voorgrond treedt en waaruit dat blijkt. De analyse van recente rechtspraak wordt uitgevoerd aan de hand van de volgende vragen:

1. Welke verbintenis(sen) is of zijn in geschil en wat is de bron van die verbintenis(sen)? Is dat de wet, de overeenkomst tot vestiging of het erfpachtrecht en maakt het in het laatste geval nog uit of het beding is opgenomen in ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden?
2. Hoe wordt de aard van de verplichting in geschil beoordeeld, als een persoonlijke verbintenis, een kwalitatieve verbintenis of een zakelijke last? In geval van rechtsopvolging: heeft de verplichting zakelijke werking?
3. Welk rechtsgevolg bij niet-nakomen is aan de orde, de inbreuk op een zakelijk recht of het niet nakomen van een overeenkomst (wanprestatie)?
4. Vindt geschilbeslechting plaats aan de hand van alleen de bewoordingen van de akte en de algemene erfpachtvoorwaarden of worden ook de omstandigheden van het geval in de beschouwing betrokken?
5. Ingeval Boek 6 BW wordt betrokken bij de beoordeling, om welke bepaling gaat het dan en is het nog een vraag of deze op erfpachtverhoudingen van toepassing is?
6. Welke regels zijn in de recente jurisprudentie ontwikkeld op het gebied van toestemming, canonherziening en einde recht?

Kader 2. Onderzoeksvragen voor de hoofdstukken 3-6.

Deze vragen zijn gericht op de wijze van toetsing door de rechter van verbintenissen die volgen uit de uitoefening van bevoegdheden en verplichtingen uit erfpachtrechten en leidt tot een overzicht van de omvang van deze elementen van de rechtsverhouding bij erfpacht. Het jurisprudentieonderzoek beoogt tevens per deelonderwerp de in de rechtspraak ontwikkelde regels in kaart te brengen.

3 Algemene erfpachtvoorwaarden

Na het overzicht van opvattingen over de rechtsverhouding en de vraag of het verbintenissenrecht daarop van toepassing is wordt in dit hoofdstuk de aandacht gevestigd op de toepassing van de verbintenisrechtelijke algemene voorwaardenregeling op algemene erfpachtvoorwaarden. Grote erfverpachters maken al ruim een eeuw gebruik van algemene erfpachtvoorwaarden en daarop is de algemene voorwaardenregeling van overeenkomstige toepassing. Waarom is toepassing van het verbintenissenrecht hier vanzelfsprekend en geldt dat ook ten aanzien van de interpretatie van erfpachtvoorwaarden in het licht van de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten?

3.1 Inleiding algemene voorwaarden

Op 1 januari 1992 werd als onderdeel van Boek 6 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek een regeling over algemene voorwaarden ingevoerd.[1] Deze algemene voorwaardenregeling van afdeling 6.5.3 BW was op grond van art. 191 Overgangswet NBW vanaf 1 januari 1993 ook van toepassing op toen reeds bestaande rechtsverhoudingen.[2] In erfpachtverhoudingen werd met name bij stedelijke erfpacht sinds het begin van de twintigste eeuw veelvuldig gebruikgemaakt van algemene erfpachtvoorwaarden. In dit hoofdstuk bespreek ik de vraag of en op welke wijze de algemene voorwaardenregeling uit Boek 6 BW van toepassing is op erfpachtverhoudingen. Waar ten aanzien van andere verbintenisrechtelijke leerstukken het nog maar de vraag is of deze ook op goederenrechtelijke rechten kunnen worden toegepast, leek dat bij de algemene voorwaardenregeling van meet af aan anders te liggen. Waarom is de verbintenisrechtelijke algemene voorwaardenregeling uit Boek 6 BW van toepassing op algemene erfpachtvoorwaarden en op welke wijze heeft deze toepassing gestalte gekregen? De laatste jaren

1 *Stb*. 1991, 600.

2 PG Overgangsrecht BW, p. 166, art. 191 lid 1: "Afdeling 3 van titel 5 van Boek 6 is op algemene voorwaarden die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds door een partij in haar overeenkomsten wordt gebruikt, van toepassing nadat een jaar na dit tijdstip is verstreken." Daarbij werd in lid 2 nog expliciet bepaald dat een beding in algemene voorwaarden die deel uitmaakten van een bestaande overeenkomst na 1 januari 1993 op grond van afd. 6.5.3 BW vernietigd kon worden, maar 'deze vernietiging heeft evenwel geen werking over het tijdvak voordat die afdeling van toepassing is geworden, tenzij het beding toen reeds vernietigbaar of nietig was'. Een vernietiging van een beding had geen terugwerkende kracht, PG Overgangsrecht BW, p. 166-167: "Een vernietiging kan dus niet leiden tot bijv. het achteraf wegvallen van de bevoegdheid tot het verrichten van een bepaalde handeling of tot het ontstaan van aansprakelijkheid ter zake van een feit dat steeds voor de vernietiging is voorgevallen."

neemt het aantal uitspraken over de toepassing van de algemene voorwaardenregeling op algemene erfpachtvoorwaarden toe en wordt de regeling ook ten aanzien van erfpachtvoorwaarden toegepast en uitgelegd conform de bewoordingen en het doel van de Europese Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.[3] De ratio van Richtlijn 93/13/EEG bestaat uit de bescherming van de consument die zich tegenover de verkoper in een zwakke onderhandelingspositie bevindt en over minder informatie dan deze laatste beschikt, wat ertoe leidt dat de consument met de door de verkoper tevoren opgestelde voorwaarden instemt zonder op de inhoud daarvan invloed te kunnen uitoefenen.[4] Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat indien aan de vereisten van Richtlijn 93/13/EEG is voldaan, de nationale algemene voorwaardenregeling in het licht van de richtlijn moet worden uitgelegd en toegepast, dat de rechter een beding ambtshalve aan de richtlijn dient te toetsen zodra hij over voldoende gegevens daartoe beschikt en dat de rechter, indien hij tot het oordeel komt dat het een oneerlijk beding betreft, het beding buiten toepassing dient te laten.[5] Indien algemene erfpachtvoorwaarden getoetst kunnen worden aan de algemene voorwaardenregeling, is in beginsel de richtlijnconforme interpretatie eveneens van toepassing. De maatstaf voor oneerlijke bedingen is te vinden in de tekst van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG:

> "Een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, wordt als oneerlijk beschouwd indien het, in strijd met de goede trouw, *het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort*." (Nadruk toegevoegd)

Met name de Europeesrechtelijk geïnspireerde jurisprudentie raakt direct de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter omdat als onderdeel van de toetsing de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de onderlinge rechten en verplichtingen voor partijen uit het erfpachtrecht moet worden meegewogen. Buiten de sfeer van de algemene voorwaarden werd en wordt in erfpachtverhoudingen getoetst of de afspraken uit de wet, de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden correct zijn nagekomen, zonder oog voor de vraag of de afspraken evenwichtig zijn. Algemene erfpachtvoorwaarden vormen daarmee een aanzienlijke verbintenisrechtelijke dimensie in de rechtsverhouding.

De jurisprudentie roept ook nieuwe vragen op, met name omdat de algemene voorwaardenregeling en Richtlijn 93/13/EEG niet geschreven zijn voor duurovereenkomsten, de richtlijn een beperkt temporeel bereik kent en de aanwijzingen van het Hof van Justitie voor de toetsing in erfpachtverhoudingen niet altijd

3 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, *PbEG*, L 95/29. Tenzij anders vermeld wordt in dit hoofdstuk met de term 'richtlijn' verwezen naar deze richtlijn.

4 In de woorden van bijvoorbeeld HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*), punt 30.

5 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). Zie Wissink 2017, p. 13-24 en Wissink 2018 voor een recent overzicht van uitleg en toepassing van Richtlijn 93/13/EEG.

even goed toepasbaar zijn. Die vragen probeer ik hier van een antwoord te voorzien.[6]

Hieronder behandel ik eerst de ratio van de algemene voorwaardenregeling en de opvattingen van de wetgever en de doctrine over de beoogde toepassing van de regeling op erfpachtverhoudingen, mede aan de hand van een aantal specifieke situaties waarvoor in de doctrine aandacht is gevraagd (par. 3.2 Parlementaire geschiedenis en 3.3 Doctrine). Daarna bestudeer ik in par. 3.4 de rechtspraak over de toepassing van de algemene voorwaardenregeling op erfpachtrechten en de vraagstukken die zich hierbij voordeden. Vervolgens komt in par. 3.5 de invloed en betekenis van Richtlijn 93/13/EEG uitvoerig aan bod en wordt, met name aan de hand van recente rechtspraak, de verplichting tot ambtshalve richtlijnconforme interpretatie besproken. Ik sluit af met een samenvatting van de bevindingen en hun consequenties voor de rechtsverhouding.

3.2 Parlementaire geschiedenis

In deze paragraaf beschrijf ik aan de hand van de parlementaire geschiedenis de ratio van de algemene voorwaardenregeling en de bedoeling van de wetgever van de Boeken 5 en 6 BW ten aanzien van de toepassing van die regeling op algemene erfpachtvoorwaarden. De materie van de algemene voorwaardenregeling zou volgens de memorie van toelichting het gehele vermogensrecht bestrijken.[7] De beschermingsgedachte die aan de algemene voorwaarden-regeling ten grondslag lag werd als volgt verwoord:

> '(…) de eenzijdige inhoud van (door een professionele gebruiker voor veelvuldig gebruik opgestelde) algemene voorwaarden, in verband met het gemak waarmee zij de wederpartij die op de inhoud geen invloed heeft, ja zelfs daarmee meestentijds onbekend is, worden opgedrongen. Alle bepalingen van dit wetsontwerp die betrekking hebben op het onredelijk bezwarend karakter van bedingen, zijn gebaseerd op deze samenhang tussen de inhoud van het beding en de wijze waarop de wederpartij eraan pleegt te worden gebonden.'[8]

De heersende mening was dat de bescherming tegen onredelijke algemene voorwaarden niet alleen aan de rechtspraak kon worden overgelaten, het verdiende de voorkeur:

> '(…) een wettelijke regeling te creëren die enerzijds rechtstreeks op rechterlijke inhoudscontrole van onredelijke bedingen is gericht en die anderzijds zoveel mogelijk rechtszekerheid op dit terrein kan verschaffen.'[9]

6 Die vragen ontstonden mede naar aanleiding van mijn bijdrage aan het congres Algemene Voorwaarden – 25 jaar toetsing van oneerlijke bedingen, gehouden op 24 april 2018 aan de Rijksuniversiteit te Leiden, en de daar gevoerde discussie. Voor een verslag van het congres zie Meester & Beentjes 2018.

7 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1451, nr. 2 (MvT): '(…) het bij deze complexe, het gehele vermogensrecht bestrijkende materie (…).' Omwille van de leesbaarheid wordt in deze paragraaf tussen de aanduiding van wetsartikelen uit het ontwerp in vierkante haken de definitieve wetsartikelen zoals wij die nu kennen geplaatst.

8 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1453, nr. 3 (MvT).

9 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1454, nr. 5 (MvT).

De drie oogmerken van de algemene voorwaardenregeling waren de bescherming van de wederpartij van de gebruiker, de bevordering van de rechtszekerheid en het bevorderen van overleg tussen belanghebbenden. Deze doelen werden in de memorie van toelichting als volgt samengevat:

> "In de eerste plaats strekt het [ontwerp] ertoe de rechterlijke controle op de inhoud van algemene voorwaarden te versterken, zulks ter bescherming van personen jegens wie de voorwaarden worden gebruikt, daar dezen op de inhoud daarvan in de regel geen invloed hebben, deze vaak niet eens kennen of begrijpen dan wel het risico onderschatten dat het tot een beroep op de voorwaarden zal komen. Tegelijkertijd beoogt het ontwerp zoveel mogelijk rechtszekerheid te bieden, zowel ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden als ten aanzien van de (on) geoorloofdheid van hun inhoud. In de derde plaats bevat het regels die verplichten tot overleg tussen belanghebbenden over de inhoud van algemene voorwaarden of die zodanig overleg stimuleren."[10]

De algemene voorwaardenregeling dient derhalve de bevordering van de rechtszekerheid in het contractenrecht en biedt bescherming aan met name (kleine) wederpartijen van (grote) gebruikers van algemene voorwaarden in de vorm van de sanctie vernietigbaarheid van voorwaarden die in zijn algemeenheid en vanaf het begin van de rechtsverhouding wegens hun inhoud onredelijk bezwarend zijn voor de wederpartij.

Daarmee heeft de algemene voorwaardenregeling haar uitgangspunt in een ongelijke contractsverhouding waarbij een grotere partij als gebruiker van een verzameling van door hem opgestelde standaardvoorwaarden de kleinere wederpartij een contractsinhoud opdringt waarop deze wederpartij geen invloed heeft gehad en er toch aan gebonden raakt. Dat is ook de situatie bij stedelijke erfpacht en de door gemeenten opgestelde algemene erfpachtvoorwaarden. In de erfpachttitel wordt echter de contractvrijheid voor de erfverpachter als uitgangspunt gehanteerd, mede op aandringen van de gemeenten.

Volgens de memorie van toelichting betreft het toepassingsgebied van de algemene voorwaardenregeling ieder gebruik van algemene voorwaarden, ongeacht de persoonlijke kwaliteit of rechtsvorm van de gebruiker en de wederpartij.[11] In de parlementaire geschiedenis van afdeling 6.5.3 BW kwam vervolgens uitdrukkelijk aan de orde dat deze afdeling mede zou zien op gronduitgifteverordeningen van gemeenten en dat deze ook voor overheden als gebruiker van algemene voorwaarden zou gelden.[12] De Minister van Justitie schreef tijdens de behandeling van de invoeringswet van Boek 6 BW in antwoord op vragen van de bijzon-

10 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1455, nr. 7 (MvT).

11 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1456, nr. 7 (MvT): "Derhalve heeft het ontwerp betrekking op ieder gebruik van algemene voorwaarden, ongeacht de persoonlijke kwaliteit of rechtsvorm van gebruiker en wederpartij." Onder de voorbeelden genoemd op p. 1455 waren niet de algemene erfpachtvoorwaarden. Op dit beginsel bestonden wel uitzonderingen, sommige onderdelen van de regeling zoals de zwarte en de grijze lijst waren uitsluitend van toepassing op overeenkomsten met consumenten.

12 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1562, het voorlopig verslag van de Bijzondere Commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek uit de Eerste Kamer van 7 februari 1986, waarin aan de Minister van Justitie werd verzocht of bijvoorbeeld bepalingen uit gronduitgifteverordeningen van gemeenten ook onder de werking van de algemene voorwaardenregeling zouden vallen nadat zij waren opgenomen als standaardbepalingen in overeenkomsten.

dere commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek uit de Eerste Kamer:

> "Zoals de commissie terecht vooropstelt zijn door de overheid gebruikte algemene voorwaarden op dezelfde wijze als andere algemene voorwaarden aan toetsing krachtens deze afdeling onderworpen; hierbij maakt het geen verschil of de gebruiker als een "overheidsbedrijf" moet worden gekarakteriseerd, noch of de algemene voorwaarden door een overheidslichaam zijn goedgekeurd of wellicht zelfs voorgeschreven."[13]

De algemene voorwaardenregeling is ook van toepassing op door de overheid gebruikte algemene voorwaarden. Voorbeelden daarvan zijn de voorwaarden die gemeenten hanteren voor de verkoop of uitgifte in erfpacht van bouwgrond.

Ongeveer gelijktijdig met de Invoeringswet van Boek 6 BW werd in het parlement de Invoeringswet van Boek 5 BW behandeld. Bij de parlementaire behandeling van de erfpachttitel en met name bij de wijziging van art. 5:87 BW ging de wetgever expliciet ervan uit dat ook erfpachters bescherming zouden kunnen ontlenen aan de algemene voorwaardenregeling van Boek 6 BW. De minister verwoordde deze opvatting voor het eerst in zijn nota van wijziging van 3 oktober 1983, in een toelichting op het in het kader van de Operatie Stofkam wegvallen van de regeling van de vervallenverklaring van erfpachtrechten wegens tekortschieten en vervanging daarvan door opheffing door de rechter:

> "De nieuwe regel van lid 4 geeft voorts dezelfde vrijheid als de huidige artikelen 780-782 om de gevolgen van tekortschieten door de erfpachter in de akte van vestiging nader te regelen, uiteraard binnen de grenzen die voortvloeien uit *de daarvoor geldende algemene regels, zoals bij voorbeeld die betreffende algemene voorwaarden*."[14]

Leden van de vaste Kamercommissie voor justitie refereerden in het eindverslag op vergelijkbare terloopse wijze aan de toepassing van de algemene voorwaardenregeling op erfpachtrechten bij hun pleidooi voor behoud van de oorspronkelijke bepalingen over vervallenverklaring uit het gewijzigd ontwerp. Er waren immers ook erfverpachters die geen algemene erfpachtvoorwaarden gebruikten en voor deze erfpachters diende de wet in titel 5.7 BW beschermende bepalingen te bevatten:

> "De hier bedoelde leden van de C.D.A.-fractie tekenden daarbij [de hierboven geciteerde passage van de minister] echter het volgende aan. De erfpachter wordt in de nieuwe regeling onvoldoende beschermd. Daarbij bedenke men het volgende. Er zijn ook andere eigenaars-erfverpachters dan gemeenten; de erfpachtsvoorwaarden van particulieren zouden wel eens minder evenwichtig kunnen zijn dan die van gemeenten; (…). Bovendien valt te betwijfelen of de erfpachter-particulier wel in dezelfde mate wordt beschermd door de regeling van de algemene voorwaarden als door artikel 5.7.1.10. Daar komt nog bij dat de door de regeling met betrekking tot algemene voorwaarden geboden bescherming zal ontbreken indien geen sprake is van algemene voorwaarden doordat er een regeling is getroffen voor één geval."[15]

---

13 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1565 en (MvA I van 24 november 1986).
14 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1059 (Nota van wijziging II van 3 oktober 1983). Nadruk toegevoegd.
15 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1061 (EV II van 14 januari 1986).

In zijn reactie op het eindverslag gaf de minister een toelichting op de voorgestelde wijzigingen en specificeerde de toepassing van de algemene voorwaardenregeling op erfpachtverhoudingen, voorwaarden 'die bij gronduitgifte een belangrijke rol spelen'. Die toepassing sloot aan bij de autonomie van partijen de inhoud van een erfpachtrecht naar eigen wens in te richten en daarbij andere opzeggingsgronden dan de wettelijke af te spreken. Op grond van de open norm van art. 6:233, aanhef en sub a BW[16] werd de erfpachter beschermd tegen onredelijk bezwarende bedingen in erfpachtvoorwaarden:

> "Ook is het wenselijk geacht de mogelijkheid open te laten om bij de vestiging van de erfpacht nader te regelen op grond van welke andere vormen van niet-nakoming door de erfpachter van zijn verplichtingen, beëindiging van de erfpacht, i.h.b. door opzegging, mogelijk moet zijn. De bezwaren die dit kan hebben voor de particulier aan wie bijv. een woning in erfpacht wordt uitgegeven in verband met de mogelijkheid van onredelijke bezwarende bedingen, kunnen beter worden opgevangen met de wetgeving betreffende algemene voorwaarden die bij gronduitgifte een belangrijke rol spelen. Daarbij zal in het bijzonder moeten worden gedacht aan de algemene maatstaf van artikel 6.5.2A.2a [art. 6:233 sub a BW], nu de artikelen 6.5.2A.3 en 4 [art. 6:236 en 6:237 BW] hier geen bedingen vermelden die rechtstreeks niet-nakoming door de erfpachter betreffen. Aldus blijft de mogelijkheid open om de betreffende voorwaarden te bezien in verband met de inhoud van de erfpacht waarom het bij de betreffende groep van gevallen gaat."[17]

De minister zag geen aanleiding voor afzonderlijke regels in titel 5.7 BW voor 'het in de praktijk weinig belangrijke geval' van erfpachtrechten waarbij geen algemene voorwaarden werden gebruikt.[18] Met andere woorden, bij uitgifte in erfpacht werd vrijwel altijd gebruikgemaakt van algemene erfpachtvoorwaarden en daarop zou afd. 6.5.3 BW van toepassing zijn en de erfpachter voldoende bescherming bieden door de bevoegdheid onredelijk bezwarende bedingen te vernietigen. Kamerlid Van der Burg (CDA) was het daarmee niet eens en diende tijdens de commissievergadering een amendement in tot wijziging van de opzeggingsregeling bij erfpacht.[19] Tijdens de vergadering van de Vaste commissie voor Justitie verduidelijkte hij dat hij daarmee de landelijke erfpacht op het oog had:

> "Vervolgens kom ik te spreken over de erfpacht, titel 7 van Boek 5. Deze wordt niet alleen gebruikt in onze steden en dorpen met de gemeente als erfpachtgever, maar ook door de dienst der domeinen in onze landelijke gebieden en – wat erg belangrijk is – ten behoeve van particuliere landeigenaren, bosbezitters en natuurbeschermers, hetzij rechtspersonen dan wel natuurlijke personen. De erfpachtconstructie wordt in de voorgaande gevallen gebruikt om de mogelijkheid van bewoning te realiseren, die nodig is voor de controle, het beheer en de exploitatie van landelijke gebieden in particuliere handen. (…) De erfpachter wordt naar het oordeel van de CDA-fractie in de regeling, zoals bij nota van wijziging voorgesteld, onvoldoende beschermd. Er is veelal

16 Tenzij anders vermeld wordt in het vervolg van dit hoofdstuk kortweg met art. 6:233 sub a BW verwezen naar de open norm van art. 6:233, aanhef en sub a BW.

17 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1062 (NEV II van 27 januari 1986).

18 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1062-1063 (NEV II van 27 januari 1986): "Voor het in de praktijk weinig belangrijke geval van erfpacht op voorwaarden die niet onder de in de laatste versie zeer ruime omschrijving van artikel 6.5.2A.1 [art. 6:231 BW] zouden vallen, bestaat, naar het mij voorkomt, aan bijzondere regels geen behoefte."

19 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1063-1064 (Amendement Van der Burg van 5 maart 1987).

geen sprake van bescherming op grond van algemene voorwaarden, omdat de erfpacht in de door mij genoemde gevallen voor één specifiek geval is overeengekomen."[20]

In het daarop volgende debat kwam de algemene voorwaardenregeling nog een aantal malen ter sprake. De PvdA onderschreef de genoemde gevallen van uitgifte in erfpacht.[21] De VVD betwijfelde of de algemene erfpachtvoorwaarden van overheidslichamen altijd redelijk waren.[22] De minister bleef bij zijn standpunt dat het om weinig voorkomende gevallen ging:

"In het algemeen zal de erfpachter beschermd worden door de algemene voorwaarden. De heer Van der Burg heeft het geval genoemd van de enkele erfpachtovereenkomst die wordt gesloten tussen twee civiele partijen, maar het overgrote deel van de erfpachtovereenkomsten valt onder het beding van algemene voorwaarden zoals dat ook nu door de Eerste Kamer is aanvaard. Daar wordt inderdaad bescherming mee verleend."[23]

Van der Burg herhaalde dat zijn amendement was gericht op de gevallen waarin geen algemene erfpachtvoorwaarden overeengekomen waren:

"De minister ontleent zijn bezwaren tegen mijn amendement aan het feit, dat er meestal algemene voorwaarden zijn voor de erfpachtovereenkomsten. Welnu, mijn amendement richt zich juist tot al die gevallen waarbij dat niet aan de orde is. Ik heb hiervoor in eerste termijn voorbeelden genoemd. Het afwezig zijn van algemene voorwaarden op dit punt, is juist in de door mij genoemde gevallen, een moeilijkheid die ik tracht op te lossen door mijn amendement (…). Ik meen echter dat de bestrijding van mijn amendement niet kan geschieden over de lijn, dat er nu eenmaal algemene voorwaarden zijn. Die zijn er immers niet voor de gevallen waarop mijn amendement betrekking heeft."[24]

De wetgever, bestaande uit de Kamercommissie en de minister, twijfelde er dus geen moment aan dat de algemene voorwaardenregeling van toepassing zou zijn op algemene erfpachtvoorwaarden. De minister had geen overwegende bezwaren tegen het amendement, maar meende 'dat het ook nuttig was om de toepasbaarheid van de algemene voorwaarden naar voren te brengen.'[25] D66 stelde bij een volgende bespreking de vraag aan de orde naar de verhouding tussen de bescherming van art. 5:87 BW en afd. 6.5.3 BW:

20 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1064 (UCV II 76 op 1 juni 1987).
21 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1065 (UCV II 76 op 1 juni 1987), bijdrage van mevrouw Swildens-Rozendaal: "Ik kan het eens zijn met de gedachte dat dit [amendement], zeker aan erfpachters die een pachtovereenkomst sluiten, de bescherming zal bieden die het door de minister voorgestelde artikel 5.7.1.8a mist, waarbij door de regeling met betrekking tot de algemene voorwaarden geboden bescherming ontbreekt, omdat de regeling voor één geval is getroffen."
22 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1065 (UCV II 76 op 1 juni 1987), bijdrage van de heer Korthals: "In dit verband moet mij nog van het hart dat ik allerminst overtuigd ben van de stelling, voorkomend in het eindverslag, dat – verkort weergegeven – erfpachtsvoorwaarden van overheidslichamen doorgaans redelijk plegen te zijn. Het proefschrift van Jitske de Jong spreekt in dit verband boekdelen."
23 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1066-1067 (UCV II 76 op 1 juni 1987), bijdrage van minister Korthals Altes, die nog benadrukte dat de algemene voorwaardenregeling ook kon worden ingeroepen tegen onredelijk bezwarende erfpachtvoorwaarden van overheidsorganisaties.
24 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1067 (UCV II 76 op 1 juni 1987), bijdrage van de heer Van der Burg.
25 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1067 (UCV II 76 op 1 juni 1987), bijdrage van minister Korthals Altes.

> "Hoe is dan de situatie in erfpachtverhoudingen die worden beheerst door algemene voorwaarden? Bevatten de in zwang zijnde algemene voorwaarden door de bank genomen een grotere bescherming van de erfpachter dan wij nu in het dwingend recht zullen opnemen, of juist een kleinere?"[26]

Regeringscommissaris Snijders wees in antwoord hierop en ten aanzien van de algemene opzeggingsbevoegdheid op de onredelijk bezwarende bedingen van de grijze lijst, met name art. 6.5.2A.4 sub d (art. 6:237d BW).[27] Daarmee werd verduidelijkt dat de erfverpachter weliswaar in algemene erfpachtvoorwaarden andere opzeggingsgronden dan de wettelijke kon bedingen, maar dat deze getoetst konden worden aan de algemene voorwaardenregeling, waarbij de wettelijke opzeggingsgronden een belangrijk kader voor de toetsing zouden vormen. Hetzelfde zou volgens Snijders gelden in het geval de erfverpachter zijn algemene opzeggingsbevoegdheid niet in de vorm van algemene erfpachtvoorwaarden had bedongen.[28]

Aan de hand van de parlementaire behandeling van de algemene voorwaardenregeling en de opzeggingsbevoegdheid uit titel 5.7 BW in de Invoeringswetten van Boek 5 en 6 BW kan worden geconcludeerd dat de wetgever het dwingend recht van titel 5.7 BW en de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW heeft bedoeld als twee naast elkaar staande bronnen voor de toetsing van de opzegging van een erfpachtrecht. Aangenomen mag worden dat dat niet alleen geldt voor de opzegging van erfpachtrechten, maar ook voor andere elementen van de inhoud van erfpachtrechten. Dat de algemene voorwaardenregeling van toepassing is op de zo veelvuldig voorkomende algemene erfpachtvoorwaarden en dat erfpachters daar bescherming aan kunnen ontlenen, vormt voor de wetgever een feit. De discussie ging immers vooral over gevallen waarbij geen algemene erfpachtvoorwaarden worden gebruikt. Dat een regeling uit het verbintenissenrecht daarmee zou worden toegepast op een goederenrechtelijk recht vormde geen onderwerp van beschouwing, maar werd als vanzelfsprekend aangenomen. Dat is begrijpelijk vanuit de gedachte dat de inhoud van erfpachtrechten vooral aan de partijautonomie was overgelaten, maar dat is opmerkelijk vanuit een strikt goederenrechtelijke beoordeling van de erfpachtverhouding.

3.3 Doctrine

Direct na publicatie van het wetsvoorstel algemene voorwaarden in 1981 verschenen reacties op dit voorstel uit de praktijk. De Vereniging voor Bouwrecht wijdde haar eerste kwartaalvergadering van 1982 aan het wetsontwerp en uit het

26 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1070 (UCV II 85 op 24 juni 1987), bijdrage van de heer Wolffensperger. De achtergrond van deze vraag werd gevormd door de discussie of de erfverpachter in zijn (algemene) erfpachtvoorwaarden de bescherming van art. 5:87 BW kon omzeilen door een algemene (blanco) opzeggingsbevoegdheid te bedingen.

27 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1071 (UCV II 85 op 24 juni 1987), bijdrage van de heer Snijders: "Hier is nu typisch sprake van een kader, waarbij het wel degelijk van belang kan zijn te toetsen of het hier gaat om een opzegging op grond van wanprestatie ja of nee."

28 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1071 (UCV II 85 op 24 juni 1987), bijdrage van de heer Snijders: "Ik denk dat zich in het kader van de erfpacht heel goed dergelijke posities kunnen voordoen, waarbij deze bepaling van wanprestatie wel degelijk betekenis heeft, ook in het geval van een op het oog discretionaire bevoegdheid tot opzegging."

verslag van de inleidingen en de discussies bleek dat de algemene voorwaarden die gemeenten hanteerden voor de verkoop en uitgifte in erfpacht van hun gronden moesten worden beschouwd als algemene voorwaarden in de zin van het wetsontwerp.[29] Verwacht werd dat vele bestaande voorwaarden in strijd met de grijze of zwarte lijst zouden zijn.[30] Twee jaar later besprak De Jong het wetsvoorstel in haar dissertatie over gemeentelijke gronduitgifte.[31] Zij ging er daarbij net als de wetgever van uit dat de regeling van toepassing was op algemene erfpachtvoorwaarden, ook wanneer die door de overheid werden gebruikt. De formulering van 'algemene voorwaarden' was zo ruim gesteld dat algemene erfpachtvoorwaarden en het gebruik daarvan 'vrijwel steeds onder de nieuwe titel van het NBW 6.5.2A vallen.'[32] De Jong gaf voorbeelden van veelvoorkomende bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden die onder de voorgestelde regeling aangepast zouden moeten worden, met name op grond van bepalingen uit de grijze en zwarte lijst. Een voorbeeld vormde het verplichte bindend advies bij geschillen over canonherziening:

> "Zo lijkt het waarschijnlijk dat de vaststelling van de canon bij herziening door deskundigen indien over de hoogte daarvan tussen partijen geen overeenstemming kon worden bereikt, veelal strijdig zal zijn met art. 6.3.2A.3o [art. 6:236 sub n BW] dat de strekking heeft de weg naar de gewone rechter, nadat een geschil tussen partijen is gerezen, open te houden."[33]

Boetebedingen uit algemene voorwaarden die niet het karakter hadden van een gefixeerde schadevergoeding konden in strijd zijn met art. 6.5.2A.4k (art. 6:237 sub i BW) en het niet mogen compenseren van verschuldigde canonbedragen zou in strijd kunnen zijn met art. 6.5.2A.4g (art. 6:237 sub g BW). Met een vooruitziende blik wees De Jong op erfpachtvoorwaarden waarin een eenzijdig wijzigingsbeding was opgenomen voor de erfverpachter:

> "Onder de open norm van art. 6.5.2Aa [art. 6:233 sub a BW] zou vervolgens wellicht de rechtsgeldigheid kunnen worden aangevochten van bepalingen in AV-erfpacht (veelal voor voortdurende tijd) op grond waarvan na ommekomst van een erfpachttijdvak de toepasselijke Algemene Voorwaarden eenzijdig door de gemeenteraad kunnen worden gewijzigd (zie ook art. 23 Verord. Arnhem)."[34]

Tijdens de parlementaire behandeling hadden consumentenorganisaties suggesties gedaan voor aanvullingen van de zwarte en grijze lijst. Bij deze suggesties

---

29 Bouwrecht 1982, p. 370-397.

30 Zie onder meer de bijdrage van Mw. Jitske de Jong in Bouwrecht 1982, p. 394. Zij bevestigde 'dat ook haar is gebleken dat het Wetsontwerp Algemene Voorwaarden integraal op door gemeenten gehanteerde standaardgronduitgiftevoorwaarden betrekking heeft'. De memorie van toelichting wees daar op p. 19-20 nadrukkelijk op. Zij verwachtte dat 'vele bepalingen [in door gemeenten gehanteerde algemene voorwaarden tot uitgifte van grond in eigendom of erfpacht] reeds in het licht van de lijsten van art. 3 en 4 met vernietiging worden bedreigd'. Er bestond een grote diversiteit aan voorwaarden, er was geen uniform model. Consumenten- en ondernemersorganisaties hadden geen invloed op de gebruikte bedingen. De VNG zou een of meer modellen moeten maken, aldus enkele conclusies van de bespreking.

31 De Jong 1984a, p. 229-232.

32 De Jong 1984a, p. 230. Afd. 6.5.2A werd later vernummerd tot afd. 6.5.3.

33 De Jong 1984a, p. 232.

34 De Jong 1984a, p. 232. Bijlage 7 op p. 348 bevatte de tekst van art. 23 AV Arnhem 1982: "Indien een erfpachtsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt afgesloten, heeft de gemeenteraad het recht telkens na een periode van vijftig jaar de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig algeheel te herzien." In gelijke zin De Jong 1986, p. 170.

was ook het voorstel om het eenzijdig wijzigingsbeding in één van de lijsten op te nemen en de Tweede Kamer had hier vragen over gesteld aan de minister:

> "De commissie wees erop dat de Consumentenbond en de Stichting Konsumenten Kontakt hebben voorgesteld de zwarte en/of de grijze lijst aan te vullen met de volgende bedingen: (…) 9. een beding dat de gebruiker het recht geeft de contractsinhoud eenzijdig te wijzigen."[35]

De minister vond een dergelijke aanvulling echter niet nodig naast de bescherming van de algemene norm:

> "9. Het voor de consument belangrijkste voorbeeld hiervan – het verschaffen van een andere dan op ondergeschikte punten afwijkende prestatie – wordt bestreken door artikel 4 onder c [art. 6:237 sub c BW]. Voor het overige is een bijzondere regel naast artikel 2, lid 2 onder a [art. 6:233 sub a BW], naar onze mening onnodig."[36]

Ook bij De Jong was geen spoor van twijfel te vinden over de toepasselijkheid van de algemene voorwaardenregeling op algemene erfpachtvoorwaarden. Dat bleek ook uit de opvatting dat een groot aantal gemeenten genoodzaakt zou zijn de algemene erfpachtvoorwaarden aan te passen. De bewerkers van het handboek zakenrecht uit de Asser-serie waren in 1990 dezelfde opvatting toegedaan, onder verwijzing naar de dissertatie van De Jong.[37]

In 1991 wees de Hoge Raad in het Lelystad-arrest in een overweging ten overvloede vooruit naar het in werking treden van de algemene voorwaardenregeling.[38] De vraag of de Wet op de ruimtelijke ordening in de weg stond aan het opnemen van voorwaarden in overeenkomsten over grondgebruik, ook indien deze voorwaarden afweken van het geldende bestemmingsplan door een bepaald gebruik te beperken of te verbieden waar dat volgens het bestemmingsplan was toegestaan, beantwoordt de Hoge Raad ontkennend. De stringentere beperking van de bevoegdheden van de grondgebruiker in de algemene verkoopvoorwaarden in verhouding tot het toegestane gebruik volgens het bestemmingsplan brengt die gebruiker niet in een onevenredig nadelige positie omdat hij aan het privaatrecht een vijftal mogelijkheden kan ontlenen om zich te verweren tegen onredelijke voorwaarden van de gemeentelijke grondeigenaar, waaronder een beroep op de algemene voorwaardenregeling:

> "De Hoge Raad acht het wenselijk, nu hier een grondgebruiker als Kunst- en Antiekstudio een beroep doet op de ongeldigheid van een voorwaarde betreffende grondgebruik, omtrent de positie van een grondgebruiker ten opzichte van zulk een voorwaarde het volgende op te merken. (…) *Maakt het beding omtrent grondgebruik deel uit van algemene voorwaarden, hetgeen veelal het geval zal zijn, dan is ook de regeling van afdeling 6.5.3 NBW daarop van toepassing*. (…) In

35 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1654 (VV II van 30 juni 1982).
36 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1658 (MvA II van 2 januari 1984).
37 Asser/Beekhuis e.a. 1990, p. 268: "De standaardvoorwaarden zullen echter te zijner tijd moeten worden getoetst aan de nieuwe artikelen over algemene voorwaarden (afdeling 6.5.2A): zie *BR* 1982, p. 393 e.v.; DE JONG, diss., p. 229."
38 HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, *NJ* 1991/691, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en Antiekstudio/Lelystad*).

> het licht van een en ander kan worden gezegd dat ook in het kader van het burgerlijk recht de gerechtvaardigde belangen van grondgebruikers voldoende worden beschermd."[39]

Het Lelystad-arrest vormde aanleiding voor een onderzoek naar de vraag of de algemene voorwaardenregeling van toepassing is op alle bepalingen in algemene erfpachtvoorwaarden en naar de wijze waarop deze voorwaarden aan de regeling getoetst moeten worden.[40] Van Wechem en Wessels concluderen dat in zijn algemeenheid de bescherming van afdeling 6.5.3 BW genoemd in het arrest, dat ging over voorwaarden voor de uitgifte in eigendom, ook geldt voor bedingen uit algemene voorwaarden voor uitgifte in erfpacht, mits er een aanwijsbaar contract aan ten grondslag ligt.[41] De regeling kan naar hun mening echter niet op alle bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden in gelijke mate en op dezelfde wijze worden toegepast. Er moet een onderscheid worden gemaakt.

De auteurs toetsen een aantal bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden aan de algemene voorwaardenregeling en komen daarbij tot de volgende indeling in soorten bedingen. Als eerste onderscheiden zij tussen obligatoire bedingen en zakelijke bedingen. Op obligatoire bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden is afd. 6.5.3 BW zonder meer van toepassing.[42] Ten aanzien van bedingen met zakelijke werking maken zij een driedeling. De eerste categorie bestaat uit dwingend-wettelijke-zakelijke bedingen. Dit zijn 'bedingen waarin onderwerpen zijn geregeld die samenvallen met de (semi-)dwingende wetsbepalingen van afdeling 5.7 (…)' en op deze bedingen is 'afdeling 6.5.3 (…) niet van toepassing omdat het bepalingen betreft die in een inherent verband staan met de wet en de wet zelf, voor zover dwingend, deze bedingen corrigeert (afdeling 5.7 dan wel art. 3:40).'[43] De tweede categorie bestaat uit niet-dwingend-wettelijke-zakelijke

39 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991/691, r.o. 3.4. Nadruk toegevoegd.

40 Van Wechem & Wessels 1992a en Van Wechem & Wessels 1992b.

41 Zij sloten daarmee aan bij de bijdrage van Slagter & Brood-Grapperhaus 1989, p. 154: "De Wet Algemene Voorwaarden geldt alleen in contractuele relaties, dus staat niet in de weg aan zakelijk werkende bedingen als onderdeel van zakelijke rechten zoals erfpacht. Als men zich eerst contractueel verbindt om in een zakelijk te vestigen erfpachtsrecht een beding op te nemen dat onredelijk bezwarend is kan men zich op titel 6.5.2a [afd. 6.5.3 BW] beroepen."

42 Zie ook Slagter & Brood-Grapperhaus 1989, p. 154 waar zij een onderscheid maakten tussen 'bedingen, die in het kader van de wettelijke regeling van zakelijke en andere absolute rechten hun plaats hebben gevonden en contractuele bedingen, die al dan niet van kwalitatieve aard zijn'. Op de eerste categorie was de algemene voorwaardenregeling niet van toepassing, op de tweede categorie, waarbij nadrukkelijk ook de kwalitatieve verbintenissen in de zin van Boek 6 BW behoorden, wel.

43 Van Wechem & Wessels 1992b, p. 221.

bedingen en deze zijn wel toetsbaar krachtens afdeling 6.5.3 BW.[44] Dit betreft dus bedingen die in de wet aanvullend geregeld zijn en waarbij partijen bij de akte van vestiging een afwijkende regeling kunnen afspreken. De derde categorie bestaat uit niet-wettelijke-zakelijke bedingen, dus bedingen waarover de wet zwijgt, deze zijn eveneens toetsbaar krachtens afdeling 6.5.3 BW.[45] De auteurs merken op dat de materie die in de twee laatste categorieën bedingen wordt geregeld overeenkomsten vertoont met de onderwerpen die in kwalitatieve verplichtingen of kettingbedingen worden geregeld en waarop de algemene voorwaarden-toets van toepassing is. In deze publicaties wordt derhalve een onderscheid geïntroduceerd tussen bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden die wel en die niet onder de algemene voorwaardenregeling vallen. Dat bepalingen van dwingend en semi-dwingend recht uit titel 5.7 BW niet aan de algemene voorwaardenregeling getoetst kunnen worden volgt reeds uit het standpunt van de wetgever dat in overeenkomsten opgenomen wettelijke bepalingen niet onder de werking van afd. 6.5.3 BW kunnen vallen.[46] Alle andere bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden vallen rechtstreeks of naar analogie onder de werking van de algemene voorwaardenregeling. Het onderscheid is derhalve nuttig, maar niet zo groot.

Door Van Wechem en Wessels wordt kort gerefereerd aan de aard van de rechtsverhouding. Bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden kunnen naar analogie kwalificeren als algemene voorwaarden indien zij bestemd zijn om in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen.[47] Dat begrip 'overeenkomst' vormt een probleem, ook al heeft de wetgever met de schakelbepaling van art. 6:216 BW aangegeven dat overeenkomstige toepassing op 'andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen' mogelijk is. De auteurs stellen vast dat vanuit dogmatisch oogpunt de wettelijke omschrijving van een algemene voorwaarde aan

44 Van Wechem & Wessels 1992b, p. 221. De auteurs verwijzen naar Slagter & Brood-Grapperhaus 1989 die een vergelijkbaar onderscheid maakten, en naar PG Boek 6 Inv. BW, p. 1744-1745 over de analoge toepassing van afdeling 6.5.3 BW op zakelijke overeenkomsten. Deze laatste vergelijking gaat niet op. De betreffende discussie uit de parlementaire geschiedenis ging over de contractsdwang-bepaling van de grijze lijst [art. 6:237 sub j BW], ten aanzien waarvan de memorie van toelichting had opgemerkt: "De overeenkomsten waarop de bepaling doelt zijn verbintenisscheppende overeenkomsten; men zie artikel 6.5.1.1 lid 1 [art. 6:231 BW]. Op andere overeenkomsten laat de bepaling zich zo nodig overeenkomstig toepassen (artikel 6.5.1.6 [art. 6:216 BW]) (…). Voor zover het beding betrekking heeft op een zakelijke overeenkomst (bijvoorbeeld overdracht na koop) zal het – begrijpelijkerwijze – krachtens de slotwoorden van artikel 1, eerste zin, doorgaans aan toetsing zijn onttrokken." Om een toelichting gevraagd door de Kamer verduidelijkte de minister bij memorie van antwoord dat met de zakelijke overeenkomst werd gedacht aan 'een beding dat tot levering, benodigd voor een overdracht of voor de vestiging van een beperkt recht verplicht, en derhalve een titel in de zin van artikel 3.4.2.2 oplevert. De overdracht of vestiging is een zakelijke overeenkomst, derhalve is de bepaling niet rechtstreeks doch eventueel analogisch van toepassing (artikel 6.5.1.6). (…) Hetzelfde geldt voor de verplichting tot vestiging van een erfpachtrecht (…) Wij menen dat een zodanig beding (…) veelal een kernbeding in de zin van artikel 1 zal zijn (…)'. De analoge toepassing waar hierover gesproken werd betrof dus uitsluitend de verplichting tot vestiging van een erfpachtrecht, die als een kernbeding van de zakelijke overeenkomst werd opgevat, en niet de overige bepalingen betreffende de inhoud van het te vestigen erfpachtrecht.

45 De auteurs houden bij deze laatste categorie geen rekening met het voldoende verband-vereiste ten aanzien van onderwerpen die in de wet niet geregeld zijn, vgl. bijvoorbeeld Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/216-217 over dwingend en aanvullend recht in erfpachtvoorwaarden en voldoende verband.

46 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1565 (MvA I van 24 november 1986): 'wettelijke regels die van rechtswege deel uitmaken van de contractsinhoud [zijn] geen algemene voorwaarden in de zin van deze afdeling.'

47 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1521 (MvT): "De overeenkomsten waarop de onderhavige bepaling [art. 6:231 BW] doelt zijn obligatoire overeenkomsten; men zie artikel 6.5.1.1 lid 1 [art. 6:213 BW]. Daarnaast vinden de bepalingen van afdeling 2A krachtens artikel 6.5.1.6 [art. 6:216 BW] in beginsel overeenkomstige toepassing op andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen, zoals (…) de vestiging van beperkte rechten (artikelen 3.4.2.2 en 11), (…) etc."

toepassing op zakelijke bedingen in de weg staat omdat zakelijke bedingen niet worden opgesteld om in overeenkomsten te worden opgenomen, maar om deel uit te maken van een zakelijk recht. Aan dat deel uitmaken van een zakelijk recht ligt naar hun mening niet altijd een rechtshandeling ten grondslag zoals de schakelbepaling vereist. Tussen een gemeente als erfverpachter en de eerste erfpachter bestaat een obligatoire rechtsverhouding, maar dat geldt niet voor rechtsopvolgers, tussen rechtsopvolgende erfverpachters en erfpachters bestaat alleen een goederenrechtelijke rechtsverhouding.[48] Omdat op grond van de parlementaire geschiedenis analoge toepassing van de algemene voorwaardenregeling op algemene erfpachtvoorwaarden is beoogd zijn zij bereid deze aan te nemen, ook al past deze toepassing niet goed in het stelsel van de wet. Zij laten echter in het midden of die analoge toepassing tot gevolg heeft dat ook rechtsopvolgers van de eerste erfpachter zich op de algemene voorwaardenregeling kunnen beroepen.

Kwesties die na het in werking treden van de algemene voorwaardenregeling in de literatuur bediscussieerd worden omvatten de vraag op welke wijze algemene erfpachtvoorwaarden voorwerp van toetsing aan de hand van afd. 6.5.3 BW worden, wanneer de aard van het erfpachtrecht zich tegen de toepassing van afd. 6.5.3 BW verzet, of rechtsopvolgers van de oorspronkelijke vestigende partijen ook een beroep op de algemene voorwaardenregeling kunnen doen, en indien dat het geval is, de vraag wat geldt indien de rechtsopvolger een andere hoedanigheid heeft dan de erfpachter bij vestiging. De kern van de bezwaren betreft het ontbreken van een overeenkomst tussen de gebruiker en de wederpartij van de algemene voorwaarden.

Van Velten stelt in zijn preadvies over privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht vast dat algemene erfpachtvoorwaarden in het geval van uitgifte aan een particulier moeten voldoen aan afd. 6.5.3 BW en dat door reflexwerking deze afdeling ook van belang kan zijn bij uitgifte aan niet-particulieren.[49] De vraag of de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter uitsluitend wordt beheerst door het goederenrecht of ook door het verbintenissenrecht, wordt door Van Velten in de laatste zin beantwoord. De bepalingen van Boek 6 BW zijn derhalve van toepassing op erfpachtrechten, voor zover niet in strijd met de van toepassing zijnde bepalingen uit Boek 5 BW.[50] Dit geldt in ieder geval voor de algemene voorwaardenregeling, deze is via de schakelbepaling altijd van toepassing op erfpachtrechten.[51] Van Velten sluit hiermee aan op de bedoeling van de wetgever.

---

48 Van Wechem & Wessels 1992b, p. 222: "Dit obligatoire karakter lijkt ons in de verhouding tussen de gemeente en de eerste erfpachter zonneklaar. In de verhouding tussen de gemeente en een daarop volgende erfpachter doet zich evenwel een probleem voor. Stel de eerste erfpachter draagt zijn erfpachtrecht over aan een tweede en deze draagt dit vervolgens weer over aan een derde (X), (…). Welke is nu de rechtsverhouding tussen de gemeente en X? Goederenrechtelijk gezien wordt deze verhouding bepaald door de goederenrechtelijke werking van de ingeschreven rechtsfeiten (en de tussen de voorman en X overeengekomen (obligatoire) voorwaarden)." De auteurs beantwoorden de vraag naar de aard van de rechtsverhouding tussen rechtsopvolgers bij een zakelijk recht verder niet.

49 Van Velten 1995b, p. 61.

50 Van Velten 1995b, p. 68-70. Van Velten plaatst het vraagstuk over de toepassing van Boek 6 BW net als veel van zijn voorgangers mede in het licht van de verhaalsmogelijkheden voor achterstallige canon.

51 Van Velten 1995b, p. 70: "Tenslotte, welke theorie [over de toepassing van Boek 6 BW op erfpachtrechten] men ook aanhangt, de afdeling Algemene voorwaarden van Boek 6 BW zal via de schakelbepaling art. 6:216 BW altijd van toepassing zijn."

Preadviseur Huijgen wijst in zijn bijdrage over erfpacht en publiekrecht op het dogmatische punt dat ook door Van Wechem & Wessels is aangeroerd.[52] De heersende leer dat algemene erfpachtvoorwaarden als algemene voorwaarden in de zin van afd. 6.5.3 BW moeten worden beschouwd is volgens Huijgen dogmatisch gezien niet juist wegens het ontbreken van de door art. 6:231 BW vereiste overeenkomst. Het is echter de schakelbepaling van art. 6:216 BW die overeenkomstige toepassing mogelijk maakt.[53] Wat het 'van toepassing zijn op algemene erfpachtvoorwaarden' precies inhoudt wordt in beide preadviezen niet nader belicht. Naar de mening van Huijgen moet de algemene voorwaardenregeling ook van toepassing worden geacht op de rechtsverhouding tussen rechtsopvolgers van de oorspronkelijke partijen bij vestiging.[54]

Struycken onderzocht het vraagstuk van de toepassing van verbintenissenrecht op goederenrechtelijke rechten in het kader van een studie naar de toepassing van redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht.[55] Hij wijst op het verschil tussen de door de schakelbepaling voor de toepassing van delen van Boek 6 BW vereiste meerzijdige vermogensrechtelijke rechts*handeling* en het van toepassing verklaren van verbintenisrechtelijke begrippen op goederenrechtelijke rechts*verhoudingen*.[56] Bij de vestiging van een goederenrechtelijk recht ligt een contract ten grondslag aan de verhouding tussen de betrokken partijen, terwijl in het geval van rechtsopvolgers een contractuele verhouding tussen de betrokkenen bij een goederenrechtelijk recht ontbreekt. Struycken bespreekt in dat kader drie visies op de aard van die rechtsverhouding:

> "Tussen de twee uitersten – enerzijds ongelimiteerde doorwerking van de overeenkomst, en anderzijds een scherpe afscheiding van de obligatoire en de goederenrechtelijke fase – staat de variant van contractuele modificatie van het goederenrechtelijk recht zelf. In wezen gaat het om de vraag in hoeverre partijen de inhoud van een goederenrechtelijk recht kunnen beïnvloeden door bij de vestiging ervan contractuele afspraken te maken over de vormgeving van hun subjectieve recht. Door dergelijke afspraken neer te leggen in de akte van vestiging wordt beoogd dergelijke contractuele bedingen ten aanzien van één van de wettelijke typen van goederenrechtelijke rechten te verzakelijken. De toepasselijkheid van de verbintenisrechtelijke redelijkheid en billijkheid via dergelijke contractuele clausules kan daarvan een aspect zijn."[57]

Een dergelijke 'nawerking van de titel' door middel van 'contractuele modificatie' kan ook ten aanzien van de algemene voorwaardenregeling worden aangenomen, althans in de rechtsverhouding tussen rechtsopvolgers in hun hoedanigheid

52 Huijgen 1995, p. 125-126.
53 Hijma 2016, p. 3-4 duidt deze toepassing aan als wettelijke analogie, overeenkomstige toepassing op grond van de wet, namelijk de schakelbepaling van art. 6:216 BW.
54 Huijgen 1995, p. 126-128. Op de hier opgeworpen vragen kom ik bij de behandeling van latere literatuur terug.
55 Struycken 2000. De aanleiding voor de beschouwing was het arrest HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*). Volgens De Jong 1995b, p. 8 kan de algemene voorwaardenregeling worden gezien als een bijzondere uitwerking van het beginsel van redelijkheid en billijkheid. In gelijke zin De Jong & Ploeger 2008, p. 11.
56 Struycken 2000, p. 92: "Hiertegenover moet worden gesteld dat een rechtshandeling iets anders is dan een vermogensrechtelijke rechts*verhouding* (ook wel: rechts*betrekking*) ten opzichte van derden die niets van doen hebben gehad met de handeling die geleid heeft tot het ontstaan van de goederenrechtelijke situatie. Dit lijkt misschien een woordenspel, maar daarachter zit de vraag of gelijkschakeling van rechtshandeling en rechtsverhouding wel wenselijk is." Nadruk in origineel. In dezelfde zin Struycken 2007, p. 736.
57 Struycken 2000, p. 92. Vgl. uitvoeriger Struycken 2007, p. 741-745.

van erfpachter en erfverpachter. Er is dan geen sprake van willekeurige derden, maar van partijen die de algemene erfpachtvoorwaarden als inhoud van het erfpachtrecht bij overdracht hebben aanvaard. Een argument voor deze doorwerking kan naar de mening van Struycken worden gevonden in de wijze waarop de contractuele bedingen uit de algemene voorwaarden worden neergelegd in de vestigingsakte van een erfpachtrecht, namelijk letterlijk of via een verwijzing naar ingeschreven algemene voorwaarden, waarna die bedingen onderdeel van het goederenrechtelijk recht worden.[58] Daarbij zijn de bepalingen uit algemene erfpachtvoorwaarden van toepassing in de verhouding tussen erfverpachter en erfpachter, ook bij rechtsopvolgers en valt een zekere derdenwerking van sommige bepalingen, met name ten aanzien van hypotheekhouders, niet uit te sluiten. Struycken formuleerde hiermee een eerste aanzet voor een nadere invulling van de wijze waarop de algemene voorwaardenregeling op erfpachtrechten van toepassing wordt, namelijk doordat contractuele bedingen door vestiging onderdeel worden van het beperkt recht. Ook Everaars concludeert dat algemene erfpachtvoorwaarden getoetst kunnen worden aan de algemene voorwaardenregeling.[59]

Maar de toepassing van afd. 6.5.3 BW op erfpachtrechten kan niet gelden voor alle contractuele bedingen, aldus De Jong in de tweede druk van haar handboek over erfpacht en opstal, waar zij vaststelt dat in het algemeen *de vestiging* en *de inhoud* van erfpachtrechten, voor zover daarbij gebruik is gemaakt van algemene erfpachtvoorwaarden, getoetst kunnen worden aan de algemene voorwaardenregeling.[60] Die regeling houdt naar de mening van De Jong echter geen rekening met de duurverhoudingen die kenmerkend zijn voor beperkte rechten en zij stelt dat de aard van het erfpachtrecht zich verzet tegen toetsing van enkele veelvoorkomende erfpachtvoorwaarden aan bepalingen van de grijze lijst.[61] Dat betreft onder meer het beding dat de erfpachter niet bevoegd is het recht op te zeggen en bedingen bij rechten gevestigd voor 1992 waarin een opstalvergoeding was uitgesloten.

Voor beide voorbeelden bestaat een wettelijke regeling. Bepalingen bij bestaande rechten die een opstalvergoeding bij einde recht uitsluiten blijven op grond van het overgangsrecht van kracht, en art. 5:87 lid 1 BW over de opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter is van regelend recht. Nu de wetgever partijen de mogelijkheid heeft geboden bij de akte van vestiging de bevoegdheid tot opzegging van de erfpachter uit te sluiten, kan een dergelijk beding niet op grond van afd. 6.5.3 BW onredelijk bezwarend zijn. Ik zou daaraan willen toevoegen dat indien de erfpachter bij de akte van vestiging alleen onder bepaalde voorwaarden be-

58 Struycken 2000, p. 93.

59 Everaars 2015b, par. 4. Everaars maakt net als Van Wechem & Wessels een onderscheid naar bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden met alleen obligatoire werking, waarop afd. 6.5.3 BW direct van toepassing is, en bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden met zakelijke werking waarop op grond van de schakelbepaling van art. 6:216 BW de algemene voorwaardenregeling van overeenkomstige toepassing is omdat de vestiging van het erfpachtrecht kan worden aangemerkt als een meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandeling.

60 De Jong 1995b, p. 8. In dezelfde zin De Jong & Ploeger 2008, p. 12. Dat de inhoud van een erfpachtrecht kan worden getoetst aan de algemene voorwaardenregeling impliceert naar mijn mening dat afd. 6.5.3 BW op de rechtsverhouding van toepassing is, althans op de algemene voorwaarden.

61 De Jong 1995b, p. 9. In dezelfde zin De Jong & Ploeger 2008, p. 13: “Zo zullen bedingen die op basis van het BW de aard en structuur van het erfpachtrecht bepalen, niet snel door vernietiging op grond van afdeling 6.5.3 worden getroffen.” Vgl. de definitie van Van Wechem & Wessels van wel en niet dwingend-wettelijke-zakelijke bedingen.

voegd is tot opzegging, het beding over die voorwaarden naar mijn mening in beginsel wel getoetst moet kunnen worden aan de open norm van art. 6:233 sub a BW. Afhankelijk van de gestelde voorwaarde zal de aard van het erfpachtrecht aan die toetsing in de weg kunnen staan. Bij erfpachtrechten zal het derhalve vanwege de aard van het recht niet gauw voorkomen dat bepalingen van aanvullend of dwingend recht met nietigheid krachtens art. 6:233 sub a BW worden getroffen, maar onmogelijk is het niet.[62] De uitoefening van ieder beding uit algemene erfpachtvoorwaarden kan natuurlijk getoetst worden aan art. 6:248 lid 2 BW.

Vonck concludeert dat bij de toepassing van de algemene voorwaardenregeling in erfpachtverhoudingen ten aanzien van rechtsopvolgers enige beperkingen van toepassing zijn.[63] Of een beding in algemene erfpachtvoorwaarden naar de inhoud ervan onredelijk bezwarend is moet worden beoordeeld naar het moment van vestiging van het erfpachtrecht zodat omstandigheden die zich daarna hadden voorgedaan, waaronder de overdracht van het erfpachtrecht aan een opvolgende erfpachter (of de bloot eigendom aan een opvolgende erfverpachter), niet in de beoordeling kunnen worden betrokken.[64] Art. 6:233 sub a BW ziet uitsluitend op de wederpartij bij vestiging. Een rechtsopvolger kan geen beroep doen op de vernietigbaarheid van een beding in algemene erfpachtvoorwaarden indien de eerste erfpachter daartoe evenmin bevoegd was.

Huijgen had de situatie geschetst van een erfpachtrecht uitgegeven aan een onderneming dat later werd overgedragen aan een consument, waarna de consument een algemene erfpachtvoorwaarde vernietigde op grond van de zwarte of grijze lijst en het recht vervolgens weer overdroeg aan een ondernemer, maar dan zonder het bewuste beding.[65] Bij zijn bespreking van deze situatie stelt Vonck dat de vernietiging van een beding door de opvolgende erfpachter-consument op grond van de grijze of zwarte lijst, waar de eerste erfpachter die vernietigingsbevoegdheid niet had omdat hij een ondernemer was, niet mogelijk is. Dat laat

62 Vernietiging van een bepaling van dwingend recht werd in de parlementaire geschiedenis alleen bij hoge uitzondering voorzien, PG Boek 6 Inv. BW, p. 1622 (MvA I van 24 november 1986): "Derhalve is denkbaar – het zal uiteraard een hoge uitzondering zijn – dat een beding waarin een wettelijke regel van dwingend recht is overgenomen op grond van art. 2a [art. 6:233 sub a BW] wordt vernietigd. Hiertegen bestaat geen bezwaar, nu een beroep op een regel van dwingend recht ook aan art. 6.5.3.1 lid 2 [art. 6:248 lid 2 BW] kan worden getoetst (…)."

63 Vonck 2013, p. 170-172 en 175-178. Voncks bespreking van de algemene voorwaardenregeling heeft als kader het hoofdstuk over wijziging van erfpachtverhoudingen en legt vooral nadruk op veranderingen die na vestiging van het erfpachtrecht hebben plaatsgevonden, zoals overdracht van een erfpachtrecht aan een volgende erfpachter.

64 Vonck 2013, p. 176-177, met een verwijzing naar PG Boek 6 Inv. BW, p. 1595: "Zorgvuldige lezing [van de geciteerde PG] leert dat het bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid enkel en alleen gaat om de inhoud van de overeenkomst. Die wordt als zodanig niet beïnvloed door omstandigheden die zich na het sluiten van de overeenkomst voordoen en met dergelijke omstandigheden moet bij de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid dus ook geen rekening worden gehouden." Dat is juist, de inhoudstoetsing betreft het beding als zodanig, vanaf het begin van de rechtsverhouding, vgl. Jongeneel & Pavillon 2017, p. 176-179 over de verschillen tussen inhoudstoetsing en uitoefeningstoetsing.

65 Huijgen 1995, p. 126.

echter onverlet dat onder omstandigheden het beding op grond van art. 6:248 lid 2 BW buiten beschouwing moet blijven.[66]

Ook Everaars gaat in op het probleem van de opvolgende erfpachters.[67] Zij sluit zich aan bij de opvatting uit de literatuur dat de algemene voorwaardenregeling ook jegens rechtsopvolgers van toepassing is en wel door een analoge toepassing van art. 6:216 BW gecombineerd met een teleologische uitleg van afd. 6.5.3 BW. De schakelbepaling wordt daarbij zo uitgelegd dat overeenkomstige toepassing plaatsvindt indien sprake is van een vermogensrechtelijke rechts*verhouding* zoals in geval van de verhouding tussen erfverpachter en opvolgend erfpachter. Ten aanzien van deze rechtsverhouding geldt de beschermingsgedachte van de algemene voorwaardenregeling niet anders dan ten aanzien van de rechtsverhouding bij vestiging, met als resultaat dat ook opvolgende erfpachters een beroep op afd. 6.5.3 BW kunnen doen.[68] Bij de toetsing van een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden dient wel gekeken te worden naar (de hoedanigheid van) de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.[69] Dit is eveneens de opvatting van Vonck over de inhoudstoetsing van art. 6:233 sub a BW, zoals hierboven weergegeven.

De situatie opgeworpen door Huijgen is het duidelijkst beantwoord door Verheul.[70] Dat de rechtsopvolger de overdrager opvolgt in diens hoedanigheid van contractspartij en dus ook in het toepassingsbereik van de algemene voorwaarden kan in gelijke mate gelden voor de overdracht van erfpachtrechten. Verheul wijst op het voorzienbaarheidscriterium zoals geformuleerd door de wetgever,[71] en op de toepassing daarvan op de situatie uit het SEBA-arrest:

> "Het criterium biedt ook een oplossing voor de situatie dat grond in eerste instantie in erfpacht wordt uitgegeven aan een professionele projectontwikkelaar, maar van meet af aan duidelijk is dat de erfpachtrechten uiteindelijk aan consumenten worden overgedragen. In een zodanig geval

66 Vonck 2013, p. 177. Het probleem van de verplichte terhandstelling van algemene voorwaarden ex art. 6:234 BW bij overdracht aan een rechtsopvolger wordt door Vonck als volgt opgelost. Op de overeenkomst tot overdracht van een erfpachtrecht aan een opvolgende erfpachter is afd. 6.5.3 BW niet van toepassing omdat de algemene erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van de inhoud van het over te dragen recht en daarom ten aanzien van die overeenkomst moeten worden opgevat als kernbedingen. Zie Vonck 2013, p. 178.

67 Everaars 2015b. Het kader van de bespreking vormt het arrest Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), waarin een eenzijdig wijzigingsbeding in algemene erfpachtvoorwaarden door het hof werd vernietigd wegens onredelijke bezwarendheid in de zin van art. 6:233 sub a BW, uitgelegd conform de richtlijn.

68 Everaars 2015b, par. 5, onder verwijzing naar PG Boek 6 Inv. BW, p. 1455-1456 voor de ratio van de algemene voorwaardenregeling en naar Fesevur 2000 en Vonck 2013 voor de analoge toepassing van art. 6.216 BW.

69 Everaars 2015b, par. 5. De stelling dat de algemene voorwaardenregeling van toepassing is op de rechtsverhouding vond onder meer steun in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, *TBR* 2015/153, m.nt. W.J.E. van der Werf (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), waarin door het hof werd aangenomen dat de erfpachters waren aan te merken als wederpartij in de zin van art. 6:231 aanhef en onder a BW, hoewel zij de rechtsopvolgers waren van de eerste erfpachters.

70 Verheul 2017 behandelt de vernietiging van algemene voorwaarden in geval van contractsoverneming en maakt daarbij vergelijkingen met erfpachtrechten.

71 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1651 (MvT) en PG Boek 6 Inv. BW, p. 1663 (NV II van 20 augustus 1984). Het voorzienbaarheidscriterium komt in het kort op het volgende neer. Indien de gebruiker van algemene voorwaarden bij het sluiten van een overeenkomst met een niet-consument, in welke overeenkomst een derdenbeding is opgenomen, weet dat op een later moment een of meerdere bepaalde derde(n)-consument(en) partij zal (zullen) worden bij die overeenkomst, dan kan (kunnen) die derde(n) zich ten aanzien van de algemene voorwaarden beroepen op de zwarte en grijze lijst.

> moet worden aangenomen dat de erfpachtvoorwaarden onderworpen zijn aan de (strengere) toetsing voor consumenten."[72]

Dat de algemene voorwaardenregeling van toepassing is op erfpachtrechten bleef bij deze bespreking impliciet.

Wissink behandelt de plaats van afd. 6.5.3 BW binnen het systeem van het vermogensrecht in zijn inleidende bijdrage aan de zesde druk van het handboek algemene voorwaarden.[73] Art. 6:231 onder a BW verklaart afd. 6.5.3 BW van toepassing op obligatoire overeenkomsten en de schakelbepaling art. 6:216 BW breidt het bereik van de algemene voorwaardenregeling uit door deze van overeenkomstige toepassing te verklaren op 'rechts*verhoudingen* of -betrekkingen, waarvoor deze regeling naar de letter niet geschreven is'.[74] De overeenkomstige toepassing betreft andere meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen zoals de vestiging van beperkte rechten op grond van art. 3:84 BW en art. 3:98 BW, en:

> "Bij meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen valt voorts te denken aan (…) de zakenrechtelijke kern van erfpachtsvoorwaarden (…)."[75]

De verwijzing naar de zakenrechtelijke kern van erfpachtvoorwaarden doet vermoeden dat Wissink doelt op die onderdelen van de algemene erfpachtvoorwaarden die bij vestiging tot inhoud van het zakelijk recht worden en daarmee aspecten van de erfpachtverhouding regelen die in nauw verband tot het gebruik van de onroerende zaak staan, waarmee de zakelijke werking van deze bedingen gegeven is. Ten aanzien van de toepassing van afd. 6.5.3 BW op algemene erfpachtvoorwaarden stelt Wissink een vraag bij de situatie opgeworpen door Huijgen in zijn preadvies uit 1995:

> "Bij uitgifte van grond in erfpacht door de overheid aan een bedrijf, dat de grond met woning bebouwt en het erfpachtrecht vervreemdt aan consumenten, kan de vraag rijzen of dit gevolgen heeft voor de verhouding tussen de erfverpachter en de opvolgende erfpachter."[76]

Dit betreft de vraag die door Verheul werd beantwoord. Uit de systematiek van het vermogensrecht vloeit vervolgens voort dat in de gevallen dat een beroep op bepalingen van afd. 6.5.3 BW niet kan worden gedaan altijd een beroep op

---

72 Verheul 2017, par. 4.4. In het arrest HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*) werd geen oordeel uitgesproken over de klacht van de gemeente dat de betrokken erfpachtrechten waren uitgegeven aan ondernemingen en dat daarom het beroep van de erfpachters op de zwarte lijst niet opging, zie voor een bespreking onderdeel 6.34 van de conclusie van de A-G, ECLI:NL:PHR:2016:3, *RCR* 2016/58, p. 728. Zie over dit arrest par. 5.6.6.

73 Wissink 2017, p. 24-28.

74 Wissink 2017, p. 25. Nadruk toegevoegd.

75 Wissink 2017, p. 26, onder verwijzing naar Van Wechem & Wessels 1992a, Van Wechem & Wessels 1992b en Van Rooijen & Bol 2009.

76 Wissink 2017, p. 27.

art. 6:248 lid 2 BW mogelijk is.[77] Dat geldt bijvoorbeeld ingeval de erfpachtverhouding niet onder de werking van Richtlijn 93/13/EEG kan worden gebracht omdat deze gevestigd was vóór 31 december 1994.[78] Valt de erfpachtverhouding wel onder de werking van Richtlijn 93/13/EEG, dan is op de algemene erfpachtvoorwaarden afd. 6.5.3 BW van toepassing en dienen deze bepalingen richtlijnconform te worden uitgelegd. Zo is althans de huidige leer naar Nederlands recht, het Hof van Justitie heeft nog geen rechtspraak gewezen over het goederenrechtelijk karakter van deze rechtsverhoudingen.[79]

Ten aanzien van het personele element, de hoedanigheid van contractspartijen, bestaat naar Nederlandse recht consensus over toepassing van afd. 6.5.3 BW en Richtlijn 93/13/EEG in de verhouding tussen de oorspronkelijke erfverpachter en de eerste erfpachters, en wordt in de praktijk veelal aangenomen dat de algemene voorwaardenregeling ook van toepassing is op rechtsopvolgers. Het Hof van Justitie heeft nog geen jurisprudentie gewezen over wijziging van de hoedanigheid van de erfpachter, of de erfpachter zelf van hoedanigheid verandert of dat sprake is van opvolgende erfpachters met verschillende hoedanigheden.[80] In het geval van de SEBA-zaak oordeelt Wissink met Verheul dat Richtlijn 93/13/EEG wel van toepassing zou moeten zijn omdat het voor de gebruiker (de gemeente) vanaf het begin voorzienbaar was dat zij bij de uitgifte van bouwgrond teneinde daar woningen te stichten te maken zou krijgen met consumenten-erfpachters.[81]

Samengevat heeft de wetgever van het nieuwe BW dus beoogd de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW via de schakelbepaling van art. 6:216 BW van overeenkomstige toepassing te laten zijn op algemene erfpachtvoorwaarden, met uitzondering van de bedingen uit erfpachtvoorwaarden die identiek zijn aan wettelijke bepalingen van dwingend recht. Het was uitdrukkelijk de be-

77 Everaars 2015b noemt de uitvoeringstoetsing als alternatief voor de opvolgend erfpachter en maakt de keuze afhankelijk van een belangenafweging, par. 6: "Of de voorkeur uitgaat naar toepasselijkheid van afd. 6.5.3 BW of art. 6:248 lid 2 BW, hangt uiteindelijk af van een weging van belangen." De keuze tussen de twee soorten toetsing wordt naar mijn mening echter niet gemaakt op grond van de belangen van de betrokken partijen, maar aan de hand van het soort beding en de omstandigheden waarin het wordt ingeroepen. Betreft het een beding dat naar zijn inhoud onredelijk bezwarend is voor de erfpachter en dat vanaf de aanvang van het recht af is geweest, ook voor de wederpartij bij vestiging, dan dient de rechter het beding te vernietigen op grond van art. 6:233 sub a BW. Zie uitvoerig over de toetsing aan de open norm van art. 6:233 sub a BW Jongeneel & Pavillon 2017, p. 151-182, en voor de verhouding tussen inhoudstoetsing en uitoefeningstoetsing met name p. 174-180. Betreft het een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden waarvan de toepassing in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan dient dat beding in dat geval op grond van art. 6:248 lid 2 BW buiten toepassing te blijven. Vgl. Vonck 2013, p. 177.

78 Wissink 2018 geeft een overzicht van de toepassing van de richtlijn met in par. 2.2 een onderscheid naar drie elementen, naast een temporeel element zijn dat een persoonlijk element, betreffende de hoedanigheid van de contractspartij, en een inhoudelijk element.

79 Wissink 2018, par. 2.3.

80 Wissink 2018, par. 4.2.

81 Wissink 2018, par. 4.2: "Men kan bij de hier besproken situatie [de wederpartij verandert en daarmee diens hoedanigheid] ook denken aan het geval dat een gemeente grond in erfpacht uitgeeft aan een projectontwikkelaar om woningbouw te realiseren. De eerste erfpachter is dan een bedrijf, de latere erfpachters zijn consumenten. Indien uitsluitend wordt uitgegaan van de hoedanigheid van de erfpachter als professional ten tijde van de contractsluiting (c.q. de totstandkoming van het erfpachtrecht) zou dit betekenen dat de Richtlijn niet van toepassing is. Dit argument is aangevoerd in de zaak SEBA/Amsterdam, maar de Hoge Raad kwam niet toe aan de beoordeling ervan. Er lijkt iets te wringen met de conclusie dat de Richtlijn in een dergelijk geval geen bescherming kan bieden. (…) is in dit geval voor de gebruiker van de algemene voorwaarden (de gemeente) vanaf het begin voorzienbaar dat zij te maken zou krijgen met consumenten als wederpartij/erfpachter. Een deel van de eerder genoemde argumenten vervalt dan, met name het argument dat de erfverpachter geen rekening kan houden met de belangen van de hem nog onbekende consument/erfpachter."

doeling dat erfpachters bescherming zouden kunnen ontlenen aan de mogelijkheid onredelijk bezwarende bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden te vernietigen. De wetgever had daarmee vooral de stedelijke erfpacht op het oog, waar veelvuldig gebruik werd gemaakt van algemene erfpachtvoorwaarden. In de specifieke goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen een gemeentelijke overheid als erfverpachter en een particuliere erfpachter van een woning wordt derhalve expliciet voorzien in de overeenkomstige toepassing van een verbintenisrechtelijke maatregel ter bescherming van de erfpachter. Indien de algemene voorwaardenregeling van toepassing is, het erfpachtrecht na 31 december 1994 werd gevestigd en de erfpachtverhouding als een consumentenovereenkomst kan worden beschouwd, dient afd. 6.5.3 BW ook ten aanzien van algemene erfpachtvoorwaarden conform Richtlijn 93/13/EEG te worden uitgelegd en toegepast.

In de doctrine zijn enige onderdelen van de algemene voorwaardenregeling verduidelijkt. Bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden zonder zakelijke werking maken geen deel uit van de inhoud van het zakelijk recht en gelden als obligatoire verplichtingen uitsluitend tussen de partijen bij vestiging, en hebben als kwalitatieve verplichtingen of krachtens een kettingbeding werking ten aanzien van rechtsopvolgers. Op deze bedingen is de algemene voorwaardenregeling direct van toepassing. Op de bedingen met zakelijke werking, die dus deel uitmaken van de inhoud van beperkte rechten uit Boek 5 BW, is de regeling uit Boek 6 BW van toepassing krachtens de schakelbepaling van art. 6:216 BW. De kritiek betrof met name de wijze waarop afd. 6.5.3 BW van toepassing zou worden op de inhoud van goederenrechtelijke rechten. De schakelbepaling vereiste een rechtshandeling terwijl aan de rechtsverhouding tussen erfverpachter en opvolgende erfpachter geen rechtshandeling tussen deze partijen ten grondslag ligt. De overeenkomstige toepassing moet zo worden voorgesteld dat deze bedingen eerst worden opgenomen in de overeenkomst tot vestiging van het erfpachtrecht en daarna, bij de vestigingshandeling, deel gaan uitmaken van de inhoud van het zakelijk recht. Bij de overdracht van het erfpachtrecht aan een volgende erfpachter vormt de inhoud van het erfpachtrecht het object van overdracht en wordt de bevoegdheid een beding uit die erfpachtvoorwaarden op grond van art. 6:233 sub a BW te vernietigen met het recht overgedragen. De opvolgende erfpachter kan derhalve een beroep doen op de algemene voorwaardenregeling indien hij een beding uit de erfpachtvoorwaarden onredelijk bezwarend acht, maar de hoedanigheid van de betrokken partijen dient naar het moment van vestiging te worden bepaald. Als de eerste erfpachter een rechtspersoon was en de volgende een particulier kan die laatste geen beroep doen op de zwarte en grijze lijst. Dat is alleen anders indien bij vestiging reeds was voorzien dat de erfpachtrechten zouden worden overgedragen aan partijen met een andere hoedanigheid. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de gemeente Amsterdam waar grond voor nieuwe woonwijken gedurende de twintigste eeuw steeds in erfpacht werd uitgegeven aan bouwondernemers onder de verplichting een complex woningen te bouwen en de erfpachtrechten met die woningen vervolgens afzonderlijk werden overgedragen aan particuliere bewoners. Met deze nuanceringen wordt echter geen afbreuk gedaan aan het uitgangspunt dat de algemene voorwaardenregeling van toepassing is op algemene erfpachtvoorwaarden. Er dient wel goed gekeken te

worden naar de aard van het betreffende beding en naar de hoedanigheid van de partijen bij vestiging.

De inhoudstoetsing van bedingen uit erfpachtvoorwaarden geschiedt aan de hand van de open norm van art. 6:233 sub a BW. Voor consumenten, meestal betreft dat erfpachters van een erfpachtrecht met een woonfunctie, wordt die toetsing aangevuld met de zwarte en grijze lijst van art. 6:236 en 6:237 BW. Is het erfpachtrecht gevestigd na 31 december 1994, dan is tevens ambtshalve toetsing van de bedingen in de algemene erfpachtvoorwaarden aan Richtlijn 93/13/EEG voorgeschreven en kan de indicatieve lijst uit de bijlage bij de richtlijn een rol spelen. De inhoudstoetsing kan leiden tot vernietiging van een beding in algemene erfpachtvoorwaarden omdat het vanaf de aanvang onredelijk bezwarend is geweest voor de erfpachter.[82] Daarnaast kan de uitoefening van een beding in algemene erfpachtvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, een dergelijke uitoefeningstoetsing is niet afhankelijk van hoedanigheden of peildata en leidt tot het buiten toepassing laten van het betreffende beding uit erfpachtvoorwaarden in het concrete geval.

3.4 Rechtspraak over algemene erfpachtvoorwaarden

Hoewel de algemene voorwaardenregeling sinds 1 januari 1993 ook van kracht is op bestaande erfpachtrechten en Richtlijn 93/13/EEG vanaf 1 januari 1995 werking heeft, is het beroep op beide regelingen in de rechtspraak over algemene erfpachtvoorwaarden pas laat op gang gekomen. Voor zover uit de gepubliceerde jurisprudentie kan worden opgemaakt heeft het tot 2000 geduurd voor een erfpachter in een procedure een beroep deed op vernietiging van een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden.[83] Nadat de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de Hoge Raad in 2013 ambtshalve toetsing van mogelijk oneerlijke bedingen aan Richtlijn 93/13/EEG had voorgeschreven, nam het aantal uitspraken over algemene voorwaarden in het algemeen en ook die over algemene erfpachtvoor-

82 In Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*) verklaarde de rechtbank de onredelijk bezwarende bedingen uit de erfpachtvoorwaarden buiten toepassing tussen de erfverpachter en de betrokken erfpachter-appartementseigenaar en hun rechtsopvolgers. Het erfpachtrecht was in vier appartementsrechten gesplitst en de overige appartementseigenaren waren niet in het geding betrokken. R.o. 4.19: "Die verklaring voor recht zit, als het mindere, besloten in de gevorderde verklaring voor recht dat de bedingen nietig zijn."

83 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/115, m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*), r.o. 1.3 HR (en r.o. 5.1.11 hof): "Meurs c.s. hebben de vorderingen bestreden en van hun kant in (voorwaardelijke) reconventie gevorderd art. 16 van de algemene voorwaarden nietig te verklaren althans te vernietigen als zijnde onredelijk bezwarend." De rechtbank wees bij vonnis van 1 augustus 2002 deze vordering af. Het ging om een boetebeding, r.o. 3.1 onder iii (en r.o. 5.1.2 hof): "Artikel 16 AB bepaalt dat de erfpachter ten behoeve van de grondeigenaar bij elke niet-nakoming van een der verplichtingen hem ter zake van de erfpacht opgelegd, een boete verbeurt gelijk aan het tienvoud van het bedrag van de canon, zoals deze geldt in het jaar waarin de niet-nakoming plaatsvindt."

waarden toe.[84] Maar er is nog geen sprake van een uitgekristalliseerde en consistente lijn in de uitspraken over algemene erfpachtvoorwaarden, we staan nog vrijwel aan het begin van een nieuwe ontwikkeling in het toetsen van erfpachtvoorwaarden. Omdat in die ontwikkeling de nadruk ligt op het evenwicht in de rechtsverhouding is deze van belang voor dit onderzoek. De jurisprudentie wordt thematisch en daarbinnen in chronologische volgorde besproken.

3.4.1 Geen recht in de zin van artikel 79 RO

Geschillen over bedingen in algemene voorwaarden moeten door feitenrechters worden beslist. Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat algemene erfpachtvoorwaarden van overheidsinstanties privaatrechtelijk van aard zijn en beschouwd worden als algemene voorwaarden in de zin van afdeling 6.5.3 BW.[85] Deze algemene voorwaarden ontlenen hun kracht aan de individuele overeenkomst waarin zij zijn opgenomen en vormen geen recht in de zin van art. 79 RO (voorheen art. 99 RO) waarover in cassatie kan worden geklaagd. Dit bleek in een geschil over de tussentijdse beëindiging van een erfpachtrecht waarin het college van de gemeente Utrecht als grondeigenaar het onderhandelingsresultaat van zijn ambtenaar afwees zodat beëindiging van het recht met wederzijds goedvinden niet doorging.[86] De erfpachter wenste nakoming van de overeenkomst inhoudende beëindiging van zijn recht en beriep zich in cassatie tevergeefs op de algemene erfpachtvoorwaarden.[87] Het hof had geoordeeld dat deze bepalingen uit de algemene voorwaarden in dit geval niet van toepassing waren omdat partijen beëindiging in gezamenlijk overleg waren overeengekomen.[88] Over de uitleg door het hof van de algemene erfpachtvoorwaarden en de motivering van dat oordeel kan in cassatie niet geklaagd worden:

> "Blijkens hun inhoud behelzen zij een regeling van de wederzijdse rechten en verplichtingen van erfpachter en gemeente, welke regeling kennelijk bestemd is om te worden opgenomen in over-

84 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*) en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*). De Moor 2017 bevestigt dat de ambtshalve toetsing in consumentenzaken in Nederland sindsdien staat 'als een huis'. Zo ook Spanjaard 2016 die in een kroniek constateert dat over algemene voorwaarden veel wordt geprocedeerd, dat het gros van de behandelde zaken betrekking heeft op ambtshalve toetsing en dat transparantie en duidelijkheid een nieuwe trend vormen. Voor dit hoofdstuk zijn 29 uitspraken uit de periode 1992-2018 bestudeerd waarin de toetsing van bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden centraal stond, dit betreft negen arresten van de Hoge Raad, tien arresten van gerechtshoven en tien vonnissen van rechtbanken. Het overgrote deel van de uitspraken dateert van de laatste tien jaar.

85 Zie hiervoor de overweging ten overvloede bij HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, *NJ* 1991/691, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en Antiekstudio/Lelystad*), r.o. 3.4, bevestigd door Van Wechem & Wessels 1992a en Huijgen 1995.

86 HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0466, *NJ* 1992/670, m.nt. M. Scheltema (*Scheffers/Utrecht*).

87 De erfpachter beriep zich op art. 16 en 17 van de 'Algemene Voorwaarden voor de uitgifte in erfpacht van gronden der gem. Utrecht' (vastgesteld bij besluit van de raad der gemeente van 13 april 1961 en gewijzigd bij besluit van die raad van 27 april 1967), *Gemeenteblad Utrecht* 1967, nr. 77. Deze bepalingen regelden de tussentijdse beëindiging van het erfpachtrecht door de raad om redenen van algemeen belang, lid 1: "Bij besluit van de Gemeenteraad kan het erfpachtrecht worden beëindigd, wanneer de gemeente naar het oordeel van de Gemeenteraad de beschikking over de in erfpacht uitgegeven grond dient te verkrijgen om redenen van algemeen belang."

88 HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/670, r.o. 5.4 hof: "Dit betoog faalt, reeds omdat genoemde art. 16 en 17 niet voor toepassing in aanmerking komen, nu door onderhandelingen tussen partijen overeenstemming is bereikt over de afkoop van het erfpachtsrecht en de terzake verschuldigde afkoopsom. Die artikelen bevatten immers alleen een regeling voor het zich thans niet voordoende geval dat de gemeente eenzijdig het erfpachtsrecht tussentijds beeindigt op grond van het oordeel van de gemeenteraad dat de gemeente de beschikking over de in erfpacht uitgegeven grond moet verkrijgen om redenen van algemeen belang en wel tegen betaling van een schadevergoeding, te bepalen door drie deskundigen."

eenkomsten waarbij de gemeente gronden in erfpacht uitgeeft. Het gaat hier derhalve niet om – bij raadsbesluit vastgestelde – algemeen verbindende voorschriften, noch ook om door de gemeente vastgestelde beleidsregels die haar op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden, maar om voorwaarden die hun verbindende kracht telkens slechts ontlenen aan de individuele overeenkomst waarin zij – zoals in het onderhavige geval – zijn opgenomen. Zodanige voorwaarden kunnen niet gelden als 'recht' in voormelde zin, ook niet indien een van de partijen bij zulk een overeenkomst steeds de overheid is."[89]

De algemene erfpachtvoorwaarden moeten worden opgevat als louter contractuele bedingen die de rechtsverhouding, de wederzijdse rechten en verplichtingen tussen de erfpachter en de gemeente als erfverpachter regelen. Dat de algemene voorwaarden door de raad worden vastgesteld brengt nog niet mee dat het om algemeen verbindende voorschriften of om beleidsregels gaat. Dat de algemene voorwaarden na vestiging tot de inhoud van een zakelijk recht van erfpacht gaan behoren maakt geen verschil.

Dit oordeel van de Hoge Raad is in de literatuur bekritiseerd omdat algemene voorwaarden van overheidsinstanties een andere betekenis kunnen hebben dan die van private partijen, met name omdat overheden ook echte beleidsregels over het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden opstellen en het verschil in vorm geen rechtvaardiging vormt voor het verschil in rechtsgevolg.[90] Ook werd voorbijgegaan aan de bijzondere positie van overheidsinstanties bij gronduitgifte. In de rechtsverhouding tussen een overheid als erfverpachter en een particulier of een bedrijf als erfpachter maakt de overheid gebruik van haar economische macht en is dus geen sprake van gelijkwaardige partijen die in vrijheid met elkaar handelen.[91] De algemene erfpachtvoorwaarden van gemeenten vertonen een sterke gelijkenis met gebruiksvoorschriften en zouden als beleidsregels ook onderworpen moeten kunnen worden aan de toetsing door de Hoge Raad, maar tot op heden houdt de Hoge Raad vast aan het verbintenisrechtelijk karakter van algemene voorwaarden zodat ook geen toetsing plaatsvindt op grond van de

89 HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/670, r.o. 3.3.

90 Scheltema, *NJ* 1992/670, nr. 3 onder b: "Aangenomen zal moeten worden dat er ook in de benadering van de Hoge Raad 'echte' beleidsregels over het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden kunnen bestaan. Men denke aan geheel los van algemene voorwaarden staande regels over de wijze waarop de overheid een privaatrechtelijke bevoegdheid zal hanteren. (…) Het zal echter in veel gevallen nauwelijks mogelijk zijn goed te onderscheiden tussen dergelijke beleidsregels en algemene voorwaarden. Zo kan een gemeentelijke beleidslijn over het verlengen van erfpachtscontracten als algemene voorwaarde zijn geformuleerd, maar ook geheel los daarvan in een afzonderlijk besluit zijn opgenomen (…). Tegen die achtergrond is het een nadeel dat aan dit moeilijk te maken onderscheid rechtsgevolgen worden verbonden."

91 Van der Burg, *AB* 1992/282: "Bij het stellen van erfpachtvoorwaarden oefent de overheid niet een publiekrechtelijke bevoegdheid uit, maar zij maakt wel gebruik van haar economische macht. Bij het stellen van subsidieregelen is dat in feite niet veel anders en die regels kunnen wel als recht in de zin van art. 99 RO worden beschouwd (…). Het Ikon-arrest (…) en het recente arrest Kunst- en antiekstudio Lelystad (…) demonstreren dat erfpachtvoorwaarden kunnen functioneren als Ersatzgebruiksvoorschriften. Afgezien van alle andere bezwaren tegen de tweewegen-leer, geldt dus ook het bezwaar dat de gemeenten zich met privaatrechtelijk gebruiksvoorschriften aan de cassatie-controle van de Hoge Raad kunnen onttrekken. (Echte gebruiksvoorschriften zijn wel recht in de zin van art. 99 RO; zie o.m. HR 7 nov. 1973, *NJ* 1974/141). Kenmerkend voor het Leidraad-arrest was de rechtspolitieke argumentatie. Beleidsregels zijn een steeds belangrijker rol gaan spelen bij het bepalen van de verhouding tussen overheid en burger; daarom is het wenselijk dat de taak van de cassatierechter zich mede uitstrekt tot de uitlegging van beleidsregels. Kenmerkend voor het onderhavige arrest is dat de Hoge Raad deze rechtspolitieke argumentatie geheel terzijde laat."

Awb.[92] De erfpachter deed in cassatie dus vergeefs een beroep op de tussen partijen bestaande rechtsverhouding die meebracht dat de uitoefening van bevoegdheden door de erfverpachter mede werd beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid, dan wel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad heeft dit oordeel in latere arresten bevestigd, in vrijwel gelijkluidende bewoordingen. In een zaak over de algemene erfpachtvoorwaarden van een waterschap:

> "De klacht faalt omdat de in de AV 1982 opgenomen algemene voorwaarden niet kunnen worden aangemerkt als 'recht' in de zin van art. 79 RO. Blijkens hun inhoud behelzen zij immers een regeling van de wederzijdse rechten en verplichtingen van de erfpachter en het waterschap De Waterlanden, welke regeling kennelijk bestemd was om te worden opgenomen in overeenkomsten waarbij het waterschap gronden in erfpacht uitgaf. Het gaat hier derhalve niet om – bij besluit van het waterschap vastgestelde – algemeen verbindende voorschriften, noch ook om door het waterschap vastgestelde beleidsregels die haar en haar rechtsopvolgers op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden, maar om voorwaarden die hun verbindende kracht telkens slechts ontlenen aan de individuele overeenkomst waarin zij – zoals in het onderhavige geval – zijn opgenomen. Zodanige voorwaarden kunnen niet gelden als 'recht' in voormelde zin, ook niet indien een van de partijen bij zulk een overeenkomst steeds de overheid is."[93]

Dit betekent dat oordelen van de rechter in alle gevallen waarin partijen zich op de geldende algemene erfpachtvoorwaarden beroepen gevonden moeten worden in feitelijke instanties.

Onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft de Hoge Raad wel oordelen gegeven over de verplichting tot ambtshalve toetsing van bedingen uit algemene voorwaarden aan onder meer Richtlijn 93/13/EEG.[94] In 2016 oordeelde de Hoge Raad in het SEBA-arrest over de ambtshalve toetsing door het hof van algemene erfpachtvoorwaarden. In dit ge-

---

92 De Jong & Ploeger 2008, p. 31-32: "Aangenomen moet echter worden dat de regeling [art. 1:3 lid 4 en titel 4.3 Awb over beleidsregels] de regel van het Scheffers/Gemeente Utrecht arrest (HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/670) respecteert. (…) Zo nog steeds P.J.J. van Buuren c.s., Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, 2006, p. 148 en van Wijk/Konijnenbelt & van Male, p. 230, vgl. Van der Does & Snijders, Overheidsprivaatrecht, nr. 18."

93 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *TBR* 2010/93, m.nt. F.J. Vonck (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), r.o. 3.4 en HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0871 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), r.o. 3.4. Zie voor een samenvatting van het tussen 1992 en 2010 gevoerde debat: Timmermans, *Gst*. 2010/105. Het verschil tussen algemene voorwaarden en beleidsregels ligt vooral in de bindende kracht ervan voor het bestuursorgaan. Beleidsregels binden op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, ook beleidsregels over de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden, terwijl algemene voorwaarden binden op grond van een overeenkomst. Van door de overheid gepubliceerde algemene voorwaarden gaat een zekere bindende werking uit, maar dat maakt ze nog geen recht: "De beleidsregels zien dan ook op de wijze van uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Wordt een overeenkomst aangegaan onder de aangegeven voorwaarden zoals opgenomen in de beleidsregels, dan binden die voorwaarden vanaf dat moment niet meer als beleidsregel, maar als onderdeel van de overeenkomst." Naar de mening van Timmermans maakt het 'voor de burger niets uit of zijn rechtspositie vanwege de overheid wordt beknot via verordeningen houdende algemeen verbindende voorschriften welke eventueel verder zijn uitgewerkt in beleidsregels, of indien de overheid beleid voert via privaatrechtelijke instrumenten ter vervulling van de op haar rustende publieke taken'.

94 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.9.1: "De Hoge Raad ziet aanleiding om met betrekking tot de gehoudenheid tot ambtshalve onderzoek nog het volgende te overwegen. Indien de rechter over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van Richtlijn 93/13 valt en een beding bevat dat oneerlijk is in de hiervoor genoemde zin, dient hij daarnaar onderzoek te doen, ook indien daarop gerichte stellingen niet aan de vordering of het verweer ten grondslag zijn gelegd. Dit geldt zowel in eerste aanleg als in hoger beroep (…)."

val had het hof ten onrechte geoordeeld dat de erfpachtverhoudingen onder de werking van Richtlijn 93/13/EEG vielen.[95] Over de vraag of is voldaan aan de verplichte richtlijnconforme uitleg van bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden kan in cassatie wel geklaagd worden. In een aanvullende overweging gaf de Hoge Raad de aanwijzing dat voor het oordeel of een eenzijdig wijzigingsbeding uit algemene erfpachtvoorwaarden oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG onder meer waarde moet worden gehecht aan de omstandigheid dat deze zijn vastgesteld bij besluit van de gemeenteraad en deel uitmaken van gemeentelijk beleid.[96] Waar in de voorgaande oordelen gemeentelijke algemene erfpachtvoorwaarden nog werden onderscheiden van gemeentelijk beleid op het gebied van gronduitgifte ten aanzien van de vraag of hierop in cassatie een beroep kon worden gedaan, wordt in deze overweging juist geconstateerd dat de erfpachtvoorwaarden onderdeel uitmaken van gemeentelijk beleid voor gronduitgifte en dat die omstandigheid kan maken dat een eenzijdig wijzigingsbeding niet op voorhand als onredelijk bezwarend voor de erfpachters kan worden beschouwd.[97] Maar als de vaststelling van de algemene erfpachtvoorwaarden van gemeenten moet voldoen aan de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wordt het verschil met beleidsregels of voorschriften wel heel klein. Met de aanwijzing van omstandigheden die bij een inhoudelijke beoordeling van algemene erfpachtvoorwaarden van gemeenten in beschouwing moeten worden genomen wordt formeel door de Hoge Raad niet inhoudelijk getoetst, maar wel materieel de richting van de toetsing aangegeven. De Raad had de aanwijzing ook kunnen beperken tot erop wijzen dat het hof de omstandigheden van het geval in zijn onderzoek diende te betrekken. Het hof dat na verwijzing over de zaak oordeelde nam bovenstaande aanwijzing over en wees de vordering van de belangenorganisatie van erfpachters af.[98]

---

95 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 5.1.4: "De hier aan de orde zijnde, in het arrest [G/H] bedoelde (verplichte) richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 BW, die eventueel ambtshalve moet plaatsvinden, is derhalve beperkt tot die overeenkomsten. De erfpachtrechten waarop het oordeel van het hof ziet, dateren van vóór 31 december 1994. Het oordeel van het hof is derhalve onjuist."

96 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.6.

97 Vgl. de in par. 3.2 aangehaalde passage uit PG Boek 6 Inv. BW, p. 1565 (MvA I van 24 november 1986) waarin werd opgemerkt dat het voor de toepassing van de algemene voorwaardenregeling geen verschil maakte of de gebruiker als een 'overheidsbedrijf' moest worden gekarakteriseerd, noch of de algemene voorwaarden door een overheidslichaam waren goedgekeurd of wellicht zelfs voorgeschreven. In het hier besproken geval vormde de vaststelling van de algemene voorwaarden door de gemeenteraad een omstandigheid die het minder waarschijnlijk maakte dat de algemene voorwaarden als onredelijk bezwarend moesten worden aangemerkt.

98 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 4.13: "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)." En in r.o. 4.14: "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." De erfpachters hadden onvoldoende aangevoerd om aan te tonen dat het beding onredelijk bezwarend was, r.o. 4.15. Dit oordeel werd bekrachtigd in cassatie, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

Daarmee werd de in 1992 in de jurisprudentie uitgezette lijn dat algemene erfpachtvoorwaarden geen recht in de zin van art. 79 RO zijn gehandhaafd. Het gaat om voorwaarden die bij stedelijke erfpacht deel uit kunnen maken van overheidsbeleid, maar ook dan als contractuele bepalingen in overeenkomsten tot vestiging van een erfpachtrecht worden opgenomen en bij de vestigingshandeling zakelijke werking verkrijgen als inhoud van het erfpachtrecht. Datzelfde zou moeten gelden voor de overige inhoud van een erfpachtrecht, ook bijzondere erfpachtvoorwaarden ontlenen hun werking aan opname in de overeenkomst en de akte tot vestiging van het recht. Deze contractuele bepalingen vormen geen recht in de zin van art. 79 RO en kunnen niet worden getoetst in cassatie. De Hoge Raad kan echter wel aanwijzingen geven, sinds 1 maart 2017 kan dat ook in antwoord op prejudiciële vragen van feitenrechters in de zin van art. 392 Rv.

3.4.2 Bindend advies

Op grond van art. 6:236 sub n BW wordt in een consumentenovereenkomst als onredelijk bezwarend aangemerkt het beding dat voorziet in beslechting van een geschil door een ander dan de rechter die volgens de wet bevoegd zou zijn, tenzij het beding de wederpartij een termijn gunt van ten minste een maand om voor beslechting van het geschil door de rechter te kiezen. Deze bepaling op de zwarte lijst staat in de weg aan bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden die voor een geschil uitsluitend een deskundigenprocedure voorschrijven. In algemene erfpachtvoorwaarden van gemeenten en andere grote erfverpachters zijn vaak bepalingen over deskundigen opgenomen, bijvoorbeeld voor het vaststellen van de hoogte van de canon, de waarde van de grond en/of de waarde van het erfpachtrecht.[99] Zoals gezien voorspelde De Jong dat deze bedingen in strijd zouden zijn met art. 6:236 sub n BW indien de erfpachter het geschil niet kon voorleggen aan de bevoegde rechter.[100]

Het deskundigenoordeel heeft in de meeste gevallen het karakter van een bindend advies in de zin van art. 7:900 lid 2 BW.[101] In een geruchtmakende zaak over canonherziening aan het einde van een tijdvak van een voortdurend recht van erfpacht stelde de Hoge Raad een maatstaf voor de toetsing van bindend advies vast waarbij is bepaald wanneer sprake is van geschilbeslechting.[102] In dit geval waren voor de taxatie van de grondwaarde drie deskundigen ingeschakeld die in hun rapport de canon voor het volgende tijdvak van vijftig jaar vastlegden. De erfpachter aanvaardde de uitkomst van de taxatie door de deskundigen niet, mede omdat deze een aanzienlijke canonverhoging met zich zou brengen. De Hoge Raad verduidelijkt de maatstaf voor de toetsing van de gebondenheid aan een bindend advies en het daarmee verband houdende motiveringsvereiste.[103]

---

99 Zie over de rol van deskundigen in erfpachtzaken Vonck 2011a en Vonck 2013, p. 216-223.

100 Jong 1984a, p. 232.

101 Art. 7:900 BW: "1. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan (…) 2. De vaststelling kan tot stand komen krachtens een (…) aan een derde opgedragen beslissing."

102 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007/115 (*Amsterdam/Honnebier*). In geding was een bepaling uit de Algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam uit het jaar 1915. Dit arrest wordt ook behandeld in par. 5.6.3.

103 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, r.o. 3.4. De toetsingsmaatstaf is opgenomen in art. 7:904 BW.

Onderscheiden moet worden tussen een bindend advies dat een leemte in de rechtsverhouding invult en een bindend advies dat meer het karakter van geschilbeslechting heeft, waarbij het laatste meer motivering behoeft dan het eerste. In het geval van het arrest Honnebier was motivering tevens op grond van de algemene erfpachtvoorwaarden voorgeschreven en was daaraan in de taxatierapporten niet voldaan.[104] Daarom zou het, in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming van het bindend advies, in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn de erfpachter aan het advies gebonden te achten. Deze toetsingsmaatstaf voor bindend advies werd een jaar later door de Hoge Raad bevestigd in een ander arrest over een canonverhoging.[105] De wijze waarop de deskundigen worden benoemd kan ook ertoe bijdragen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de erfverpachter de erfpachter houdt aan de taxatie door drie eenzijdig, buiten de erfpachter om, door de erfverpachter benoemde deskundigen.[106] In dat laatste geval is ook de rechtsverhouding zelf in het geding. Voor toepassing van de maatstaf voor de beoordeling van bindend advies maakt het niet uit of de bepaling over deskundigen in de vestigingsakte of in de algemene erfpachtvoorwaarden is opgenomen, maar indien een erfpachter van een recht met een woonfunctie een beroep op art. 6:236 sub n BW doet wordt doorgaans het verweer gevoerd dat geen sprake is van geschilbeslechting, maar slechts van het invullen van een leemte in de rechtsverhouding. Er zijn ook voorbeelden van zaken waarin de rechter een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden wegens strijd met art. 6:236 sub n BW vernietigde.[107]

3.4.3 Boetebeding

In het hierboven al even genoemde arrest Meurs/Newomij werd de geldigheid van een boetebeding uit de algemene erfpachtvoorwaarden getoetst aan een richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 sub a BW.[108] Het hof had geoordeeld dat

---

104 Niet helemaal duidelijk is of het feit dat de algemene erfpachtvoorwaarden een motiveringseis stelden betekent dat niet werd toegekomen aan de vraag of hier sprake was van geschilbeslechting of het invullen van een leemte in de rechtsverhouding.

105 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/115, m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*), r.o. 3.4.2. In deze zaak was de bepaling over deskundigen in de vestigingsakte opgenomen en niet in de van toepassing verklaarde algemene erfpachtvoorwaarden, r.o. 3.1 onder ii. Dit arrest wordt ook behandeld in par. 3.4.3 en 5.5.1.3.

106 HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6521, *NJ* 2006/259 (*Amsterdam/Broeren*). Het ging in dit geval ook om de toelaatbaarheid van een eenzijdig wijzigingsbeding.

107 Een voorbeeld van een dergelijke vernietiging was Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, *TBR* 2015/153, m.nt. W.J.E. van der Werf (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), r.o. 4.3-4.7 en Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 4.13 en 6.42. In Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 3.1-3.6 oordeelde het hof dat bij de bepaling over canonherziening door deskundigen uit de AB1966 van de gemeente Amsterdam geen sprake was van geschilbeslechting en dat bij de bepalingen uit de AB1994 en AB2000 wel sprake was van geschilbeslechting, maar dat de erfpachter naar die voorwaarden gelegenheid had te kiezen voor geschilbeslechting door de bevoegde rechter waarmee was voldaan aan het vereiste van art. 6:236 sub n BW. De rechtbank Den Haag oordeelde onlangs dat de erfpachters een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden terecht hadden vernietigd op grond van art. 6:236 sub n BW, Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139 (*Belangenvereniging Erfpacht Zaanstad c.s./Zaanstad*), r.o. 4.79.

108 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/115, m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*). In deze zaak stond een canonverhoging van zevenhonderd procent ter discussie. Het boetebeding wordt geciteerd in r.o. 3.1 onder iii: "Artikel 16 AB bepaalt dat de erfpachter ten behoeve van de grondeigenaar bij elke niet-nakoming van een der verplichtingen hem ter zake van de erfpacht opgelegd, een boete verbeurt gelijk aan het tienvoud van het bedrag van de canon, zoals deze geldt in het jaar waarin de niet-nakoming plaatsvindt."

de erfpachters terecht hadden aangevoerd dat een boetebeding in algemene voorwaarden werd bestreken door afd. 6.5.3 BW, maar had de vordering afgewezen nu de rechtbank de boete op de voet van art. 6:94 BW had gematigd met tachtig procent. Tegen dat oordeel werd in cassatie vergeefs opgekomen met een beroep op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG.[109] De klacht dat het hof het boetebeding had dienen te vernietigen op grond van zijn gehoudenheid tot een richtlijnconforme interpretatie van het Nederlands recht, die meebracht dat het hof zo nodig ambtshalve had moeten toetsen of het boetebeding oneerlijk was en daarbij het beding sub e van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG in aanmerking had moeten nemen, faalde eveneens omdat 'het hof ermee mocht volstaan het beding te toetsen aan art. 6:233 onder a BW.'[110] Ambtshalve toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG was op dat moment nog niet vereist en de indicatieve lijst bij de richtlijn vormde geen directe maatstaf voor toetsing.[111] A-G Wesseling-van Gent beoordeelde de verhouding tussen de bepaling op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG en afd. 6.5.3 BW in het licht van de verplichting het nationale recht zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van Richtlijn 93/13/EEG,[112] en kwam mede op grond van de literatuur over dit onderwerp tot de conclusie dat 'wanneer een beding in algemene voorwaarden op de Europese lijst is geplaatst, dat gegeven als gezichtspunt moet worden meegewogen bij de toetsing op grond van art. 6:233 onder a BW.'[113] Het gaat niet om dwingend recht en dat een beding is opgenomen in de indicatieve lijst maakt het niet reeds daarom oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. In dit arrest liet de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de onredelijke bezwarendheid van een beding in algemene erfpachtvoorwaarden van een private grondeigenaar. Dat daarbij een richtlijnconforme interpretatie van de algemene voorwaardenregeling dient te worden toegepast stond niet ter discussie, wel de reikwijdte daarvan. Annotator Snijders is het eens met het oordeel dat een beding op de indicatieve lijst niet zonder meer als oneerlijk moet worden beschouwd, maar vindt dat dit

109 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 3.5.2: "Het oordeel van het hof vindt steun in de parlementaire geschiedenis, waarin is opgemerkt dat de omstandigheid dat boetebedingen indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist, gematigd kunnen worden op grond van art. 6:94 lid 1 BW moet worden meegewogen bij de afweging in het kader van art. 6:233, onder a, BW (Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), p. 1743)."

110 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 3.5.4: "Het onderdeel faalt, omdat het berust op een onjuiste rechtsopvatting. Tegen de achtergrond van de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.50-2.53 vermelde gegevens moet worden aangenomen *dat het hof niet ambtshalve behoefde te beoordelen of het boetebeding oneerlijk is in de daaraan door de richtlijn toegekende betekenis*, en dat het hof ermee mocht volstaan het beding te toetsen aan art. 6:233, onder a, BW, zoals dat door Meurs c.s. mede met een beroep op de richtlijn werd bepleit." Nadruk toegevoegd.

111 Dit oordeel is inmiddels achterhaald door HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*) waarin is bepaald dat art. 6 lid 1 van Richtlijn 93/13/EEG zo moet worden uitgelegd dat een nationale rechter die heeft geconstateerd dat een boetebeding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument oneerlijk is, er niet mee mag volstaan conform het nationale recht de hoogte van de boete te matigen, maar verplicht is dat beding voor de consument buiten toepassing te laten. Dit oordeel werd eerder uitgesproken in HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512, m.nt. M.R. Mok (*Banco Español de Crédito*), punt 65 waarin het hof oordeelde dat de rechter die een beding als onredelijk aanmerkt dat beding buiten toepassing moet laten en niet mag herzien. Vgl. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 over een rentebeding en de verplichte ambtshalve toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG.

112 Conclusie A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2006:AV1706, bij HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/115, par. 2.51 onder verwijzing naar de richtinggevende jurisprudentie uit 1990-2000 van het Hof van Justitie inzake richtlijnconforme interpretatie: HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, *NJ* 1993/163 (*Marleasing*); HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, *NJ* 1995/321 (*Faccini Dori*); HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 (*Océano*).

113 Conclusie A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2006:AV1706, bij HR 24 maart 2006, *NJ* 2007/115, par. 2.53, onder verwijzing naar HvJ EG 7 mei 2002, C-478/99 (*Commissie/Zweden*) waarin het hof aangaf dat de lijst in de bijlage bij de richtlijn een indicatieve en illustratieve waarde had.

mede in het licht van art. 4 Richtlijn 93/13/EEG moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden rond het sluiten van de overeenkomst, en gezien de ruime strekking van de richtlijn moeten naar zijn mening ook erfpachtcontracten onder het bereik ervan kunnen vallen.[114] De vraag of het erfpachtrecht, gevestigd in 1964, onder de temporele reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG zou vallen, kwam in deze procedure niet aan de orde.

3.4.4 Vergoeding bij overdracht

Het eerste succesvolle beroep op vernietiging van een onredelijk bezwarende bepaling uit algemene erfpachtvoorwaarden, zoals bekend uit de gepubliceerde jurisprudentie, betrof een beding dat de erfpachter bij overdracht van zijn recht verplichtte de erfverpachter een vergoeding te betalen ter hoogte van vijf procent van de waarde van de onroerende zaak.[115] Het ging om particuliere erfpacht van een perceel op een recreatiepark. Het recht van ondererfpacht was gevestigd in 2000, onder toepassing van algemene voorwaarden, waarin naast toestemming van de erfverpachter voor overdracht tevens was opgenomen:

> "5.b. Bij vervreemding is de erfpachter-verkoper aan de Stille Wille een vergoeding verschuldigd ter zake van goodwill, welke het object aan het bungalowpark als geheel ontleent en voor de uit de vervreemding voorvloeiende extra kosten van Stille Wille, welke vergoeding is bepaald op 5% (exclusief eventueel te berekenen omzetbelasting) van de dagwaarde van het object."[116]

Een ondererfpachter die zijn recht had verkocht weigerde de vergoeding op grond van deze bepaling te betalen en vorderde in rechte vernietiging van de artikelen 5b en 6 op grond van art. 6:233 sub a jo. 6:237 sub i BW:

> '(…) omdat deze bepalingen gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst en de wijze waarop deze zijn tot stand gekomen, de wederzijdse belangen van partijen en de overige omstandigheden voor [geïntimeerde] onredelijk bezwaarlijk zijn, waarbij [geïntimeerde] een beroep deed op art. 6:237 aanhef en sub i en j BW.'[117]

De rechtbank wees de vordering toe en vernietigde beide bedingen. In hoger beroep stelde de erfverpachter dat artikel 5b niet onder de reikwijdte van het bepaalde op de grijze lijst viel omdat de vergoeding niet de *beëindiging* van de erfpachtovereenkomst betrof, maar de *overdracht* van de op het perceel staande recreatiewoning, wat als twee onderscheiden rechtshandelingen moest worden gezien. Het hof stelde eerst vast dat er sprake was van algemene voorwaarden en dat de ondererfpachter handelde als particulier. Verder oordeelde het hof dat inderdaad geen sprake was van beëindiging van het erfpachtrecht, maar van over-

114 Snijders, *NJ* 2007/115, par. 3 sub c: "Ook een erfpachtcontract zoals het onderhavige moet er gelet op de ruime strekking van de richtlijn onder kunnen vallen. Zie ook J.H.M. van [Erp], *WPNR* 1993 (6079). p. 81 e.v. (vgl. tevens art. 7:47 BW, al is dit niet beslissend voor de autonoom uit te leggen tekst en considerans van de richtlijn en is de vestiging van een erfpachtrecht naar nationaal recht geen verkoop van dat recht)."

115 Hof Den Bosch 16 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX8721 (*Stille Wille*).

116 Hof Den Bosch 16 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX8721, r.o. 4.1.2 citeert artikel 5 sub b van de Algemene Bepalingen voor de vestiging van zakelijke rechten van erfpacht en opstal en de exploitatie door Stille Wille. Artikel 6 van de algemene voorwaarden stelde een boete van *ƒ* 25.000,- op handelen in strijd met artikel 5.

117 Hof Den Bosch 16 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX8721, r.o. 4.1.6.

dracht aan een derde en dat artikel 5b de situatie bij vervreemding door de onder-erfpachter-verkoper betrof en daarmee de beëindiging van zijn verhouding tot de erfverpachter. De overdracht van de recreatiewoning en het erfpachtrecht vielen in dit geval samen en art. 6:237 sub i BW was op artikel 5b uit de algemene erfpachtvoorwaarden van toepassing,

> '(…) *nu de strekking van art. 5 sub b van de Algemene Bepalingen in feite dezelfde is als de in genoemd wetsartikel beschreven situatie* en art. 5 sub b in casu [geïntimeerde] verplicht tot betaling van een geldsom bij de beëindiging van haar relatie met Stille Wille.'[118]

De in art. 6:237 sub i BW genoemde uitzondering deed zich in dit geval niet voor omdat er naar het oordeel van het hof geen sprake was van een redelijke vergoeding. De door de erfverpachter aangevoerde kosten waren normale exploitatiekosten waartoe deze op grond van de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden verplicht was en waarvoor hij bijdragen ontving in de vorm van canon en servicekosten. Het hof vernietigde artikel 5b en artikel 6 voor zover de boete zag op overtreding van artikel 5b van de algemene voorwaarden.[119] De bedongen vergoeding bij overdracht werd door Hondius opgevat als een antispeculatiebeding,[120] maar doet mij eerder denken aan de van oudsher bekende dubbele pacht bij overdracht, ook wel verboekrecht genoemd, die werd afgeschaft bij de wet van 10 januari 1824, in werking vanaf 1 januari 1825 en die later bekend werd als art. 777 OBW.[121] Gezien de hoedanigheid van de erfverpachter, een particuliere vennootschap, en de motivering van de gemaakte kosten bij overdracht, ligt een antispeculatiebeding in dit geval minder voor de hand dan een poging tot toedeling van een onredelijk hoog deel van de waardevermeerdering die door de ondererfpachters door investeringen in de recreatiewoning was gecreëerd. In deze zaak werd uitsluitend aan de algemene voorwaardenregeling getoetst, nu de grijze lijst van toepassing was kwam Richtlijn 93/13/EEG niet ter sprake.

3.4.5 Bedingen uit algemene opstalvoorwaarden

In een vonnis uit 2010 in een geding over opstalrechten op percelen op de Ringdijk rond de Haarlemmermeer werd een groot aantal bedingen uit algemene opstalvoorwaarden getoetst aan afdeling 6.5.3 BW.[122] De opstalhouders waren in rechte opgekomen tegen de toepassing van nieuwe algemene opstalvoorwaarden op bestaande opstalrechten. In de nieuwe algemene voorwaarden, de AV2007, was een gewijzigde retributiesystematiek opgenomen die uitging van een marktconforme vergoeding wat voor zittende opstalhouders een grote stijging van de jaarlijkse retributie met zich zou brengen. Twee voorwaarden bleken in strijd met

118 Hof Den Bosch 16 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX8721, r.o. 4.4.1. Nadruk toegevoegd.
119 Hof Den Bosch 16 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX8721, r.o. 4.5-4.11.
120 Hondius, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:237 BW, aant. 2.9.2: 'Toepassing' (online, bijgewerkt 8 oktober 2017).
121 Art. 777 OBW: "Ter zake van elken overgang van het erfpachtsregt of van verdeeling eener gemeenschap, is geene buitengewone uitkeering daarvoor verschuldigd." Op grond van art. 782 OBW was deze bepaling van regelend recht. Zie voor het oudvaderlands recht De Blécourt & Fischer 1969, p. 183 en De Meyere 1937, p. 194.
122 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*).

titels 5.8 en 5.7 BW en vier voorwaarden moesten buiten toepassing blijven wegens strijd met afd. 6.5.3 BW. In hoger beroep en cassatie werd daar niet op teruggekomen omdat het hoogheemraadschap de bewuste voorwaarden in de tussentijd had aangepast.[123] De door de rechtbank buiten toepassing verklaarde bedingen wegens strijd met afd. 6.5.3 BW hadden de volgende inhoud.

Art. 8.1 van de AV2007 bepaalde in strijd met art. 6:246 BW dat partijen te allen tijde gerechtigd waren gezamenlijk het opstalrecht te beëindigen en dat zij in ieder geval daartoe zouden overgaan indien de opstalvoorwaarden in strijd bleken met enige bepaling van Nederlands recht. Dit was onredelijk bezwarend omdat het de opstalhouders in een nadelige positie kon brengen waarin zij tegen hun zin tot onderhandelingen over beëindiging konden worden gedwongen.[124] Art. 9 van de AV2007 bepaalde in strijd met art. 6:236 sub n BW dat de waarde van de te vergoeden opstallen en beplantingen bij het ontbreken van overeenstemming tussen partijen uitsluitend door bindende taxatie zou worden vastgesteld en moest daarom buiten toepassing blijven.[125] En art. 10 van de AV2007 bevatte een onbegrijpelijk geformuleerde bevoegdheid voor het hoogheemraadschap om eenzijdig tijdens de looptijd van een recht zonder enige beperking de algemene opstalvoorwaarden te wijzigen, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank onredelijk bezwarend was.[126]

Art. 8.2 van de AV2007 leidde in strijd met art. 6:237 sub d BW tot een algemene opzeggingsbevoegdheid voor het hoogheemraadschap die het zakelijk karakter van het opstalrecht uitholde zodat dat onderdeel van deze bepaling buiten toepas-

---

123 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 1.11. De aangepaste bedingen speelden daarna geen rol meer in het vervolg van de procedure waarin de opstalhouders met name opkwamen tegen de inhoud en de toepassing van de herziene retributiemethodiek uit de nieuwe algemene opstalvoorwaarden op bestaande opstalrechten.

124 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001, r.o. 4.13: "8.1 Partijen zijn te allen tijde gerechtigd *gezamenlijk* het Opstalrecht schriftelijk te beëindigen. Zij zullen hiertoe in elk geval overgaan als blijkt *dat enige bepaling uit het Opstalrecht in strijd is met enige bepaling van Nederlands recht* en alle mogelijke middelen om de desbetreffende bepaling in overeenstemming te brengen met de bepaling van Nederlands recht zijn aangewend." Nadruk toegevoegd. De rechtbank volgde in r.o. 6.37 het standpunt van de opstalhouders dat 'de verplichte gezamenlijke beëindiging van de opstalovereenkomst op de in artikel 8.1 genoemde grond (…) in strijd is met artikel 6:246 BW omdat de opstalhouders door deze bepaling feitelijk geen beroep kunnen doen op de vernietigbaarheid van bepalingen in de AV2007. (…) Indien HHR bepalingen in zijn algemene voorwaarden opneemt die volgens de wet nietig zijn (zoals artikel 7.1) of die wegens onredelijke bezwarendheid voor vernietiging in aanmerking komen, is niet uit te sluiten dat de desbetreffende bepaling niet in overeenstemming te brengen is met Nederlands recht. Dat betekent dat de opstalhouder zich op voorhand tot onderhandelingen moet verbinden die als sanctie (kunnen) hebben dat het opstalrecht met wederzijds goedvinden wordt beëindigd. *Dat is naar het oordeel van de rechtbank als onredelijk bezwarend ten opzichte van de opstalhouder aan te merken, omdat HHR zich daarmee een sterkere positie ten nadele van de opstalhouder verwerft*. Dat betekent dat HHR niet gerechtigd is tot toepassing van artikel 8.1'. Nadruk toegevoegd. De tweede volzin van art. 8.1 werd daarop geschrapt, Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 1.11 onder b.

125 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001, r.o. 4.13 en 6.42.

126 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001, r.o. 4.13: "Artikel 10. Wijziging voorwaarden. Deze opstalvoorwaarden zijn van toepassing, indien en voor zover daarvan bij of krachtens het besluit tot uitgifte in Recht van Opstal niet wordt afgeweken." En r.o. 6.43: "De rechtbank oordeelt dat deze bepaling onbegrijpelijk is, nu niet duidelijk is wat onder 'het besluit tot uitgifte in Recht van Opstal' moet worden begrepen. voor zover HHR betoogt dat artikel 10 de bevoegdheid tot wijziging betreft van algemene voorwaarden tijdens de looptijd van de opstaltermijn (derhalve een tussentijdse wijziging), is sprake van een onredelijk bezwarend beding. Dat zou HHR feitelijk het recht geven om de algemene voorwaarden gedurende de looptijd van het opstalrecht zonder enige beperking eenzijdig te wijzigen. Het voorgaande betekent dat HHR niet gerechtigd is tot toepassing van artikel 10."

sing moest blijven.[127] Het onredelijk bezwarende van deze bepaling betrof de algemene opzeggingsbevoegdheid van het hoogheemraadschap, niet die van de opstalhouder en de wijziging betrof een toevoeging dat de opzeggingsgrond het algemeen belang moest zijn. De herziene bepaling speelde een rol in het vervolg van de procedure. Het hoogheemraadschap maakte bezwaar tegen het oordeel van de rechtbank dat een algemene opzeggingsbevoegdheid het zakenrechtelijk karakter van het opstalrecht zou uithollen omdat een recht van opstal in het algemeen belang kon worden opgezegd. Nu het hoogheemraadschap de betreffende voorwaarde in de AV2007 in 2011 had beperkt tot tussentijdse beëindiging van het opstalrecht in het algemeen belang was het hoogheemraadschap van mening dat de bepaling niet meer onredelijk bezwarend was. Het hof was echter niet overtuigd en maakte de overweging van de rechtbank hieromtrent tot de zijne.[128]

In cassatie werd door de opstalhouders een oordeel gevraagd over de vraag of de tussentijdse beëindiging van opstalrechten in het algemeen belang zoals voorzien in art. 8.2 van de AV2007 een onaanvaardbare doorkruising van het stelsel van de Onteigeningswet opleverde en daarmee onredelijk bezwarend was voor de opstalhouders.[129] De Hoge Raad en A-G Rank-Berenschot oordeelden in het verlengde van het Lelystad-arrest[130] dat er geen sprake was van doorkruising. De Onteigeningswet en de tussentijdse beëindiging van een erfpacht- of opstalrecht op grond van het algemeen belang kunnen naast elkaar bestaan nu de wetgever niet anders heeft bepaald. Het verschil in schadeloosstelling vindt zijn verklaring in het feit dat de beperkt gerechtigde vanaf de aanvang van zijn recht kan weten dat opzegging in het algemeen belang mogelijk is en hiermee dus rekening heeft kunnen houden, terwijl de Onteigeningswet er is voor niet-voorziene situaties waarin dan volledige schadeloosstelling op zijn plaats is. De opzeggingsgrond opzegging om redenen van algemeen belang is een veelvoorkomend beding in erfpachtvoorwaarden van overheidsinstanties en de wetgever heeft daarmee blijkens de parlementaire geschiedenis expliciet rekening gehouden:

> '(…) dat de grondeigendom bij erfpacht- en opstalrechten vaak in handen is van de overheid, dat bij de vestiging van erfpacht- en opstalrechten in de regel door de overheid opgestelde algemene voorwaarden worden gehanteerd en dat de bevoegdheid tot opzegging, waarin deze bepalingen

127 Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001, r.o. 4.13: "8.2 Tussentijdse beëindiging van het Recht van Opstal kan geschieden met een opzegtermijn van twaalf maanden." En r.o. 6.38: "De bepaling creëert een algemene opzeggingsbevoegdheid zonder enige beperking. Een dergelijk beding is opgenomen in de grijze lijst onder artikel 6:237 aanhef en onder d BW en wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn. [eisers A.] betogen in dit kader terecht dat een algemene opzeggingsbevoegdheid het zakenrechtelijk karakter van het opstalrecht uitholt. HHR stelt slechts dat hij alleen van zijn tussentijdse opzegbevoegdheid gebruik zal maken, wanneer hij een redelijk belang heeft. Dat is onvoldoende om aan dit beding het onredelijk bezwarende karakter te ontnemen. Dat betekent dat HHR de eerste zin van art. 8.2, te weten "Tussentijdse beëindiging van het Recht van Opstal kan geschieden met een opzegtermijn van twaalf maanden." niet mag toepassen." Aan art. 8.2 werd daarna de zinsnede 'mits het algemeen belang zulks vordert' toegevoegd, Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 1.11 onder c.

128 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 4 en 40.

129 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*).

130 HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, *NJ* 1991/691, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en Antiekstudio/Lelystad*). Hierin werd geoordeeld dat de reeds lang bestaande praktijk van het door gemeenten met behulp van privaatrechtelijke overeenkomsten gevoerde grondbeleid niet in strijd kwam met publiekrechtelijke regels omtrent bestemming en gebruik van grond, mede in het belang van de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed. Deze rechtspraak werd later bevestigd in HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642, *NJ* 2007/58, m.nt. J. Hijma (*Chidda*).

voorzien, in die voorwaarden kan worden opgenomen (Parl. Gesch. Boek 5, p. 306 en 335, en Parl. Gesch. Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1061-1071).'[131]

Het uit art. 5:87 lid 3 BW volgende vereiste dat aanvullende opzeggingsgronden moeten worden opgenomen in de vestigingsakte moet dus zo gelezen worden dat de aanvullende opzeggingsgronden ook in (ingeschreven) algemene erfpachtvoorwaarden kunnen zijn opgenomen. De in het citaat genoemde passages uit de parlementaire geschiedenis van art. 5:87 BW betreffen de vermelding dat het bij gemeenten die veel grond in erfpacht uitgeven gebruikelijk is om daarvoor algemene voorwaarden op te stellen en dat de erfpachter ten aanzien van onredelijk bezwarende bedingen in die voorwaarden bescherming kan ontlenen aan afd. 6.5.3 BW. Er staat niet met zoveel woorden dat 'in de akte van vestiging' ook kan betekenen 'in de algemene erfpachtvoorwaarden'. Van Velten is van mening dat de frase 'in de akte van vestiging' letterlijk gelezen dient te worden.[132] Bartels stelt dat dit anders is bij algemene erfpachtvoorwaarden die op grond van art. 46 Kadw zijn ingeschreven in de openbare registers, met de bedoeling daar vanuit de vestigingsakte naar te verwijzen: "Dit [die verwijzing] geldt ook als de wet aangeeft dat 'in de akte van vestiging' een afwijkende regeling kan worden opgenomen."[133] Het vormde geen bezwaar dat de opzegging op grond van het algemeen belang in dit geval in de algemene opstalvoorwaarden was opgenomen en niet in de vestigingsakte.[134]

De aangepaste bepalingen betreffen de bevoegdheid van het hoogheemraadschap om de opstalrechten eenzijdig te beëindigen en worden na deze actie van de opstalhouders meer in lijn gebracht met het wettelijk stelsel van de titels 5.8 en 5.7 BW en de algemene voorwaardenregeling. Ten aanzien van de rechtsverhouding wordt geoordeeld dat het hoogheemraadschap als overheidsinstantie de vrijheid heeft om nieuw beleid voor de uitgifte in erfpacht of opstal van haar gronden vast te stellen. Tevens mag het hoogheemraadschap dat herziene beleid toepassen op nieuwe uitgiftes en op verlenging of heruitgifte van bestaande rechten na ommekomst van de looptijd. Die toepassing is niet in strijd met de oude voorwaarden en evenmin wordt het vertrouwensbeginsel geschonden. De vraag of de waardestijging van de grond bij verlenging of heruitgifte van het recht in zijn geheel aan de grondeigenaar toekomt wordt in dit arrest gesteld, maar niet overtuigend beantwoord. Het hof beoordeelde de handelwijze van het hoogheemraadschap bij

131 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, r.o. 3.8.2.

132 Van Velten 1995b, p. 60: "Naar mijn mening moet men dit letterlijk nemen, dat wil zeggen de hier bedoelde regelingen of afwijkingen van het wettelijk stelsel zijn van dien aard, dat men die niet mag 'verstoppen' in met algemene woorden van toepassing verklaarde algemene erfpachtbepalingen."

133 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/216, onder verwijzing naar de conclusie van A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 5.9 e.v. en de door hem in noot 34 genoemde literatuur. Dit onderdeel van de conclusie behandelt de stelling van SEBA dat canonherzieningsbedingen op grond van art. 5:85 lid 2 BW in de vestigingsakte dienen te staan en niet in algemene erfpachtvoorwaarden mogen worden opgenomen. Op grond van de strekking van de inschrijving op grond van de Kadasterwet en de literatuur komt de A-G in par. 5.11 tot de voorzichtige conclusie 'dat een akte tot vestiging van een erfpachtrecht, die verwijst naar reeds ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden, wordt geacht die algemene erfpachtvoorwaarden tevens te omvatten'.

134 De enige commentator die hier expliciet aandacht aan heeft besteed is Huijgen 2015, die er tevens op wijst dat een bevoegdheid tot opzegging in het algemeen belang bij stedelijke erfpacht doorgaans in de algemene erfpachtvoorwaarden is opgenomen.

heruitgifte in het licht van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en het bestuursrechtelijke evenredigheidsbeginsel:

> "Waar het gaat om de hervestiging van bestaande opstalrechten geldt dat de zittende opstalhouder ingevolge de AV70 (artikel 16) en de AV2000 (artikel 5, derde lid) in beginsel recht heeft op heruitgifte. *Het hof onderkent dat bij heruitgifte de contractspartijen in een ongelijke machtspositie verkeren*, (…). De vraag of het Hoogheemraadschap bij de heruitgifte op het punt van de verlangde retributie misbruik maakt van zijn machtspositie, is hier geen andere dan die of het Hoogheemraadschap handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid en/of het evenredigheidsbeginsel."[135]

De conclusie van het hof luidt dat het hoogheemraadschap de belangen van de zittende opstalhouders in voldoende mate heeft meegewogen bij de vaststelling van de AV2007, mede gezien de lange overgangsperiode van 20 jaar.[136] Dit oordeel komt in cassatie niet meer ter sprake. De gevolgen van opzegging in het algemeen belang voor erfpachters en opstalhouders kunnen echter aanzienlijk zijn, zoals annotator Van der Werf opmerkt in zijn noot onder het arrest:

> "Van een onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet is dus geen sprake. Tegelijk legt het arrest van de Hoge Raad bloot dat een in de akte van vestiging geregelde bevoegdheid tot opzegging 'in het algemeen belang' *de positie van de erfpachter en opstalhouder danig verzwakt* ten opzichte van degenen ten aanzien waarvan deze bevoegdheid niet wordt voorbehouden. Zelfs huurders genieten een sterkere bescherming."[137]

Daarmee wordt de onderlinge verhouding tussen erfverpachter en erfpachter voorwerp van beschouwing naar aanleiding van het arrest, terwijl het arrest zelf een ongelijke machtspositie bij heruitgifte constateert.[138] Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat die aandacht voor de rechtsverhouding door de opstalhouders in dit geval was afgedwongen, onder meer door hun uitvoerige beroep op de algemene voorwaardenregeling. Mogelijk hing het oordeel dat die machtspositie in dit geval niet werd misbruikt samen met de aard van de uitgifte. Het betrof uitgifte van dijkgrond door een hoogheemraadschap waarbij de opzeggingsgrond samenhing met de mogelijkheid voor het hoogheemraadschap het onbeperkte

135 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 17. Nadruk toegevoegd.

136 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 22: "Het hof is van oordeel dat uit het bovenstaande blijkt dat het Hoogheemraadschap bij de vaststelling van het besluit van 2007 voldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de opstalhouders. Het beginsel van een zorgvuldige en evenredige belangenafweging acht het hof niet geschonden en het hof acht de in 2007 door het Hoogheemraadschap vastgestelde retributiesystematiek tegenover de zittende opstalhouders niet in strijd met de redelijkheid en de billijkheid, ook niet als wordt uitgegaan van de omstandigheid dat de zittende opstalhouders tegenover het Hoogheemraadschap niet in een volledig vrije positie verkeren. Ter verdere onderbouwing van dit oordeel moge het in de rechtsoverwegingen 23 tot en met 27 dienen." In de rechtsoverwegingen 23-27 besprak het hof de argumenten van de opstalhouders.

137 Van der Werf, *TBR* 2015/32, par. 14. Nadruk toegevoegd.

138 Veel zeldzamer is een beperking van de opzeggingsbevoegdheid van de erfverpachter. Bij een uitgifte op Terschelling, *Stb*. 1927, 146, was opzegging door de erfverpachter uitsluitend mogelijk indien bij wet zou worden bepaald dat aan het erfpachtterrein (geheel of gedeeltelijk) ten algemenen nutte een andere bestemming zou worden gegeven. Deze clausule vormde een aanzienlijke beperking van de mogelijkheden van de erfverpachter de rechten te beëindigen en werd vermoedelijk opgenomen in het belang van de financiers.

gebruik van de grond terug te krijgen ingeval dat voor de uitvoering van zijn publieke taak noodzakelijk was.[139]

De zaak van een ander waterschap betrof een aanbod tot verlenging van het tijdelijk erfpachtrecht, met een verhoogde canon en onder toepassing van nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden.[140] De erfpachter stelde dat een aantal bedingen uit de nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden onredelijk bezwarend was dan wel in strijd met de NVB-criteria.[141] De rechtbank stelde vast dat afd. 6.5.3 BW op deze voorwaarden van toepassing is, maar dat de rechtbank niet op voorhand, nog voordat de algemene voorwaarden op de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter van toepassing zijn geworden, kan verklaren dat deze bedingen vernietigbaar zijn bij gebreke aan een concrete toetsing van de te vernietigen bedingen aan enige omstandigheden van het geval.[142] Opvallend is verder dat de rechtbank reflexwerking aanneemt van art. 6:236 BW nu de erfpachter geen natuurlijk persoon was, maar een vereniging en de vereniging geen bedrijf uitoefende.[143] Het betrof een kleine wederpartij die sterk leek op een consument en de rechtsverhouding met betrekking tot een erfpachtrecht met een woonfunctie wordt gewoonlijk door een consument aangegaan.

3.4.6 MGE-bedingen

De erfpachtuitgiftes van woningcorporaties die bekend staan onder de noemer 'maatschappelijk gebonden eigendom' (MGE) hebben tot doel de bevordering van het eigenwoningbezit bij starters op de woningmarkt. Deze uitgiftes worden gekenmerkt door een uitvoerige set algemene erfpachtvoorwaarden, die onder meer een verplichting inhouden de woning zelf te bewonen en een verplichting bij vertrek het erfpachtrecht aan de erfverpachter te koop aan te bieden. In sommige gevallen heeft de erfverpachter in dat geval een verplichting tot terugkoop, en in ieder geval dient daarbij te worden afgerekend over de bij vestiging van het recht verleende 'korting' op de aanschafprijs. De afgelopen jaren is in een aantal rechtszaken de onredelijk bezwarendheid van een aantal van deze erfpachtvoorwaarden getoetst aan een richtlijnconforme interpretatie van de algemene voorwaardenregeling.

In de zaak waarover de rechtbank Rotterdam in 2014 oordeelde was aan de zelfbewoningsplicht een boete van tweehonderd procent van de koopprijs verbonden en werd deze boete gevorderd nadat de erfverpachter had geconstateerd dat de

139 Waarover A-G Rank-Berenschot in haar conclusie vaststelde dat daar geen publiekrechtelijk alternatief voor bestaat, zie ECLI:NL:PHR:2014:526, par. 3.61.

140 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207 (*De Scheldestromen/erfpachter*). Deze uitspraak wordt uitvoerig besproken in par. 5.5.2.1.

141 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 3.5 en 3.8. Hieronder waren de bedingen betreffende de vijfjaarlijkse canonherziening.

142 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.12: "Deze vordering is, mede gelet op de concrete toetsing van het te vernietigen beding waarbij tal van omstandigheden, niet alleen de in artikel 6:233a BW genoemde omstandigheden, van belang zijn, niet toewijsbaar (…)."

143 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.13: "De rechtbank is van oordeel dat dit artikel [art. 6:236 BW] ook in het onderhavige geval van toepassing is nu de Vereniging geen bedrijf uitoefent." De vereniging was de rechtsopvolger van de vier natuurlijke personen aan wie het erfpachtrecht in 1924 was uitgegeven, r.o. 2.1.

erfpachter elders zijn hoofdverblijf had.[144] De erfpachter verweerde zich onder meer met de stelling dat het boetebeding oneerlijk was in de zin van Richtlijn 93/13/EEG en daarom buiten toepassing moest blijven. De rechtbank stelde vast dat Richtlijn 93/13/EEG van toepassing was nu de erfpachter een consument was en Woonbron een verkoper en over het beding tussen partijen niet was onderhandeld. De rechtsbank toetste de bedingen aan art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG en oordeelde vervolgens dat de zelfbewoningsplicht geen onevenwichtigheid opleverde ten nadele van de erfpachter en dat de forse boete 'evenmin [was] aan te merken als een dergelijke onevenwichtigheid', gezien het doel van de MGE-regeling:

> "De gehele regeling is juist ontworpen om mogelijk te maken dat consumenten met een smalle beurs (de doelgroep) hun (of een) woning in eigendom kunnen verwerven. Als zij vervolgens hun (voor een lage prijs verworven) woning aan een ander (al dan niet voor een forse huur) in gebruik geven, wordt de uitvoering van de regeling gefrustreerd ten nadele van de doelgroep. Dat op dergelijke overtreding een hoge boete is gesteld maakt het boetebeding dan ook niet oneerlijk."[145]

Daarmee was het boetebeding niet oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG en was matiging van de boete op grond van art. 6:94 BW mogelijk op grond van omstandigheden die aan de erfverpachter waren toe te rekenen.

In een tweede MGE-zaak stonden de bepalingen uit de algemene erfpachtvoorwaarden Koopgarant betreffende de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht ter discussie.[146] Dit erfpachtrecht was op 6 juli 2005 uitgegeven met toepassing van de algemene MGE-voorwaarden waaronder een zelfbewoningsplicht met een verbod op verhuur en een aanbiedingsverplichting bij vertrek. Nadat bleek dat de erfpachter de woning had verhuurd en tevens een hennepkwekerij in de woning was ontdekt, zegde de erfverpachter het recht op wegens het niet voldoen aan de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht. De erfpachter stelde dat beide verplichtingen onredelijk bezwarend waren en vernietigd dienden te worden. De rechtbank stelde vast dat het ging om algemene voorwaarden en dat de rechtsverhouding viel onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG zodat afd. 6.5.3 BW richtlijnconform dienden te worden uitgelegd, en toetste vervolgens aan art. 6:233 sub a BW.[147] In het licht van de doelstelling van de MGE-regeling en de voordelen die deze regeling voor de erfpachter meebracht, zoals aankoop van de woning tegen 75% van de marktwaarde, oordeelde de rechtbank dat de zelfbewoningsplicht niet onredelijk bezwarend was voor de erfpachter.[148] De aanbiedingsplicht werd op vordering van de erfpachter getoetst aan art. 6:237 sub j BW, de bepaling op de grijze lijst die de wederpartij verplicht tot het sluiten van een

144 Rb. Rotterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5043 (*Woonbron/erfpachter*), r.o. 2.2: "Artikel 10. Indien de eigenaar na bij aangetekend schrijven door de woningcorporatie/instelling in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen nalatig blijft aan de uitvoering van deze overeenkomst mede te werken, zal hij ten behoeve van de woningcorporatie/instelling zonder nadere ingebrekestelling of rechterlijke tussenkomst een door het bestuur van de woningcorporatie/instelling vast te stellen terstond opeisbare boete verschuldigd zijn van maximaal 200% van de op het moment van overtreding of niet-nakoming geldende M.G.E.-prijs."

145 Rb. Rotterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5043, r.o. 4.16.

146 Rb. Rotterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5912 (*Woonbron/erfpachter*).

147 Rb. Rotterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5912, r.o. 4.5.

148 Rb. Rotterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5912, r.o. 4.6-4.7.

overeenkomst met de gebruiker, waarbij de rechtbank van oordeel was dat de uitzondering dat de overeenkomst redelijkerwijze van de wederpartij kon worden gevergd, zich in dit geval voordeed.[149] Ook hier werd gewezen op de voordelen die voor de erfpachter aan de regeling verbonden waren, zoals de terugkoopgarantie.

In hoger beroep voerde de erfpachter opnieuw aan dat de bedingen omtrent zelfbewoning en de aanbiedingsplicht onredelijk bezwarend waren, en dat dit ook gold voor het verbod voor de erfpachter het erfpachtrecht op te zeggen.[150] Het hof stelde vast dat het ging om bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden en dat de bepalingen onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG vielen zodat deze getoetst dienden te worden aan afd. 6.5.3 BW, richtlijnconform uitgelegd, naar de volgende maatstaf:

> "Het gaat er daarbij om of deze bepalingen, gelet op de aard en overige inhoud van de akte van erfpacht, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend zijn voor [appellant] c.s."[151]

Het hof oordeelde dat de in het geding zijnde bepalingen de erfpachter inderdaad beperkten in zijn mogelijkheden de onroerende zaak aan derden over te dragen of in gebruik te geven en dat de bedingen daarmee bezwarend voor de erfpachter waren, maar dat de bedingen, gezien de voordelen die er voor de erfpachter tegenover stonden, niet onredelijk bezwarend waren. Die voordelen bestonden eruit dat de erfpachter de woning had kunnen kopen voor 75 procent van de marktwaarde, dat hij geen canonverplichting had, dat de woning gegarandeerd werd teruggekocht door de erfverpachter waarbij de erfverpachter de helft van een eventuele waardevermindering voor zijn rekening zou nemen. Op grond van de voorwaarden kon bovendien in bijzondere gevallen worden afgeweken van de zelfbewoningsplicht, was overdracht aan derden mogelijk en gold bij terugkoop een taxatieprocedure en een geschillenregeling. De erfpachter kon weliswaar niet opzeggen, maar wel te allen tijde zijn recht overdragen aan de erfverpachter.[152] De erfverpachter aan zijn zijde handelde in het algemeen belang van de volkshuisvesting en wilde met de bedingen bereiken dat de MGE-woningen zouden worden bewoond door mensen uit de doelgroep. Het hof onderschreef het oordeel van de rechtbank dat de aanbiedingsplicht niet in strijd was met art. 6:237 sub j BW en dat de overeenkomst tot overdracht van het recht aan de erfverpachter redelijkerwijs van de erfpachter kon worden gevergd, mede gezien de daarbij gehanteerde met waarborgen omklede taxatieprocedure en het bestaan van een geschillenregeling.[153] De voor- en nadelen van de bedingen uit de algemene erf-

149 Rb. Rotterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5912, r.o. 4.8: "Gelet op de belangrijke voordelen die de Koopgarantregeling [gedaagden] biedt (aankoop van een woning tegen 75% van de marktwaarde en een terugkoopgarantie; zie 4.6), kan van [gedaagden] redelijkerwijze gevergd worden dat hij verplicht is de woning aan Stichting Woonbron te koop aan te bieden en te verkopen."

150 Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4140 (*erfpachters/Woonbron*), r.o. 3.4.

151 Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4140, r.o. 3.5. Een ietwat aangepaste formulering van de maatstaf uit art. 6:233 sub a BW.

152 Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4140, r.o. 3.6-3.7.

153 Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4140, r.o. 3.8-3.9.

pachtvoorwaarden en de wederzijds kenbare belangen maken, naar het oordeel van het hof, dat de bedingen niet onredelijk bezwarend en evenmin oneerlijk zijn. Bij deze belangenafweging spelen de overige bepalingen van de akte een doorslaggevende rol, de MGE-bepalingen zijn zeer uitgebreid en worden integraal in de vestigingsakte van het erfpachtrecht opgenomen. Daarnaast weegt het algemeen belang van de volkshuisvesting voor de erfverpachter mee in het oordeel of de beperking van de overdraagbaarheid onredelijk bezwarend is. Mijn indruk is dat de richtlijnconforme interpretatie van afd. 6.5.3 BW geen wezenlijke toevoeging aan het oordeel heeft gegeven. Feitelijk is in dit geval sprake van een overlap aan toetsingsmaatstaven. De afweging van voor- en nadelen leidt evengoed tot de conclusie dat het evenwicht tussen de uit de algemene erfpachtvoorwaarden voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen wel ten nadele van de erfpachter wordt verstoord, maar dat dit geen aanzienlijke verstoring kan worden geacht gezien de voordelen die er voor de erfpachter tegenover staan.

In een latere uitspraak toetste de rechtbank Gelderland, onder verwijzing naar het hierboven besproken arrest van het Hof Den Haag, ambtshalve de bedingen uit de MGE-regeling aan Richtlijn 93/13/EEG.[154] Tegenover de beperkingen die de MGE-bepalingen de erfpachters opleggen, die wel zwaarwegend zijn maar niet absoluut, staan dusdanige voordelen dat de regeling het evenwicht tussen partijen niet aanzienlijk verstoort.[155] Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de rechtbank Rotterdam in een zaak van erfpachters die bij terugverkoop van hun rechten aan de corporatie met een restschuld bleven zitten en in rechte vergeefs opkwamen tegen de terugkoopregeling.[156] De bepalingen uit de algemene voorwaarden betreffende de terugkoopprijs zijn niet onredelijk bezwarend, mede omdat daar voor de erfpachter voordelen tegenover staan.[157]

De toets van algemene erfpachtvoorwaarden aan de verbintenisrechtelijke algemene voorwaardenregeling is een volle toetsing waarbij alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, ongeacht de inhoud van de betreffende voorwaarde. Het feit dat de voorwaarde is opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden is bepalend voor de wijze van toetsing. Daarbij wordt de onderlinge verhouding tussen erfverpachter en erfpachter beoordeeld en wordt een beding vernietigd indien dit onredelijk bezwarend is voor de erfpachter. De richtlijnconforme interpretatie vormt een versterking van de tendens de nadruk te leggen op de onderlinge verhouding tussen partijen.

---

154 Rb. Gelderland 28 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2345 (*erfpachters/De Goede Woning*). Het feit dat de vordering van de erfpachters was verjaard stond aan die toetsing niet in de weg.

155 Rb. Gelderland 28 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2345, r.o. 5.23. Dat de erfpachters de woningen in 2008 tegen een hoge prijs hadden gekocht en de verkoopprijzen sindsdien waren gedaald zodat zij bij terugverkoop aan de corporatie met een verlies te maken hadden, maakte dat niet anders. De corporatie nam overigens de helft van het verlies voor haar rekening.

156 Rb. Rotterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4823 (*erfpachters/Woonbron*).

157 Rb. Rotterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4823, r.o. 4.16: "De rechtbank is van oordeel dat het vervallen van de korting bij terugkoop geen onredelijk bezwarend beding is. Er is, integendeel, sprake van een redelijk, voor de Kopers begunstigend beding, namelijk een aanzienlijke korting op de koopprijs. Dat deze korting niet onder alle omstandigheden geldt, neemt daaraan het redelijke karakter nog niet weg. Het beding blijft dan nog steeds redelijk, zij het dan in een minder grote mate dan de Kopers gewild zouden hebben. Een minder groot voordeel is echter nog geen nadeel. De Kopers lijden door de terugkoopplicht per saldo geen financieel nadeel. Door de terugkoopplicht vervalt slechts het financiële voordeel van de Kopers, zodat zij in zoverre weer terug bij af zijn."

3.4.7 Collectieve toetsing

In de zaak aangespannen door de Stichting Erfpachters Belang Amsterdam (SEBA) trad de belangenorganisatie van de erfpachters op op basis van art. 3:305a BW en voerde het hof Den Haag een toetsing uit van een groot aantal bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam als erfverpachter.[158] De op art. 3:305a BW gebaseerde collectieve actie tot bescherming van de belangen van alle aangesloten erfpachters staat naast de vordering die een belangenorganisatie op grond van art. 6:240 lid 1 BW kan instellen.[159] Het hof Amsterdam had dat in deze zaak miskend en ten onrechte een aantal vorderingen van SEBA verwezen naar het hof Den Haag.[160] Dit hof diende na verwijzing te beslissen op een aantal vorderingen van SEBA dat bepaalde bedingen in de algemene voorwaarden van de gemeente Amsterdam onredelijk bezwarend waren in de zin van art. 6:233 sub a BW en daarmee vernietigbaar. Qua inhoudstoetsing vertoont deze procedure overeenkomsten met de preventieve rechterlijke controle bij de collectieve actie van art. 6:240 BW. De toetsing geschiedt abstract, beoordeeld dient te worden, aan de hand van de aard en inhoud van de overeenkomsten waarvoor de voorwaarden bestemd zijn, in welke gevallen het beding verandering brengt in de rechtstoestand die bij gebreke van het beding zou hebben bestaan en of het beding in die gevallen doorgaans tot onredelijke resultaten zal leiden.[161] Hieronder worden de oordelen over de bedingen besproken die SEBA aan het hof Den Haag voorlegde en die geen betrekking hadden op canonherziening.

De bedingen die de procedure voor de benoeming van een derde deskundige regelden waren in hun algemeenheid niet onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW.[162] SEBA had aangevoerd dat op grond van deze bepalingen de deskundigen eenzijdig door de erfverpachter konden worden aangewezen. De bedoelde bedingen hielden een regeling in voor de aanwijzing van de derde deskundige indien de erfpachter niet binnen zes weken reageerde op het verzoek een deskundige aan te wijzen. Het hof achtte de termijn van zes weken niet zodanig kort dat het beding reeds om die reden en onafhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval als onredelijk bezwarend moest worden beschouwd. On-

158 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), bekrachtigd in cassatie, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*). De bedingen die betrekking hadden op canonherziening en eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden bij het einde van een tijdvak worden besproken in par. 5.6.6.4. Hier komt de toetsing van de andere bedingen aan de orde.

159 Wessels & Pavillon 2017, p. 469-470 en over deze zaak p. 480-481.

160 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 4.6.2: "Het bestaan van deze bijzondere procedure [op grond van art. 6:241 BW] staat niet eraan in de weg dat een belangenorganisatie op de voet van art. 3:305a BW een vordering instelt tot vernietiging van een beding in algemene voorwaarden op de grond dat dit onredelijk bezwarend is (zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22486, 3, p. 25). Hetzelfde geldt voor een vordering van een dergelijke organisatie tot verklaring voor recht dat een beding onredelijk bezwarend en daarom vernietigbaar is. Dergelijke vorderingen zijn immers niet gericht op de bijzondere gevolgen die zijn verbonden aan een uitspraak op grond van art. 6:241 BW."

161 Loos 2013, p. 291 en Wessels & Pavillon 2017, p. 474-475.

162 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.23-4.26. Deze vordering betrof art. 25 lid 7 AB 1915, art. 26 lid 6 AB 1934, art. 27 lid 6 AB 1937, art. 33 lid 3 sub d AB 1994 en art. 34 lid 3 sub d AB 2000. Art. 25 lid 7 AB 1915 luidde als volgt: "Indien binnen den termijn, gesteld in het 4e lid van dit artikel, de aanwijzing van den derden deskundige niet ter kennis is gebracht overeenkomstig de laatste zinsnede van het 5de lid van dit artikel, geschiedt de aanwijzing van den derden deskundige zoo spoedig mogelijk door den Gemeenteraad."

der omstandigheden kon dat anders zijn, maar dan kon de individuele erfpachter daartegen ageren.

Een boetebeding in algemene erfpachtvoorwaarden is niet in zijn algemeenheid onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW en titel 5.7 BW staat aan een boetebeding niet in de weg.[163] SEBA had zich op het standpunt gesteld dat de boete die de erfverpachter ingevolge deze bepalingen kon opleggen onevenredig hoog was en daarom op grond van art. 6:233 sub a BW en onderdeel e van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG onredelijk bezwarend was. Daarnaast voerde SEBA aan dat titel 5.7 BW geen boetebeding toestond. De bedingen kwamen erop neer dat de erfverpachter aan de erfpachter bij iedere niet behoorlijke of niet tijdige nakoming van zijn verplichtingen een boete kon opleggen tot een maximum van twintigmaal (in de AB 1915 en AB 1934) respectievelijk tienmaal (in de AB 1937, AB 1994 en AB 2000) het bedrag van de canon. Op grond van art. 28 lid 3 AB 1994 en art. 29 lid 3 AB 2000 kon de erfverpachter een extra boete van maximaal drie procent van de canon vorderen voor elke dag of gedeelte daarvan dat de niet tijdige of niet behoorlijke nakoming voortduurde. Het hof was van oordeel dat de onderhavige bedingen niet zonder meer als onredelijk bezwarend kunnen worden aangemerkt omdat de boete aan een maximum is gebonden en de erfverpachter bij het opleggen van een boete gebonden zal zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen. Onder omstandigheden kan dat anders zijn en moet aan de hand van de omstandigheden van elk specifiek geval, zoals de ernst en de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid worden beoordeeld of een boete onevenredig hoog is.[164] Titel 5.7 BW staat er niet aan in de weg dat in de algemene erfpachtvoorwaarden een boetebeding wordt opgenomen. Het hof laat zich niet uit over de vraag of een boetebeding zakelijke werking heeft. In de procedure in cassatie wordt in de conclusie, onder verwijzing naar de passage uit de parlementaire geschiedenis over het voldoende verband-vereiste, aangegeven dat titel 5.7 BW zich niet lijkt te verzetten tegen de zakelijke werking van een boetebeding in algemene erfpachtvoorwaarden.[165]

Het beding dat schade aan de onroerende zaak voor risico van de erfpachter brengt is in zijn algemeenheid niet onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW.[166] Het hof oordeelde dat het in het algemeen niet onredelijk is dat de erfpachter, die ingevolge het erfpachtrecht de onroerende zaak onder zich heeft

163 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.27-4.29. Deze vordering betrof art. 29 AB 1915, art. 30 AB 1934, art. 31 AB 1937, art. 28 AB 1994 en art. 29 AB 2000. Art. 29 lid 1 AB 1915 luidde als volgt: "Bij elke niet-nakoming van een der verplichtingen, welke den erfpachter ter zake van de hem verleende erfpacht zijn opgelegd, verbeurt deze, (…), een door Burgemeester en Wethouders op te leggen en te bepalen boete tot een maximum van twintig malen het bedrag van den canon ten bate van de gemeentekas, (…)."

164 Indien aan eenzelfde schending van de erfpachtvoorwaarden meerdere rechtsgevolgen worden verbonden, dient de rechter te onderzoeken of het cumulatieve effect van die rechtsgevolgen maakt dat sprake is van een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13/EEG, HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*) en HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, *NJ* 2017/347.

165 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:1233, bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371, par. 2.12.2-3. De conclusie wordt door de HR gevolgd, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

166 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.30-4.32. Deze vordering betrof art. 20 AB 1994 en art. 19 AB 2000. De wettelijke grondslag voor deze vergoedingen werd gevormd door respectievelijk art. 5:99 lid 1 BW en art. 5:87 lid 2 BW.

en gebruik ervan maakt, jegens de erfverpachter ervoor instaat dat derden geen schade aan die onroerende zaak toebrengen. Bij de uitoefening van haar bevoegdheden onder dit artikel is de gemeente als erfverpachter gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene rechtsbeginselen. Weliswaar laten zich situaties denken waarin het onderhavige beding onredelijk uitpakt, maar in voorkomend geval zal de erfpachter, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een beroep op de vernietiging van deze bepaling kunnen doen.

Als laatste beoordeelde het hof de uitleg van twee bedingen uit de algemene erfpachtvoorwaarden en kwam tot de conclusie dat het beding over de opstalvergoeding ingeval de erfpachter zijn recht opzegde een geheel andere bepaling was dan het beding over de vergoeding van de waarde van het recht ingeval de erfverpachter het recht opzegde wegens wanprestatie van de erfpachter.[167] SEBA had aangevoerd dat de tweede vergoeding beduidend hoger was dan de eerste en dat de erfverpachter daarmee had beoogd de opzegging door de erfpachter vanwege wijziging van de algemene bepalingen onaantrekkelijk te maken. Naar het oordeel van het hof ging het om twee geheel verschillende situaties die in de algemene bepalingen in beginsel ook verschillend mochten worden geregeld. Een erfpachter die de aangezegde nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden onaanvaardbaar vond had ook de mogelijkheid zijn erfpachtrecht te verkopen. Het hof concludeerde dat van een onredelijk bezwarend beding geen sprake was.

Geen van de door de belangenorganisatie van erfpachters aangevoerde grieven werd gegrond verklaard. De voorgelegde bepalingen uit verschillende algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam zijn in zijn algemeenheid op geen enkel punt onredelijk bezwarend voor alle erfpachters. Onder omstandigheden kan de toepassing van ieder beding worden getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW. Collectieve acties komen weinig voor.[168]

3.5 Richtlijnconforme interpretatie

In bovengenoemde zaken over MGE-bedingen werden de bepalingen getoetst aan een richtlijnconforme interpretatie van afd. 6.5.3 BW. Een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht omvat een uitleg van geschreven en ongeschreven recht in het licht van de bewoordingen en het doel van Richtlijn 93/13/EEG. De lidstaten van de Europese Unie zijn hiertoe gehouden op grond van art. 4 lid 3 VEU ter verzekering van een uniforme toepassing van het gemeen-

167 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.33-4.34. Deze vordering betrof art. 26 AB 1994 en art. 26 AB 2000. Dit oordeel werd bevestigd in cassatie, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

168 Loos 2013, p. 296, Wessels & Pavillon 2017, p. 471. Een recent voorbeeld van een toets in de zin van art. 3:305a BW vormt Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139 (*Belangenvereniging Erfpacht Zaanstad c.s./Zaanstad*), waarover onder meer r.o. 4.4, 4,6 en 4.10.

schapsrecht.[169] De nationale rechter is op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie verplicht bij de toepassing van het nationale recht op gevallen die onder het toepassingsbereik van Richtlijn 93/13/EEG vallen, de nationale bepalingen zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn teneinde het daarmee beoogde resultaat te bereiken.[170] De vereisten voor toepassing van Richtlijn 93/13/EEG omvatten dat het moet gaan om een beding waarover niet is onderhandeld, dat deel is gaan uitmaken van een overeenkomst gesloten na 31 december 1994 tussen een beroepsmatig handelende gebruiker en een consument en dat geen kernbeding betreft. Een beding wordt als oneerlijk beschouwd 'indien het, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort'.[171] Bij Richtlijn 93/13/EEG is een indicatieve en niet uitputtende lijst gevoegd van bedingen die worden vermoed oneerlijk te zijn in de zin van art. 3 lid 1 van de richtlijn. Dat een beding op deze lijst staat maakt het niet meteen oneerlijk, maar naar jurisprudentie van het Hof van Justitie kan de nationale rechter zijn beoordeling van het onredelijk bezwarende karakter van een beding mede baseren op het feit dat dit beding op de indicatieve lijst voorkomt.[172] Bedingen van de indicatieve lijst die een rol spelen bij erfpachtrechten zijn met name prijswijzigingenbedingen, boetebedingen en bedingen omtrent de eenzijdige wijziging van algemene voorwaarden.[173] Richtlijn 93/13/EEG is in het Nederlands recht omgezet in de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW.[174] Omdat Richtlijn 93/13/EEG geen directe werking heeft toetst de rechter aan de nationale algemene voorwaardenregeling, waarbij die regeling conform Richtlijn 93/13/EEG wordt uitgelegd. Bij een richtlijnconforme toetsing wordt de indicatieve lijst bij de richtlijn meegewogen, wordt gerefereerd aan criteria ontwikkeld in de rechtspraak van het Europese Hof voor Justitie en wordt gebruikgemaakt van de in de jurisprudentie van het Hof ontwikkelde vergelijkingsmethode. De nationale rechter dient de richtlijnconforme toetsing ambtshalve uit te voeren zodra hij over voldoende feitelijke en juridische gege-

169 Art. 4 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie: "Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. (…)." Het beginsel van loyale samenwerking was voorheen opgenomen in art. 10 EG-verdrag. De consumentenbeschermende richtlijnen berusten op art. 169 VWEU: "1. Om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Unie bij tot de bescherming van (…) de economische belangen van de consumenten (…)."

170 Dit volgt reeds uit het EU-Verdrag, Wissink 2017, p. 13: "De rechter zal krachtens het recht van de Europese Unie (art. 4 lid 3 VWEU, voorheen art. 10 van het EU-verdrag, het beginsel van loyale samenwerking) gehouden zijn de Nederlandse wetgeving 'richtlijnconform' uit te leggen." Zie voor een bespreking van de jurisprudentie van het Hof van Justitie Asser/Hartkamp *3-I* 2018/181-184.

171 Art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG.

172 Hijma 2016, p. 41: "Wel biedt de vermelding op de Europese lijst *steun* aan het oordeel dat het betrokken beding als onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW is te beschouwen; zie HvJ EU 26 april 2012, ECLI:EU:C:2012:242, *NJ* 2012/404, m.nt. Mok (*Invitel*), punt 26 ('een wezenlijk aspect waarop de bevoegde rechter zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding kan baseren')."

173 Respectievelijk indicatieve lijst sub l (bedingen die de verkoper het recht geven de prijs van de goederen te verhogen zonder dat de consument het overeenkomstige recht heeft de overeenkomst op te zeggen), sub e (bedingen die tot doel of tot gevolg hebben de consument die zijn verbintenissen niet nakomt een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen) en sub j (bedingen die tot doel of tot gevolg hebben de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen). Zie over de indicatieve lijst uitvoerig Jongeneel 2017a.

174 Aanvankelijk achtte de Nederlandse wetgever een aanpassing van de algemene voorwaardenregeling niet nodig, maar na kritiek van de Europese Commissie werd in 1999 een implementatiewet met onder meer de *contra proferentem* regel ingevoerd, *Stb*. 1999, 468. Zie over de omzetting Pavillon 2011, p. 70-71 en Wissink 2017, p. 12-13.

vens beschikt dat mogelijk sprake is van een oneerlijk beding, en hij dient het beding te vernietigen indien hij oordeelt dat het beding onredelijk bezwarend c.q. oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG is.[175]

Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgesproken over de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG op beperkte rechten, maar indien wordt aangenomen dat deze inhoudelijke beoordeling van toepassing is op erfpachtrechten die onder de reikwijdte van de richtlijn vallen, dan komt de beoordeling neer op het volgende. Centraal staat de beoordeling van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen die op het punt van het betreffende beding voor erfpachter en erfverpachter uit de vestigingsakte voortvloeien. De aandacht voor het evenwicht in wederzijdse belangen vormt het vernieuwende aspect van de richtlijnconforme toetsing. De nationale rechter dient zoveel mogelijk ervoor te zorgen dat het met Richtlijn 93/13/EEG beoogde resultaat wordt bereikt. Toegepast op erfpachtrechten is dat de bescherming van de erfpachter-consument tegen onredelijk bezwarende voorwaarden van de professionele erfverpachter-verkoper. Recente rechtspraak toont dat Richtlijn 93/13/EEG wordt toegepast op oneerlijke bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden.[176] Die rechtspraak wordt hierna besproken nadat eerst nader is aangeduid welke erfpachtverhoudingen onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG vallen.

3.5.1 Boetebedingen zelfbouwkavels

Bij de erfpachtuitgifte van zogenoemde zelfbouwkavels in uitbreidingswijk IJburg stelt de gemeente Amsterdam een flinke boete op het niet tijdig opleveren van de te bouwen woning. Waar in eerdere uitspraken dit boetebeding vergeefs werd aangevochten door erfpachters die om uiteenlopende redenen hun project niet tijdig konden afronden en werd geoordeeld dat het boetebeding niet kwalificeerde als een onredelijk bezwarend beding,[177] viel de toets aan Richtlijn 93/13/EEG in 2015 wel in het voordeel van de erfpachter uit, mede door het uitvoerig

175 HvJ EG 4 juni 2009, C-0243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*), punt 35. Het bepalende Nederlandse arrest hierover was HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), waarover onder meer Mak 2017. Zie uitvoerig over het vereiste van ambtshalve toetsing: Wissink 2017, p. 19-24 met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

176 Het Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, *RVR* 2017/3 (*Amsterdam/erfpachter*) bevestigde de vernietiging van een boetebeding uit de erfpachtaanbieding voor een zelfbouwkavel. Het Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*) vernietigde een canonherzieningsbeding in de algemene erfpachtvoorwaarden van Staatsbosbeheer. De Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*) bepaalde dat een canonherzieningsbeding, een eenzijdig wijzigingsbeding en een boetebeding uit particuliere erfpachtvoorwaarden geen werking hadden tussen partijen en hun rechtsopvolgers. De Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*) vernietigde een canonherzieningsbeding uit particuliere erfpachtvoorwaarden.

177 Hof Amsterdam 27 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9248 (*erfpachters/Amsterdam*), bevestiging van Rb. Amsterdam 31 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2304 (*erfpachters/Amsterdam*). In deze zaak werd het boetebeding opgelegd wegens termijnoverschrijding en in rechte getoetst aan art. 6:233 sub a BW. Rechtbank en hof oordeelden dat de aard van de overeenkomst zich niet verzette tegen een boetebeding en dat het beding geldig was, gezien het zwaarwegende algemene belang van de gemeente bij tijdige oplevering, de ruime bouwtermijn en de voordelen die voor de erfpachter aan het project waren verbonden. De erfpachters waren tevoren bekend met de risico's van termijnoverschrijding en waren die bewust aangegaan, het verweer dat de termijnoverschrijding mede aan de gemeente kon worden toegerekend werd afgewezen.

gemotiveerde beroep van de erfpachter op de richtlijn.[178] Van belang was ook dat op grond van jurisprudentie van het Hof van Justitie en de Hoge Raad uit 2013 het voor de rechter inmiddels niet meer mogelijk was een onredelijk bezwarend beding te wijzigen of aan te vullen of een boete te matigen omdat een afdoende bescherming van de belangen van de consument vereist dat een oneerlijk beding buiten toepassing zal blijven.[179]

De rechtbank Amsterdam verklaarde het boetebeding in de erfpachtovereenkomst onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW, zodat de erfpachter dit beding terecht had vernietigd en de gemeente geen recht had op de boete ter hoogte van € 100.000,- voor het niet tijdig bebouwen van de zelfbouwkavel.[180] De rechtbank kende daarbij bijzonder gewicht toe aan de omstandigheid dat het ging om een beding zoals opgenomen in de indicatieve lijst sub e bij Richtlijn 93/13/EEG: 'als oneerlijke bedingen kunnen worden aangemerkt bedingen die tot doel of gevolg hebben de consument die zijn verbintenissen niet nakomt, een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen'.[181] Daarnaast ging het om een voor een particulier zeer hoog boetebedrag van € 10.000,- voor iedere maand dat de bebouwing niet tijdig gereed was, als gevolg waarvan die particulier in financiële problemen kon geraken, terwijl de gemeente de hoogte van het bedrag niet had toegelicht en geen zichtbare schade leed.[182] Andere omstandigheden betroffen het feit dat de overeenkomst geen beëindigings- of ontbindingsmogelijkheid voor de erfpachter bevatte en de constatering dat de gemeente andere en minder ingrijpende maatregelen had kunnen nemen om het tijdig gereedkomen van de bebouwing te verzekeren.[183] De uitspraak is in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad na het arrest Heesakkers/Voets.[184]

178 Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, *RVR* 2014/107 (*Amsterdam/erfpachter*) en Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033, *RVR* 2016/8 (*Amsterdam/erfpachter*) gevolgd door Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, *RVR* 2017/3 (*Amsterdam/erfpachter*).

179 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*). In dit arrest bevestigt het Hof van Justitie de ambtshalve toetsing door de nationale rechter van oneerlijke bedingen en bepaalt dat een oneerlijk boetebeding niet kan worden gematigd, maar buiten toepassing moet blijven. De Hoge Raad bevestigde deze nieuwe leer in zijn arrest van HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), kort samengevat in de 'wenk'van de redactie van RVR bij Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, *RVR* 2014/107. Zie over boetebedingen ook Jongeneel 2017a, p. 356-371.

180 Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033. Het betrof een boetebeding dat in de erfpachtaanbieding, aanvaard op 23 juni 2006, was opgenomen onder het kopje 'erfpachtvoorwaarden' waarin algemene en bijzondere bepalingen van toepassing werden verklaard. Het beding was eveneens opgenomen in de vestigingsakte van 11 maart 2009, zie Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, r.o. 2.1.4 en 2.1.10.

181 Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033, r.o. 2.5: "Het onderhavige, als prikkel tot nakoming bedoelde, boetebeding heeft weliswaar niet tot doel om de schade op voorhand te fixeren. Toepassing van het beding leidt er ontegenzeggelijk wel toe dat [gedaagde] gehouden is een grote geldsom aan de gemeente te betalen. Aldus beschouwd, betreft het een beding als opgenomen in de blauwe lijst." Zie ook het tussenvonnis in deze zaak Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, r.o. 4.7-4.8. Jongeneel 2017a, p. 365 stelt dat de rechtbank het beding vergelijkbaar acht aan het boetebeding zoals opgenomen in de indicatieve lijst.

182 Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033, r.o. 2.6.

183 Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033, r.o. 2.7-2.8. Vgl. de criteria uit HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375 (*RWE*), samengevat bij punt. 55. De rechtbank ging voorbij aan het bovengenoemde arrest van het hof Amsterdam van 27 juli 2010 waarin de boete niet als onevenredig hoog werd beoordeeld omdat de belangenafweging in deze zaak anders lag en mede gezien de nadien in de rechtspraak uitgezette lijn.

184 De redactie van RVR in een 'wenk' bij Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033, *RVR* 2016/8 onder verwijzing naar Van der Hoek 2014.

Het hof bekrachtigde dit vonnis in hoger beroep.[185] Hier stond opnieuw de vraag centraal of het boetebeding onredelijk bezwarend was in de zin van een richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 sub a BW. Het hof bevestigde dat Richtlijn 93/13/EEG van toepassing was omdat er niet over het beding was onderhandeld, zodat ter beoordeling stond:

> '(…) of het beding, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort (artikel 3 lid 1 Richtlijn). Bij die beoordeling moeten alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (artikel 4 lid 1 Richtlijn). In het onderhavige geval acht het hof voor de omstandigheden die golden 'rond de sluiting van de overeenkomst' bepalend de omstandigheden op het moment van acceptatie door [geïntimeerde] van de erfpachtaanbieding van de gemeente waarin het boetebeding was opgenomen (zie rov. 2.l.4 en 2.1.5).'[186]

Het hof was van oordeel dat het de gemeente in beginsel was toegestaan contractuele boetes te hanteren en dat een boete van € 10.000,- per maand als zodanig niet onredelijk bezwarend was.[187] In de omstandigheden van het geval achtte het hof het beding in kwestie echter wel onredelijk bezwarend voor de erfpachter. Het beding bevatte namelijk geen maximumbedrag zodat de boete onbeperkt kon oplopen en de erfpachtovereenkomst bevatte voor de erfpachter geen mogelijkheid aan de werking van het boetebeding te ontkomen omdat hij verplicht was de erfpacht hoe dan ook voort te zetten. In dit specifieke geval was de erfpachter geen redelijke bouwtermijn gegund en was hij onvoldoende in staat gesteld om op tijd een bouwvergunning te verkrijgen zodat, cumulatief genomen, het hof van oordeel was dat het boetebeding onredelijk bezwarend was als bedoeld in art. 6:233 sub a BW, richtlijnconform uitgelegd.[188]

In het oordeel van het hof werd het beding op de indicatieve lijst sub e meegewogen, hoewel dat alleen ziet op boetebedingen die de schade fixeren op een bepaald bedrag en de primaire functie van de boete in dit geval een prikkel tot nakoming was.[189] In het algemeen is handhaving van de contractuele verplichting het gebouw op de zelfbouwkavel tijdig op te leveren met behulp van een boete van € 10.000,- per maand redelijk omdat de verplichting tijdig op te leveren voldoende zwaarwegend is om nakoming met een boetebeding te bevorderen. Daarmee is de boete op zich niet onredelijk bezwarend, maar dient in de omstandigheden van het geval beoordeeld te worden of de boete 'onevenredig hoog' is in

185 Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, *RVR* 2017/3 (*Amsterdam/erfpachter*).
186 Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, r.o. 3.2.
187 Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, r.o. 3.3-3.4: "Met [geïntimeerde] is het hof van oordeel dat dit weliswaar voor een particulier een hoog bedrag betreft, maar een hoog bedrag is ook vereist wil een beding in een situatie als de onderhavige een effectieve prikkel tot nakoming vormen. Het hof komt in zoverre in de onderhavige zaak tot hetzelfde oordeel als werd gegeven in het arrest van dit hof van 27 juli 2010 (ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9248) dat eveneens zelfbouw op het Steigereiland betrof en in welke zaak de maandelijkse boete eveneens € 10.000,- betrof."
188 Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, r.o. 3.5-3.10. De te korte bouwtermijn, de periode gelegen tussen de datum waarop de bouwvergunning moest zijn aangevraagd en de datum waarop de bebouwing voltooid moest zijn, kwam voor rekening van de gemeente.
189 Jongeneel 2017a, p. 357.

verhouding tot het met het boetebeding voor de gemeente gediende belang.[190] De toetsing vond plaats aan de hand van de omstandigheden van het geval, met meeweging van een onderdeel van de indicatieve lijst en in lijn met de nationale en EU-jurisprudentie omtrent onredelijk bezwarende boetebedingen, en aan de hand van gebeurtenissen die zich na de sluiting van de overeenkomst hadden voorgedaan.

3.5.2 Reikwijdte Richtlijn 93/13/EEG: hoedanigheid partijen

Het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13/EEG brengt mee dat de hoedanigheid van de contractspartijen bepalend is voor de vraag of een bepaalde overeenkomst onder de reikwijdte van de richtlijn valt. Het criterium daarbij is of partijen in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen, zoals bepaald in art. 2 Richtlijn 93/13/EEG, uitgelegd naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie.[191] Richtlijn 93/13/EEG is daarmee van toepassing op erfpachtverhoudingen waarbij de erfverpachter een professional is die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf en de erfpachter een natuurlijk persoon die handelt voor doeleinden gelegen buiten de uitoefening van zijn beroep of bedrijf.

In 2017 is in jurisprudentie de vraag aan de orde gekomen of een andere verhouding ook onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG kan vallen. In een geschil over de uitleg van een canonherzieningsbeding deed de erfpachter een beroep op de bescherming van Richtlijn 93/13/EEG.[192] De erfpachter was een besloten vennootschap en viel als zodanig niet onder de bescherming van de richtlijn, aldus het hof.[193] De erfpachter betoogde vergeefs dat de vennootschap het erfpachtrecht niet had verkregen in het kader van een beroepsmatige activiteit, maar alleen was opgetreden als beheerder van het vermogen van de natuurlijke persoon.[194] In cassatie deed de Hoge Raad het beroep af met toepassing van art. 81 RO. In zijn conclusie over de klacht omtrent de reikwijdte refereerde A-G Wissink aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin was bepaald dat alleen

190 Jongeneel 2017a, p. 370. In het algemeen worden ongelimiteerde niet-gespecificeerde boetebedingen uit consumentenovereenkomsten sinds het arrest Asbeek Brusse vaak vernietigd. Zie Wolters 2017 voor een systematische analyse van lagere rechtspraak over boetebedingen na dit arrest.

191 Art. 2 Richtlijn 93/13/EEG bevat definities van de begrippen consument en verkoper, herhaald in bijvoorbeeld HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*), punt 30 en HvJ EU 15 januari 2015, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14, *NJ* 2015/331, m.nt. B.J. Drijber (*Šiba*), punt 21.

192 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559, *RVR* 2017/51 (*erfpachter/Staat*).

193 Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3477 (*erfpachter/Staat*), r.o. 2.5: "Richtlijn 93/13/EEG strekt tot bescherming van consumenten. Als consument wordt in artikel 2 van de Richtlijn omschreven de natuurlijke persoon die bij een onder de Richtlijn vallende overeenkomst handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Deze beperking tot natuurlijke personen is door het Hof van Justitie van de EG in 2001 uitdrukkelijk bevestigd (C-541/99, *Idealservice*). [appellante] is geen natuurlijke persoon maar een besloten vennootschap."

194 Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3477, r.o. 2.5: "Het betoog van [appellante] dat zij bij de overdracht van het erfpachtrecht aan haar niet is opgetreden ten behoeve van een beroep of bedrijf, maar slechts als beheerder van het vermogen van de natuurlijke persoon [betrokkene 1] maakt, wat daarvan overigens ook zij, niet dat [appellante] als natuurlijke persoon kan worden aangemerkt."

natuurlijke personen kunnen vallen onder de definitie van een consument in de zin van art. 2 onder b Richtlijn 93/13/EEG.[195]

Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Idealservice* in antwoord op prejudiciële vragen verduidelijkt dat het begrip 'consument' zoals omschreven in artikel 2, sub b, van de richtlijn, aldus moet worden uitgelegd, dat het uitsluitend betrekking heeft op natuurlijke personen.[196] Het door Richtlijn 93/13/EEG gehanteerde begrip consument is een objectief begrip dat losstaat van de concrete kennis waarover de betrokkene kan beschikken of van de informatie waarover die persoon werkelijk beschikt.[197] Het begrip consument wordt daarmee situationeel gedefinieerd, in relatie tot een bepaalde rechtshandeling.[198] Het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13/EEG strekt zich niet uit tot rechtspersonen, ook niet als deze handelen als vertegenwoordiger van een consument. Een ander geval vormt de situatie van een 'gemengde overeenkomst' waarin het doel van de handeling door een natuurlijk persoon deel particulier en deels bedrijfsmatig is.[199]

Bij erfpachtverhoudingen is Richtlijn 93/13/EEG niet van toepassing indien de erfpachter een rechtspersoon is en moet, indien de erfpachter een natuurlijk persoon is, beoordeeld worden met welk doel de erfpachter bij vestiging van zijn recht handelde om te kunnen bepalen of de richtlijn van toepassing is. Of dat doel betrekking had op activiteiten verbonden aan het beroep of bedrijf van de erfpachter zal met name blijken uit de bij vestiging afgesproken bestemming van het erfpachtrecht. Een bestemming bedrijvigheid geeft daarbij een andere invulling dan de bestemming woning of recreatiewoning, al kan een woning door een particulier niet alleen voor eigen verblijf, maar ook als beleggingsobject worden

195 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:72, bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559 (*erfpachter/Staat*), par. 3.9: "Ambtshalve toepassing van Richtlijn 1993/13/EEG is voorgeschreven binnen het toepassingsbereik van de richtlijn. Deze richtlijn ziet op overeenkomsten tussen een 'verkoper' en een 'consument' (art. 1 lid 1). Een consument is 'iedere natuurlijke persoon die bij de onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen' (art. 2 onder b). Het HvJ EU heeft geoordeeld dat dit begrip uitsluitend betrekking heeft op natuurlijke personen. De Richtlijn is niet van toepassing nu [eiseres] een rechtspersoon is en dus geen consument. Het Unierecht verplichtte het hof daarom niet tot ambtshalve toepassing van de bepalingen uit de richtlijn."

196 HvJ EG 22 november 2001, C-541/99, ECLI:EU:C:2001:625 (*Idealservice*), punt 17. De opvatting van de Spaanse regering dat het gemeenschapsrecht niet uitsloot dat aan rechtspersonen de hoedanigheid van consument werd verleend, was in het kader van Richtlijn 93/13/EEG onjuist, punt 14.

197 HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *NJ* 2016/339, m.nt. M.B.M. Loos (*Costea*), punt 21. Een advocaat die een kredietovereenkomst had gesloten waarbij het doel niet duidelijk zakelijk of persoonlijk was gedefinieerd handelde als consument, de kennis die hij aan zijn beroep kon ontlenen speelde daarbij geen rol.

198 Conclusie van A-G Cruz Villalón van 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:271, bij HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *NJ* 2016/339, m.nt. M.B.M. Loos (*Costea*), punt 24-28 waarin hij opmerkt dat het bij het begrip 'consument' gaat om 'een objectief en functioneel begrip', 'dat situationeel wordt gedefinieerd, dat wil zeggen, in relatie tot een specifieke rechtshandeling'.

199 Indien een natuurlijk persoon een beroep of bedrijf uitoefent en het bij een bepaalde overeenkomst niet duidelijk is of dat contract wordt gesloten in de uitoefening van het beroep of bedrijf of voor privédoeleinden, wordt door het Hof van Justitie blijkens recente rechtspraak een functioneel criterium gehanteerd, namelijk of de betrokken contractuele band 'deel uitmaakt van activiteiten die niets te maken hebben met de uitoefening van een beroep of bedrijf', HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *NJ* 2016/339, m.nt. M.B.M. Loos (*Costea*), HvJ EU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (*Tarcao*), HvJ EU 14 september 2016, C-534/154, ECLI:EU:C:2016:700 (*Dumitras*). Hierover Hartkamp 2017b, p. 222-223. Dit betrof gevallen waarin een natuurlijk persoon borg stond voor de schulden van een vennootschap en de nationale rechter diende te beoordelen 'of die persoon had gehandeld in het kader van zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit of op grond van functionele banden die hij met die vennootschap had, zoals het beheer daarvan of een niet onaanzienlijke deelneming in het maatschappelijk kapitaal ervan, dan wel had gehandeld voor privédoeleinden'. Dit soort 'gemengde overeenkomsten' doen zich in de hier besproken jurisprudentie niet voor.

aangeschaft. Of bij twijfel acht kan worden geslagen op partijbedoelingen die niet uit de vestigingsakte blijken lijkt mij niet goed te verenigen met de objectieve uitleg van notariële aktes. De Europese jurisprudentie over Richtlijn 93/13/EEG is tot nu toe specifiek gericht op overeenkomsten, het Hof van Justitie heeft nog geen oordeel geveld over de vestiging van beperkte rechten.

Op grond van de jurisprudentie van het Hof dient de nationale rechter die oordeelt over een overeenkomst die onder de werking van Richtlijn 93/13/EEG kan vallen na te gaan of de wederpartij bij de overeenkomst als 'consument' in de zin van die richtlijn kan worden aangemerkt. Hij dient daarbij rekening te houden met alle bewijsstukken en in het bijzonder met de bewoordingen van die overeenkomst, en daarnaast met alle omstandigheden van het geval, met name met de aard van het goed of de dienst waarop de betrokken overeenkomst betrekking heeft en waaruit kan blijken met welk doel dat goed is gekocht of die dienst is ontvangen.[200] In goederenrechtelijke verhoudingen blijft deze toets beperkt tot hetgeen uit de vestigingsakte, inclusief de algemene erfpachtvoorwaarden, en eventueel uit de opvolgende leveringsakte(s) blijkt. In het geval van de besloten vennootschap als erfpachter werd in de uitspraken van het hof geen aandacht besteed aan de bestemming van de in erfpacht uitgegeven onroerende zaak of aan de hoedanigheid van de eerste erfpachter en werd de hoedanigheid van de opvolgende erfpachter uitsluitend beoordeeld op grond van de leveringsakte.[201] Nu de erfpachter geen natuurlijk persoon was, was toepassing van Richtlijn 93/13/EEG uitgesloten, maar had de erfpachter nog wel een beroep kunnen doen op de open norm van art. 6:233 sub a BW. De inhoudstoetsing is dan niet beperkt tot partijen in een bepaalde hoedanigheid en bij die toetsing had de bestemming uit de akte van vestiging een rol kunnen spelen. Indien die bestemming wonen is en de eerste erfpachter de hoedanigheid van consument heeft, wordt naar mijn mening niet buiten het goederenrechtelijk kader getreden door deze aspecten mee te wegen bij de beoordeling van de vraag of de huidige erfpachter bescherming kan ontlenen aan de algemene voorwaardenregeling.[202] Rechtspraak over wijziging van hoedanigheid bij rechtsopvolging komt in de volgende paragraaf aan de orde.

In een vonnis van de rechtbank Amsterdam uit 2017 werden drie bedingen uit particuliere erfpachtvoorwaarden richtlijnconform getoetst aan art. 6:233 sub a BW.[203] De wijze van toetsing komt later aan de orde, hier besteed ik alleen aandacht aan de hoedanigheid van partijen. Het recht betrof een Amsterdams pand dat was gesplitst in twee appartementsrechten, een appartementsrecht voor een winkel op de begane grond en een appartementsrecht voor wonen op de vier ver-

200 HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *NJ* 2016/339, m.nt. M.B.M. Loos (*Costea*), punt 22-23.

201 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559, *RVR* 2017/51 (*erfpachter/Staat*).

202 Ik heb uit de gepubliceerde uitspraken van hof en Hoge Raad niet kunnen opmaken of de erfpachter bij uitgifte een consument was. Vgl. Wissink 2018, par. 4.4 die ervan uit gaat dat de eerste erfpachter een consument was en de vraag stelt of de rechtsopvolger-rechtspersoon zich dan kan beroepen op de bescherming van de richtlijn: "De vraag is echter of de bescherming van de Richtlijn ook dit geval omvat, nu de nieuwe erfpachter als rechtspersoon geen consument kan zijn. Onduidelijk is wat mij betreft of de Richtlijn in een dergelijk geval vereist dat de door haar aan de consument geboden bescherming behouden blijft."

203 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*).

diepingen daarboven. Het appartementsrecht wonen werd in eigendom overgedragen door de eigenaar, een vennootschap, aan zijn bestuurder, onder voorbehoud van vestiging van een erfpachtrecht.[204] Het resultaat was een natuurlijk persoon als particuliere erfverpachter en een vennootschap als erfpachter. De erfpachter splitste het recht vervolgens in vier appartementsrechten en verkocht deze als vier afzonderlijke woningen, waarna de vennootschap als erfpachter werd vervangen door vier appartementseigenaars-erfpachters met ieder een onverdeeld aandeel in het erfpachtrecht. De eiser in deze zaak was de appartementseigenaar van de vierde woonlaag. Hij had daar zijn hoofdverblijf en was gerechtigd tot een vierde aandeel in het erfpachtrecht. Deze appartementseigenaar-erfpachter kwalificeert als consument, de hoedanigheid van de overige drie appartementseigenaars blijkt niet uit het vonnis. Bij de splitsing van het erfpachtrecht (dat zelf ook al gevestigd was op een appartementsrecht) in appartementsrechten bleef het erfpachtrecht als één geheel bestaan en ontstonden vier appartementsrechten met ieder een vierde aandeel in het erfpachtrecht. De algemene erfpachtvoorwaarden gelden jegens allen met een onverdeeld aandeel in het erfpachtrecht[205] en de canon werd verdeeld over de vier appartementsrechten.[206]

Ook in de zaak Meurs/Newomij, behandeld in par. 3.4.3, ging het om een erfpachtrecht dat was gesplitst in appartementsrechten.[207] De rechtbank had de vordering van een appartementseigenaar mede afgewezen omdat alleen de vereniging van eigenaars (VvE) als erfpachter bevoegd zou zijn een beroep te doen op de vernietigbaarheid van het taxatierapport en het beding uit de algemene erfpachtvoorwaarden.[208] Het hof honoreerde de tegen dat oordeel gerichte grief omdat de bevoegdheden die verbonden waren aan het erfpachtrecht bij de splitsing in appartementsrechten waren overgegaan op de gerechtigden tot de appartementsrechten.[209] De rechtbank had ten onrechte overwogen dat alleen de VvE een beroep kon doen op de vernietigbaarheid van het taxatierapport.[210] Het hof beoordeelde de vernietiging van het taxatierapport en het boetebeding uit de algemene voorwaarden zoals gevorderd door de appartementseigenaar. De splitsing in appartementsrechten kwam in cassatie niet meer aan de orde. Een appartementsei-

204 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 2.1: "Bij akte van 31 juli 2007 droeg de besloten vennootschap P&H Holding B.V. aan haar bestuurder [gedaagde] over het bloot eigendom, onder het voorbehoud van het recht van erfpacht, van (…)."

205 Zie Van Velten & Vonck 2016, p. 88-89 over de verdeling van de erfpachtverplichtingen. Anders: Van Oostrom-Streep & Rhee 2014 die geen verschillende erfpachtvoorwaarden per appartementsrecht aannemen.

206 Art. 5:115 jo. art. 5:113 lid 2 BW, tenzij in het reglement een andere regeling is getroffen, bijvoorbeeld naar rato van de oppervlakte. Zie ook HR 6 november 1998, *NJ* 1999/131, ECLI:NL:HR:1998:ZC2767 (*Karting-Bouwmans c.s./Rotterdam*), waar de verdeling in de erfpachtvoorwaarden was opgenomen.

207 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/115, m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*), r.o. 3.1 onder iv: het erfpachtrecht werd gesplitst in 32 appartementsrechten, verdeeld over 8 winkels en 24 woningen. Eiser in deze zaak was gerechtigd tot vijf appartementsrechten.

208 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 5.3 hof: "De rechtbank heeft overwogen dat de VvE thans in de plaats van Eigen Bezit als erfpachtster moet worden beschouwd. De rechtbank heeft hieraan de gevolgtrekking verbonden dat alleen de VvE, en niet de afzonderlijke appartementseigenaars, een beroep kunnen doen op de vernietigbaarheid van het taxatierapport. Op deze grond heeft de rechtbank het beroep van Meurs c.s. op vernietiging van het rapport verworpen. Hiertegen is de eerste grief gericht."

209 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 5.3.1 hof: "Deze grief slaagt. Door de splitsing van het recht van erfpacht in appartementen is dit recht overgegaan op de gerechtigden tot de appartementsrechten, aangeduid als appartementseigenaars. Bij de splitsing is tussen de appartementseigenaars een bijzondere vorm van gebonden gemeenschap ontstaan, die dient te worden onderscheiden van de VvE. Het recht van erfpacht maakt dan ook geen deel uit van het vermogen van de VvE. De VvE heeft slechts het behartigen van de gemeenschappelijke belangen van de appartementseigenaars tot doel, vgl. art. 5:112 lid 1 onder e BW."

210 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 5.3.3 hof.

genaar die gerechtigd is tot een onverdeeld aandeel in een erfpachtrecht en ten aanzien van wie alle bevoegdheden en verplichtingen uit dat erfpachtrecht onverkort gelden, is eveneens bevoegd een vordering in te stellen betreffende dat erfpachtrecht.[211]

Toen de appartementseigenaar uit de Amsterdamse zaak zijn recht wilde verkopen stuitte hij op een rode notariële opinie die zijn woning onverkoopbaar maakte. Een notariële opinie is een toets van de erfpachtvoorwaarden van particuliere erfverpachters aan criteria opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken, de opinie is 'groen' als de voorwaarden aan alle criteria voldoen en 'oranje' of 'rood' als de voorwaarden niet aan alle criteria voldoen.[212] De opinie fungeert als signaal voor financiële dienstverleners dat een lening tegen een hypotheek op het erfpachtrecht risicovol is. De appartementseigenaar vernietigde de drie bedingen die de onverkoopbaarheid veroorzaakten en stapte naar de rechter. De rechtbank stelde vast dat Richtlijn 93/13/EEG van toepassing was nu de particuliere erfverpachter handelde in het kader van zijn beroep of bedrijf.[213] Voor bedrijfsmatig handelen is niet vereist dat het uitbaten van vastgoed de enige of belangrijkste beroepsactiviteit van de erfverpachter is. Dat de erfpachter aan wie het recht werd uitgegeven een vennootschap was werd niet in de beoordeling betrokken, althans was 'niet relevant' en dat de eiser kwalificeerde als consument in de zin van de richtlijn bleef impliciet. Er was dus sprake van een wijziging van hoedanigheid, in dit geval bij appartementensplitsing gevolgd door overdracht van de appartementsrechten.

Dat mogelijk niet alle appartementseigenaars konden worden beschouwd als consument in de zin van Richtlijn 93/13/EEG speelde een rol bij het oordeel. Nadat de rechtbank had vastgesteld dat drie bedingen uit de algemene erfpacht-

211 Vonck, in: *GS Zakelijke Rechten*, titel 7 Boek 5 BW, aant. 8.1.1: 'Splitsing van erfpacht in appartementsrechten. Algemeen' (online, bijgewerkt 30 januari 2018): "De appartementsgerechtigde zit verder vast aan alle (overige) verplichtingen die voor de erfpachter uit het erfpachtrecht voortvloeien." In Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*) was ook sprake van een vordering van een appartementseigenaar. De rechtbank oordeelde dat vernietiging van het betreffende beding uit de algemene erfpachtvoorwaarden niet mogelijk was in verband met de belangen van de andere appartementseigenaars en verklaarde dat het beding geen toepassing kon vinden tussen erfverpachter en erfpachter. Die verklaring voor recht zat (r.o. 4.19) 'als het mindere, besloten in de gevorderde verklaring voor recht dat de bedingen nietig zijn'.

212 Bron: <www.nvb.nl/thema-s/wonen/200/particuliere-erfpacht.html>, geraadpleegd op 3 maart 2018. De NVB-criteria houden het volgende in. De economische crisis van 2008 was reden voor banken om de criteria voor woninghypotheken aan te scherpen. Particuliere erfverpachters hielden naar het oordeel van de banken vaak onvoldoende rekening met de belangen van erfpachters en financiers doordat zij doorgaans eenzijdig de erfpachtovereenkomst konden aanpassen, met een plotselinge forse lastenstijging voor de woningbezitter tot gevolg. Als gevolg van dat soort bepalingen in particuliere erfpachtvoorwaarden werden deze rechten moeilijker financierbaar en de woningen dus moeilijker te verkopen. De Nederlandse Vereniging van Banken stelde in 2011 samen met makelaars en het notariaat criteria op voor de financierbaarheid van woningen op particuliere erfpacht, aan de hand waarvan kan worden getoetst of een erfpachtcontract van voor 1 januari 2013 voldoende bescherming biedt aan erfpachters en banken. Voor de beoordeling van erfpachtrechten gevestigd na 1 januari 2013 zijn de criteria uitgewerkt in een richtlijn. De erfpachtvoorwaarden worden getoetst aan die criteria door het notariaat en voor het uitvoeren van die toets is een document ontwikkeld dat een 'opinie' wordt genoemd. Dit betekent dat banken niet aan de opinie zijn gebonden en bij hun financieringsbeslissing van de opinie kunnen afwijken.

213 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.2: '[gedaagde] verricht een dienst, namelijk het ter beschikking stellen van het gebruik van het appartement, tegen betaling van de jaarlijkse canon. Dat is een privaatrechtelijke beroepsactiviteit, zoals bedoeld in de Richtlijn (…). Daarvoor is niet vereist dat het uitbaten van vastgoed het enige 'beroep' (in de zin van onderneming of dienstbetrekking) van [gedaagde] is. Ook is niet relevant dat P & B Holding B.V. de verkopende partij is geweest en evenmin is van belang dat de Algemene Bepalingen op goederenrechtelijk wijze tussen [eisers gezamenlijk] en [gedaagde] zijn gaan gelden.'

voorwaarden onredelijk bezwarend waren kon daaraan echter niet het rechtsgevolg vernietiging worden verbonden, vanwege de gebondenheid van de drie andere appartementseigenaars aan die erfpachtvoorwaarden.[214] In plaats daarvan verklaarde de rechtbank voor recht dat de drie bedingen geen werking zullen hebben tussen de erfverpachter en eiser en evenmin tussen hun beider rechtsopvolgers.[215] Het gevolg van deze constructie is dat de drie andere appartementseigenaars zich jegens de erfverpachter eenvoudig op het vonnis kunnen beroepen om de bedoelde bedingen, eventueel collectief, te vernietigen en dan alleen nog hoeven aan te tonen dat zij consumenten zijn in de zin van de richtlijn.[216]

Ook in een ander vonnis van de rechtbank Amsterdam uit 2017 werd een beding uit particuliere erfpachtvoorwaarden richtlijnconform getoetst aan art. 6:233 sub a BW.[217] Ook ten aanzien van dit vonnis komt de wijze van toetsing later aan de orde en gaat het hier alleen om de hoedanigheid van partijen. Het erfpachtrecht in kwestie betrof een perceel met daarop een woning en werd gevestigd in 1980 door een beleggingsfonds als erfverpachter ten behoeve van een aan dat fonds gerelateerde beleggingsmaatschappij als erfpachter.[218] Beide vennootschappen waren ondernemingen van dezelfde natuurlijke persoon. Eenzelfde constructie werd gehanteerd bij de twee zaken tegen dezelfde erfverpachter die de rechtbank gevoegd behandelde. Telkens werd een perceel met daarop een woning tegen een koopprijs voor de woning en een lage canon in erfpacht uitgegeven met in de vestigingsakte een beding dat canonherziening iedere vijf of tien jaar mogelijk maakte op ondoorzichtige voorwaarden.[219] De huidige partijen waren een vastgoedbelegger en een woningbezitter, beiden rechtsopvolgers. De erfpachter ondervond problemen bij de verkoop van zijn recht, een rode notariële opinie vanwege het canonherzieningsbeding uit de particuliere erfpachtvoor-

214 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.18: "Op grond van de tekst van de verbeterde aktes gaat het om een appartementsrecht op het recht van erfpacht (op een appartementsrecht) en niet om een erfpachtrecht op individualiseerbare appartementsrechten. Daaruit volgt dat een wijziging van de erfpachtvoorwaarden (van het in appartementsrechten gesplitste recht van erfpacht) ook gevolgen heeft voor de verhouding tussen de erfverpachter en de andere appartementsgerechtigden. Vernietiging van deze bedingen of voor recht verklaren dat bedingen vernietigd zijn zou immers ook (goederenrechtelijke) werking hebben tussen [gedaagde] en de andere appartementsgerechtigden. Nu die andere appartementsgerechtigden geen partij zijn in dit geding (en niet vast staat dat de andere appartementsgerechtigden consumenten zijn die aan de Richtlijn bescherming kunnen ontlenen) kan de rechtbank in die rechtsverhoudingen niet ingrijpen. De vorderingen zoals die zijn ingesteld, zijn dus niet toewijsbaar."

215 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.19: "Om maximale effectiviteit van de Richtlijn te waarborgen, zal de rechtbank wel voor recht verklaren dat alle drie de bedingen (…) geen werking hebben tussen [gedaagde] en [eisers gezamenlijk] of hun rechtsopvolgers. Die verklaring voor recht zit, als het mindere, besloten in de gevorderde verklaring voor recht dat de bedingen nietig zijn. Dit vonnis betreft de bevoegdheid van (rechtsopvolgers van) [gedaagde] om de canon aan te passen voor het appartementsrecht van [eisers gezamenlijk] op het erfpachtrecht. Dit vonnis betreft daarom de rechtstoestand van het appartementsrecht van [eisers gezamenlijk] en kan op grond van artikel 3:17 lid 1 sub e BW worden ingeschreven in de openbare registers."

216 Het vonnis heeft echter nog geen gezag van gewijsde nu de erfverpachter begin 2018 hoger beroep heeft ingesteld.

217 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*).

218 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 2.1: "Bij akte van 2 september 1980 heeft Beleggingsmaatschappij [naam beleggingsmaatschappij] (…), een onderneming van [naam] (…), aan [naam beleggingsfonds] (…), tevens een onderneming van [naam], een perceel grond met het daarop gebouwde winkel/woonhuis gelegen te Amsterdam aan de [adres] verkocht voor een koopprijs van fl 1.000,-. In dezelfde akte heeft [naam beleggingsfonds] ten behoeve van [naam beleggingsmaatschappij] een recht van erfpacht gevestigd ten aanzien van dit perceel. De aanvangscanon bedroeg fl 100,00 (€ 45,38) per jaar."

219 Vgl. de constructie besproken in *NRC Handelsblad* van 17 november 2017, p. E8-11 onder de kop 'Wie krijgt de erfpachtmiljoenen?'.

waarden maakte zijn recht onoverdraagbaar. De erfpachter vernietigde het beding omdat het onredelijk bezwarend was in de zin van art. 6:233 sub a BW en deed in rechte een specifiek beroep op de richtlijnconforme interpretatie van de algemene voorwaardenregeling.[220] De rechtbank oordeelde dat Richtlijn 93/13/EEG van toepassing was omdat de erfverpachter kwalificeerde als verkoper.[221] Ook hier werd niet expliciet in de beoordeling betrokken dat de erfpachter aan wie het recht werd uitgegeven een vennootschap was en dat de eiser kwalificeerde als consument in de zin van Richtlijn 93/13/EEG bleef impliciet net als de wijziging van hoedanigheid.

3.5.3 Wijziging hoedanigheid bij rechtsopvolging

Wat de gevolgen zijn voor de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG bij een verandering van hoedanigheid van de wederpartij is nog niet aan de orde geweest in de rechtspraak van het Hof van Justitie. In de Nederlandse literatuur is betoogd dat voor de voorvraag van de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG gekeken moet worden naar de rechtsverhouding in geschil en dat de beoordeling van de oneerlijkheid van het beding in kwestie moet geschieden naar de hoedanigheid van de contractspartijen op het moment van het vestigen van het erfpachtrecht.[222] De inhoud van het recht wordt immers niet beïnvloed door omstandigheden die zich na vestiging hebben voorgedaan.[223] Ook de inhoudstoets of een beding oneerlijk is in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG gaat uit van een beoordeling naar het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst.[224] Wel kan op grond van een voorzienbaarheidscriterium worden afgeweken van de hoedanigheid van partijen bij vestiging.[225]

Indien een erfpachtrecht met de bestemming wonen wordt uitgegeven aan een consument en deze zijn recht overdraagt aan een rechtspersoon zonder dat daarbij de bestemming of andere inhoud van het recht wordt gewijzigd, valt de rechtsverhouding met de rechtsopvolger niet onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG. Indien de rechtsopvolger een vastgoedbelegger is die de (recreatie)

---

220 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.2: '[eisers] stelt dat de erfpachtvoorwaarden algemene voorwaarden zijn in de zin van het Burgerlijk Wetboek en de Europese richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn) en dat artikel 2 van deze voorwaarden onredelijk bezwarend is, zodat dit artikel nietig of vernietigbaar is. SVBN betwist niet dat de nationale en de Europese regelingen voor algemene voorwaarden van toepassing zijn.'

221 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.3: "SVBN verricht een dienst, namelijk het ter beschikking stellen van het gebruik van de woning, tegen betaling van de jaarlijkse canon. Dat is een privaatrechtelijke beroepsactiviteit, zoals bedoeld in de Richtlijn (…). Omdat de erfpachtvoorwaarden binnen het toepassingsbereik van de Richtlijn vallen, moet de rechtbank de Nederlandse regeling van algemene voorwaarden richtlijnconform uitleggen. Dat betekent dat – (…) de rechtbank in beginsel de Nederlandse regeling van artikel 6:231 BW en verder moet toepassen." De passage is vrijwel identiek aan die van Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.2.

222 Zie par. 3.3. De verschillende standpunten werden besproken door Wissink 2018, par. 4.2.

223 Vonck 2013, p. 176-177 ten aanzien van de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW.

224 Art. 4 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Wissink 2018, par. 3.4.

225 Wissink 2018, par. 4.4: "Er lijkt iets te wringen met de conclusie dat de Richtlijn in een dergelijk geval [het arrest HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (*SEBA c.s./Amsterdam*)] geen bescherming kan bieden. (…) in dit geval [is] voor de gebruiker van de algemene voorwaarden (de gemeente) van het begin voorzienbaar dat zij te maken zou krijgen met consumenten als wederpartij/erfpachter. (…) voorts rijst de vraag of Europeesrechtelijke begrippen als de nuttige werking van de Richtlijn, het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, niet meebrengen dat de bescherming van de Richtlijn zich dient uit te strekken tot de rechtsverhouding tussen de professionele erfverpachter en de latere consumenterfpachter. Verheul neemt dan ook aan dat in dit geval de erfpachtvoorwaarden onderworpen zijn aan de strengere toetsing voor consumenten."

woning verhuurt aan derden teneinde daar inkomsten uit te genereren, is sprake van handelen in het kader van beroep of bedrijf en is Richtlijn 93/13/EEG terecht niet van toepassing. Indien de rechtsopvolger een vennootschap is, belast met het vermogensbeheer van een natuurlijk persoon, valt dat zonder nadere toelichting eveneens onder handelen in het kader van beroep of bedrijf. De erfpachter kan in dat geval met een beroep op art. 6:233 sub a BW tegen onredelijk bezwarende bedingen in de erfpachtvoorwaarden opkomen of op grond van art. 6:248 lid 2 BW de uitoefening van bedingen uit de erfpachtvoorwaarden aanvechten.

Indien een erfpachtrecht met de bestemming wonen wordt uitgegeven aan een rechtspersoon en deze het recht overdraagt aan een consument, valt de rechtsverhouding met de rechtsopvolger wel onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG. Hier doet zich de vraag voor naar de verhouding tussen de strekking van de richtlijn, bescherming van de consument tegen oneerlijke bedingen, en het beginsel dat een rechtsopvolger de rechtsverhouding, in dit geval een erfpachtrecht, voortzet met de bij vestiging bepaalde inhoud. Verschillende auteurs hebben betoogd dat de bescherming van de algemene voorwaardenregeling en Richtlijn 93/13/EEG in gevallen die niet onder de reikwijdte van deze regelingen vallen, gebaseerd dient te worden op art. 6:248 lid 2 BW.[226] Dat is in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad dat de onredelijk bezwaarde wederpartij de keuze heeft tussen een beroep op art. 6:233 sub a BW en art. 6:248 lid 2 BW.[227] Het rechtsgevolg is in het eerste geval vernietiging van het beding en in het tweede geval buiten toepassing laten van het beding omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

In de SEBA-zaak werd door de erfpachters, allen consumenten, de vernietiging van bedingen uit verschillende algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam gevorderd, mede onder toepassing van Richtlijn 93/13/EEG, waarop de gemeente de klacht opwierp dat de erfpachtrechten in kwestie waren uitgegeven aan rechtspersonen.[228] De Hoge Raad kwam niet aan behandeling van deze klacht toe en in de conclusie van de A-G werd de klacht evenmin besproken

226 Vonck 2013, p. 177: "Voor de bedingen in de erfpachtverhouding betekent dit dat een overdracht – als latere omstandigheid – er niet toe kan leiden dat zij vernietigbaar worden op de voet van art. 6:233 sub a BW. Dergelijke latere omstandigheden zouden eventueel wel tot gevolg kunnen hebben dat het beroep op een beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt (art. 6:248 lid 2 BW), maar zij maken het beding zelf niet onredelijk bezwarend." Daarbij aansluitend stelt Everaars 2015b, par. 5: "Daarom kan ook recht worden gedaan aan het minimumkarakter van de richtlijn door een opvolgend erfpachter slechts een beroep op art. 6:248 lid 2 BW te laten toekomen. Het door art. 6:233 BW bestreken gebied sluit toepassing van art. 6:248 lid 2 BW niet uit. Die toetsing kan ook ambtshalve geschieden en leidt voor de consument tot een 'niet binden'." In gelijke zin voor contractsoverneming Verheul 2017, par. 4.4: "Dat neemt echter niet weg dat alsnog aan de belangen van de overnemer als consument kan worden tegemoetgekomen door de werking van art. 6:248 lid 2 BW. Dat sluit in systematisch opzicht ook beter aan bij de opzet van de regeling van de algemene voorwaarden, waarbij aan omstandigheden van na het sluiten van de overeenkomst geen betekenis toekomt voor de vernietigbaarheid, maar dergelijke omstandigheden wel van belang kunnen zijn bij de onaanvaardbaarheidstoets van art. 6:248 lid 2 BW."

227 Hijma 2016, p. 38 onderschrijft HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, *NJ* 2002/112, m.nt. J. Hijma (*Bramer/Colpro*), r.o. 3.7: '(…) indien verschillende bepalingen voor toepassing op één feitencomplex in aanmerking komen en cumulatie niet mogelijk is, [is] aan de gerechtigde de keuze (…) welke rechtsgevolgen hij wenst in te roepen of op welke rechtsgrond hij zich wenst te baseren. Nu de regeling van Titel 5, Afdeling 3, Algemene voorwaarden, ertoe strekt de positie van de wederpartij van een gebruiker van algemene voorwaarden te versterken, zou aan die strekking worden tekort gedaan indien de wederpartij zou zijn verstoken van een beroep op art. 6:248 lid 2.'

228 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

omdat Richtlijn 93/13/EEG niet van toepassing was op deze rechten.[229] In de twee bovengenoemde Amsterdamse zaken werd de hoedanigheid van partijen en daarmee de toepasselijkheid van Richtlijn 93/13/EEG beoordeeld naar de situatie op het moment van geschil. In deze gevallen waren de huidige erfpachters consumenten en was de richtlijn op de huidige rechtsverhouding van toepassing omdat de (huidige) erfverpachter kwalificeerde als verkoper. Bij de daarop volgende inhoudstoetsing werd de situatie door de rechtbank eveneens beoordeeld naar de actuele toestand en werd de hoedanigheid van partijen bij vestiging niet in de beoordeling betrokken. In beide gevallen was het erfpachtrecht uitgegeven aan een rechtspersoon en gezien in het licht van de opvatting dat de oneerlijkheid van de bedingen moest worden beoordeeld naar het moment van vestiging, was dat niet correct. Maar in beide gevallen kan voorzienbaarheid worden aangenomen. In beide gevallen had het erfpachtrecht bij uitgifte een woonbestemming.[230] En eveneens in beide gevallen was sprake van uitgifte door een particuliere erfverpachter aan een aan hem gelieerde rechtspersoon als erfpachter, met het vooropgezette doel de erfpachtrechten, eventueel na een appartementensplitsing, over te dragen aan particuliere woningbezitters zodat de erfverpachter bedrijfsmatig handelde en van meet af aan duidelijk was dat de woningen in handen van consumenten zouden komen. Wellicht dat de appèlrechter aanleiding ziet voor prejudiciële vragen over het beroep van de erfpachters-rechtsopvolgers op de bescherming van Richtlijn 93/13/EEG.

3.5.4 Temporele reikwijdte Richtlijn 93/13/EEG

Richtlijn 93/13/EEG is van toepassing op overeenkomsten gesloten na 31 december 1994.[231] Ten aanzien van voor die datum gesloten overeenkomsten heeft de Hoge Raad in het SEBA-arrest bepaald dat het nationale recht niet richtlijnconform behoeft te worden uitgelegd.[232] Dat zou betekenen dat de beoordeling van bedingen uit erfpachtvoorwaarden die van toepassing zijn verklaard op rech-

229 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 6.34.

230 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, in erfpacht uitgegeven werd r.o. 2.1: 'het appartementsrecht, rechtgevende op het uitsluitend gebruik van *de woningen* gelegen op de eerste, tweede, derde en zolderverdieping van het gebouw (…).' Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 2.1 over de eerste van de drie gevoegde zaken: "Bij akte van 2 september 1980 heeft Beleggingsmaatschappij [naam beleggingsmaatschappij] (…), een onderneming van [naam] (…), aan [naam beleggingsfonds] (…), tevens een onderneming van [naam], een perceel grond *met het daarop gebouwde winkel/woonhuis* gelegen te Amsterdam aan de [adres] verkocht (…) [en] ten behoeve van [naam beleggingsmaatschappij] een recht van erfpacht gevestigd ten aanzien van dit perceel." Over de tweede zaak r.o. 2.10: "Bij akte van 23 juni 1969 heeft [naam beleggingsfonds 1] (…), een derde vastgoedonderneming van [naam], aan [naam 3] een erfpachtrecht uitgegeven ten aanzien van een perceel grond *met het daarop gebouwde woonhuis* met verdere aanhorigheden gelegen te [plaats] aan de [adres 1] (…)." Over de derde zaak r.o. 2.22: "Bij akte van 6 februari 1969 heeft [naam beleggingsfonds 1] aan C.M. Nederland en A.H. Nederland een erfpachtrecht uitgegeven ten aanzien van een perceel grond *met het daarop gebouwde woonhuis* met verdere aanhorigheden gelegen te [plaats] aan de [adres 2] (…)." Nadruk in alle gevallen toegevoegd.

231 Art. 10 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG: "Deze bepalingen zijn van toepassing op alle overeenkomsten die na 31 december 1994 worden gesloten."

232 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 5.1.4: "Art. 10 lid 1, tweede zin Richtlijn 93/13/EEG houdt in dat de bepalingen daarvan van toepassing zijn op overeenkomsten die na 31 december 1994 zijn gesloten. *De hier aan de orde zijnde, in het arrest [G/H] bedoelde (verplichte) richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 BW, die eventueel ambtshalve moet plaatsvinden, is derhalve beperkt tot die overeenkomsten*. De erfpachtrechten waarop het oordeel van het hof ziet, dateren van vóór 31 december 1994. Het oordeel van het hof is derhalve onjuist." Nadruk toegevoegd. Dit oordeel werd gevolgd in Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139 (*Belangenvereniging Erfpacht Zaanstad c.s./Zaanstad*), r.o. 4.65.

ten gevestigd voor 31 december 1994 uitsluitend dient te geschieden aan de hand van de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW en dat Richtlijn 93/13/EEG daarbij buiten beschouwing moet blijven. Dat zou tevens betekenen dat de rechtbank Amsterdam in de zaak tegen de vastgoedbelegger het beding uit de algemene erfpachtvoorwaarden ten onrechte aan de richtlijn had getoetst.[233] Ook de rechtbank Rotterdam had in de eerste MGE-zaak ten onrechte getoetst aan Richtlijn 93/13/EEG.[234] Voor de uitkomst van de laatste zaak had dat geen verschil gemaakt nu de rechtbank de MGE-bedingen niet onredelijk bezwarend achtte. In de eerstgenoemde zaak werd het canonherzieningsbeding vernietigd op grond van een richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 sub a BW en de vraag is of bij een toets aan uitsluitend nationaal recht de uitkomst hetzelfde zou zijn geweest.

Indien de rechtsverhouding niet onder de temporele reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG valt is de nationale rechter niet verplicht zich te onthouden van een richtlijnconforme interpretatie, hij kan daartoe ook vrijwillig overgaan indien dat in het belang van de bescherming van de consument is. Dat bleek reeds uit het arrest Assoud/SNS.[235] Het bleek uit bovenstaande twee voorbeelden en eveneens uit een recent arrest van het hof Den Haag. Het hof oordeelde in de SEBA-zaak na verwijzing en toetste de vordering van de erfpachters dat het wijzigingsbeding uit de algemene erfpachtvoorwaarden onredelijk bezwarend was aan art. 6:233 sub a BW, waarbij de algemene norm van die bepaling werd ingevuld met behulp van het beding op de indicatieve lijst onder j.[236]

Dat geen verplichting tot richtlijnconforme interpretatie bestaat om reden dat de overeenkomst niet onder het bereik van Richtlijn 93/13/EEG valt, betekent nog niet dat de rechter niet uit eigen beweging het nationale recht kan uitleggen in

233 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*). Het recht van de eerste zaak was gevestigd in 1982, de rechten uit de tweede en derde zaak in 1969.

234 Rb. Rotterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5043 (*Woonbron/erfpachter*). Het recht was gevestigd in 1983.

235 HR 19 september 1997, *NJ* 1998/6, ECLI:NL:HR:1998:ZC2435 (*Assoud/SNS*), r.o. 3.4.2: "Daarbij verdient aandacht dat de Nederlandse regels betreffende algemene voorwaarden, waarvan de wetgever heeft geoordeeld dat zij de richtlijn incorporeren, aldus moeten worden uitgelegd dat zij aan – kort gezegd – consumenten tenminste dezelfde bescherming bieden als de richtlijn, *terwijl de richtlijn aan een verder gaande bescherming in het Nederlandse recht niet in de weg staat*." Nadruk toegevoegd. In de zaak Assoud stonden overeenkomsten centraal die waren aangegaan voor 31 december 1994.

236 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 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." Nadruk toegevoegd. In r.o. 4.14 werd de vordering inclusief het beroep op de indicatieve lijst onder j van de richtlijn afgewezen zonder op te merken dat het beroep op de richtlijn in dit geval niet opging omdat de erfpachtrechten waren gevestigd in de jaren dertig. Zie Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:1233, bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371, par. 2.29.2 voor een omschrijving van de kwestie. Het hof had geoordeeld dat de eenzijdige wijzigingsbedingen in de algemene erfpachtvoorwaarden niet onredelijk bezwarend waren en daarbij verwezen naar de lijsten van art. 6:236 en 6:237 BW en naar HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.6. In deze overweging wees de Hoge Raad op enige relevante omstandigheden die in dit geval konden meebrengen dat een eenzijdig wijzigingsbeding niet onredelijk bezwarend was.

overeenstemming met de richtlijn.[237] Bij een dergelijke vrijwillige toepassing kan ook de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG in de beoordeling worden meegewogen:

> "Nu de Richtlijn oneerlijke bedingen slechts ziet op na 31 december 1994 gesloten overeenkomsten, is de rechter niet verplicht het Nederlandse recht richtlijnconform toe te passen c.q. bedingen ambtshalve te toetsen bij vóór 1 januari 1995 gesloten (erfpacht)overeenkomsten. Hij is tot ambtshalve toetsing niet bevoegd, nu de betreffende bepalingen overigens niet van openbare orde zijn.
> Dit staat er niet aan in de weg dat de rechter de 'oude' voorwaarden kan beoordelen in het kader van een beroep op art. 6:233 sub a of 6:248 lid 2 BW, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Bij die beoordeling mag de rechter (…) overigens [acht] slaan op de indicatieve lijst bij de Richtlijn oneerlijke bedingen, ook indien hij niet verplicht is tot een richtlijnconforme interpretatie, wanneer de rechter meent dat de inhoud van deze lijst relevante informatie biedt aangaande de opvattingen over de toelaatbaarheid van bepaalde bedingen."[238]

De temporele reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG is via deze vrijwillige toepassing in gevallen waarin de rechter dat relevant acht minder stringent dan deze op het eerste gezicht lijkt. In de SEBA-zaak kon het hof dat na verwijzing oordeelde de indicatieve lijst bij de richtlijn in de beoordeling betrekken en als tweede voorzet voor een vrijwillige toepassing van de richtlijn kan de tweede Amsterdamse zaak worden beschouwd.[239] Dit betrof drie erfpachtrechten die voor 1995 waren gevestigd, maar waarop de rechtbank Richtlijn 93/13/EEG desondanks van toepassing verklaarde, overigens zonder aandacht te schenken aan de temporele reikwijdte van de richtlijn,[240] en een inhoudstoetsing uitvoerde, mede aan de hand van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG. Dat kan in dit geval gebillijkt worden nu ook de erfverpachter een rechtsopvolger was en dus niet degene was die het gewraakte canonherzieningsbeding ten tijde van de vestiging had opgesteld en geen rekening had kunnen houden met toekomstige Europese regelgeving en jurisprudentie. Daarnaast zou de beperking van de overdraagbaarheid van het recht als gevolg van het beding, gezien de rode opinie, in dit geval niet alleen als bezwarend voor de erfpachter beoordeeld moeten worden, maar ook als onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW, zodat de rechtbank ook op grond van uitsluitend nationaal recht gehouden was het beding te vernietigen. De personele reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG kan niet op deze manier gerelativeerd worden, de temporele reikwijdte wel.

---

237 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3 bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 6.22.2: "De verplichting tot richtlijnconforme uitleg, die voor de nationale rechter voortvloeit uit het recht van de EU, is van toepassing binnen het toepassingsbereik van de betreffende richtlijn. *Dit sluit overigens in beginsel niet uit dat de nationale rechter, zonder daartoe verplicht te zijn, 'vrijwillig' zijn nationale recht uitlegt en toepast in overeenstemming met een richtlijn*." Met verwijzing naar jurisprudentie en literatuur. Nadruk toegevoegd.

238 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*SEBA c.s./Amsterdam*), par. 6.32, door de Hoge Raad gevolgd in r.o. 5.1.4. Zo ook Wissink 2017, p. 16.

239 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*).

240 Het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (LOVCK) van de rechtspraak heeft in het rapport Ambtshalve toetsing II uit 2014 op p. 12-13 bij het vaststellen of Europees consumentenrecht van toepassing is geen aandacht besteedt aan de eventuele temporele reikwijdte van een richtlijn.

3.5.5 Fictieve vergelijkingstoets

In de twee Amsterdamse uitspraken maakte de rechtbank voor de richtlijnconforme inhoudstoetsing gebruik van de door het Hof van Justitie aangedragen fictieve vergelijkingstoets. Het hof Arnhem-Leeuwarden maakte in een recent arrest over erfpachtvoorwaarden eveneens gebruik van deze methode.[241] Ik bespreek eerst de door het Hof ontwikkelde toets en daarna de toepassing daarvan in de Nederlandse rechtspraak over algemene erfpachtvoorwaarden.

De oneerlijksheidstoets omvat een beoordeling of een beding opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden voldoet aan de in art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG gestelde eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie.[242] Om de onredelijke bezwarendheid van een beding vast te stellen worden drie methoden toegepast, één daarvan is de vergelijking van de situatie onder het beding met, kort gezegd, het wettelijk kader.[243] Deze vergelijkingsmethode gaat terug op de parlementaire geschiedenis van de algemene voorwaardenregeling.[244] Vergeleken worden de situatie met en zonder het beding. Deze fictieve vergelijkingstoets is door het Hof van Justitie met name ontwikkeld in het kader van de beoordeling of in een bepaald geval sprake is van een *aanzienlijke verstoring van het evenwicht* in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. De nadruk op het evenwicht in de rechtsverhouding is er niet, althans niet zo uitgesproken, in het nationale recht, waarin de vergelijking de afwijking van de rechtsgevolgen die de overeenkomst zonder die bedingen zou hebben gehad betreft. Indien de rechtspositie van de consument onder de overeenkomst in voldoende ernstige mate afwijkt van de rechtspositie van de consument onder de wet kan sprake zijn van een aanzienlijke verstoring van het evenwicht. Het Hof gaf in antwoord op prejudiciële vragen een aanwijzing waarmee de verwijzende rechter geacht wordt rekening te houden bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van een bepaald beding:

> '(…) [moet] om te bepalen of een beding een 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt, met name rekening worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend

241 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*). De toetsing door het hof wordt hierna uitgebreid besproken, zie ook de bespreking van het arrest in Pavillon & Vonck 2018.

242 Richtlijn 93/13/EEG beschrijft hiermee in abstracto de elementen die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, *NJ* 2005/75 (*Freiburger Kommunalbauten*), punt 19: '(…) dat artikel 3 met een verwijzing naar de begrippen goede trouw en aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van partijen slechts in abstracto de elementen omschrijft die een oneerlijk karakter geven aan een contractueel beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (zie in die zin arrest van 7 mei 2002, Commissie/Zweden, C-478/99, Jurispr. p. I-4147, punt 17)', herhaald in HvJ EG 4 juni 2009, C-0243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395, m.nt. M.R. Mok (*Pannon*), punt 37.

243 Jongeneel & Pavillon 2017, p. 156-158. De andere twee methoden zijn het met elkaar vergelijken van de wederzijdse rechten en verplichtingen en de vaststelling van de redelijke verwachtingen van de wederpartij.

244 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1579 (MvT): 'vernietigbaar [zijn] bedingen die (…) op voor de wederpartij onredelijk bezwarende wijze afwijken van hetgeen anders – namelijk indien het beding er niet zou zijn – krachtens de overeenkomst zou hebben gegolden. (…) De vernietigbaarheid betreft bedingen waardoor wordt afgeweken van de rechtsgevolgen die de overeenkomst zonder die bedingen zou hebben gehad. Met deze formulering wordt gerefereerd aan artikel 6.5.3.1, lid 1 (…) bepalende dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.'

> onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate de overeenkomst de consument in een juridisch minder gunstige positie plaatst dan die welke het geldende nationale recht bepaalt. Daarbij is het ook relevant om na te gaan in welke juridische situatie de consument verkeert, gelet op de middelen waarover hij volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van oneerlijke bedingen.'[245]

De rechter dient een vergelijking te maken tussen de rechtspositie van de erfpachter zonder het beding, dus aan de hand van het toepasselijke nationale recht, en de rechtspositie van de erfpachter met het beding. Een beding is dan oneerlijk indien uit de vergelijking tussen de situatie met en zonder het beding blijkt dat het beding de erfpachter in een juridisch minder gunstige positie plaatst, waarbij in aanmerking genomen moeten worden de middelen waarover de erfpachter beschikt om tegen de toepassing van oneerlijke bedingen op te komen. Het hof bevestigde deze aanwijzing een jaar later:

> "Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat om te bepalen of een beding een 'aanzienlijke verstoring van het evenwicht' tussen de uit een overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen veroorzaakt ten nadele van de consument, met name rekening moet worden gehouden met de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen. Aan de hand van een dergelijk vergelijkend onderzoek kan de nationale rechter bepalen of, en in voorkomend geval, in welke mate de overeenkomst de consument in een minder gunstige rechtspositie brengt dan die welke het geldende nationale recht bepaalt (zie arrest Aziz, reeds aangehaald, punt 68)."[246]

De vergelijking is fictief omdat de rechter dient te bepalen wat rechtens zou zijn als het beding wordt weggedacht.[247] Daarbij dienen alle omstandigheden rond de contractsluiting, in het licht van de aard en inhoud van de hele overeenkomst en de rechtsgevolgen van het beding, in het oordeel te worden betrokken. Het is aan de nationale rechter te bepalen wat de gevolgen moeten zijn van die minder gunstige rechtspositie van de erfpachter onder het beding.[248] Het hof specificeert waaruit het resultaat van de vergelijking kan bestaan:

> "Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan daarentegen reeds resulteren uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd dan wel doordat aan de consument een extra verplichting wordt opgelegd waarin de nationale bepalingen niet voorzien."[249]

---

245 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, *NJ* 2013/374 (*Aziz*), punt 68.
246 HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, *NJ* 2014/247, m.nt. M.R. Mok (*Constructora Principado*), punt 21.
247 Ancery 2014, p. 104.
248 Ancery 2014, p. 104 verbindt daaraan de conclusie dat 'de fictieve toets niet beslissend dient te zijn voor het oneerlijkheidsoordeel, maar vooral dient te worden beschouwd als een mee te wegen omstandigheid', onder verwijzing naar HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, *NJ* 2005/75 (*Freiburger Kommunalbauten*), punt 21-23.
249 HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, punt 23.

Indien de consument-erfpachter door een bepaald beding uit de algemene erfpachtvoorwaarden wordt beperkt in de inhoud van de rechten die hij aan de vestigingsakte ontleent, de uitoefening van die rechten wordt belemmerd of hem een extra verplichting wordt opgelegd waarin het nationale recht niet voorziet, kan reeds sprake zijn van een aanzienlijke verstoring in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Omdat titel 5.7 BW grotendeels regelend recht bevat en partijen veel vrijheid laat bij het bepalen van de inhoud van het erfpachtrecht, zal bij erfpachtverhoudingen al snel sprake zijn van een de erfpachter opgelegde extra verplichting waarin de nationale bepalingen niet voorzien. Maar ook beperkingen ten aanzien van de inhoud van het recht of de uitoefening van bevoegdheden die niet bij wet zijn voorzien kunnen een beding reeds oneerlijk maken, mits daar geen voordelen voor de erfpachter tegenover staan. Ancery leidt uit de genoemde arresten af dat de fictieve toets op zich al kan leiden tot een oneerlijkheidsoordeel, indien de afwijking van het wettelijk stelsel de consument ernstig benadeelt.[250] De abstracte fictieve vergelijking kan echter ook worden aangevuld met een beoordeling van de concrete omstandigheden van het geval,[251] en dan speelt een rol:

> '(…) in welke mate het beding afwijkt van het wettelijk stelsel, of er in de overeenkomst een duidelijke tegenprestatie voor de consument is opgenomen en of de hantering van dergelijke bedingen gebruikelijk is.'[252]

Deze toets lijkt op het eerste gezicht bij erfpachtrechten niet eenvoudig toepasbaar. De wetgever heeft in de erfpachttitel betrekkelijk weinig dwingend recht en vooral regelend recht vastgelegd, en voor het overige aan de contractvrijheid van partijen overgelaten om de inhoud van het erfpachtrecht te bepalen. Omdat het wettelijk stelsel uitdrukkelijk ruimte biedt voor contractvrijheid zijn afwijkingen van dat wettelijk stelsel niet snel oneerlijk. Een bijzondere tegenprestatie voor de erfpachter als compensatie voor bezwarende bedingen, zoals een lagere aanvangscanon of het buiten toepassing laten van een indexeringsbeding, laat zich op grond van de vestigingsakte niet altijd vaststellen omdat dergelijke compensaties vaak obligatoir worden bepaald. Ten slotte wordt met de vraag of bedingen gebruikelijk zijn buiten de objectieve uitleg van de vestigingsakte getreden. Anderzijds impliceert de EU-jurisprudentie, naar de mening van Hijma, dat de vergelijking niet beperkt dient te blijven tot nationale bepalingen van dwingend of aanvullend recht indien de rechter vaststelt dat de erfpachter nadeel lijdt als gevolg van het beding, maar dat de vergelijking betrekking dient te hebben op 'wat in algemene zin rechtens zou zijn'.[253] Daarmee kunnen ook regels van gewoonte-

250 Ancery 2014, p. 106.

251 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, *NJ* 2013/431, m.nt. H.J. Snijders (*Van Marrum/Wolff*). Die beoordeling dient bovendien gemotiveerd te worden, zo werd bevestigd in HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

252 Ancery 2014, p. 106, onder verwijzing naar Pavillon 2011, p. 26.

253 Hijma 2016, p. 34 over het geval dat het nationaal recht bestaat uit aanvullend recht: "Maar wel zij bedacht dat (bij afwezigheid van het beding) in dit soort gevallen de gewoonte of de aanvullende redelijkheid en billijkheid prioriteit zou hebben genoten boven de ongelukkig uitpakkende regel van aanvullend recht (art. 6:248 lid 1 BW). Dat een vergelijking met (alleen) aanvullende wetgeving tot ongewenste effecten kan leiden, betekent derhalve nog niet dat ook een vergelijking tekortschiet met hetgeen zonder het beding in algemene zin rechtens zou zijn." De vergelijking met 'wat in algemene zin rechtens zou zijn' ligt naar de mening van Hijma besloten in de oorspronkelijke tekst van art. 6:233 sub a BW zoals opgenomen in PG Boek 6 Inv. BW, p. 1578-1579.

recht en de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid deel uitmaken van de fictieve vergelijkingstoets.

Daarnaast heeft het Hof een fictieve onderhandelingstoets ontwikkeld ten aanzien van de vraag wanneer de verstoring van het evenwicht in strijd is met de goede trouw. Of sprake is van een dergelijke verstoring wordt bepaald door de vraag:

> '(…) of de verkoper door op eerlijke en billijke wijze te onderhandelen met de consument redelijkerwijs ervan kon uitgaan dat de consument een dergelijk beding zou aanvaarden indien daarover afzonderlijk was onderhandeld.'[254]

Bij de vestiging van erfpachtrechten wordt doorgaans geen aandacht besteed aan een evenwichtige rechtsverhouding, maar dienen partijen jegens elkaar wel de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in acht te nemen.

Een recent Nederlands voorbeeld van toepassing van de fictieve vergelijkingstoets is het Dexia-arrest uit 2017.[255] De Hoge Raad werkt in antwoord op prejudiciële vragen een fictieve vergelijkingstoets uit van een beding uit de algemene voorwaarden van een aandelenleaseovereenkomst met de wettelijke regeling omtrent ontbinding, conform de arresten *Aziz* en *Constructora Principado* van het Hof van Justitie. De beoordeling geschiedt op grond van art. 4 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG naar de omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, dus abstraherend van na de contractsluiting voorgevallen gebeurtenissen.[256] De fictieve vergelijkingstoets heeft in dit geval tot resultaat dat, kort samengevat, de consument met toepassing van het beding een hogere schadevergoeding dient te betalen aan de bank dan bij ontbinding van de overeenkomst op grond van art. 6:265 e.v. BW zodat het hof gehouden was de twee bedingen uit de algemene voorwaarden te vernietigen. In de beoordeling wordt uitdrukkelijk geabstraheerd van enige concrete toepassing van de betreffende bedingen:

> "In verband met het hiervoor in 3.7.8 overwogene levert het beding van art. 6 Bijzondere voorwaarden een aanzienlijke verstoring op van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst van partijen voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument als hiervoor bedoeld in 3.5.6. Het hiervoor in 3.7.5 genoemde voordeel kan immers, afhankelijk van de hoogte van de rente en het tijdstip waarop de beëindiging dan wel de ontbinding plaatsvindt, zeer aanzienlijk zijn. Met dat voordeel wordt bij de berekening van hetgeen waarop Dexia op grond van art. 6 Bijzondere voorwaarden aanspraak kan maken, geen rekening gehouden, terwijl art. 15

254 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, *NJ* 2013/374 (*Aziz*), punt 69. Dit wordt ook wel de fictieve onderhandelingstoets genoemd. Zoals opgemerkt door Pavillon 2014, p. 167 geeft het Hof geen aanwijzing voor de verhouding tussen de twee fictieve toetsen.

255 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Tijhuis/Dexia*).

256 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.5.6. Tjong Tjin Tai, *NJ* 2017/394 acht deze inhoudstoetsing opvallend: "Geruime tijd leek het erop dat de Hoge Raad afstand nam van de nietigheidssanctie bij algemene voorwaarden, en de voorkeur gaf aan een concrete beoordeling op basis van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, waarbij alle relevante omstandigheden van het concrete geval moesten worden betrokken, ook omstandigheden die zich pas bij inroepen van het beding voordeden." Ook Pavillon acht de door de Hoge Raad uitgevoerde fictieve vergelijkingstoets bijzonder, Pavillon 2017, nr. 2: "Opmerkelijk is allereerst de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan de onredelijk bezwarend-toets."

> Bijzondere voorwaarden hierin slechts beperkt op andere wijze voorziet. In verband hiermee kan worden gesproken van een onevenredig hoge schadevergoeding als hiervoor bedoeld in 3.5.3. Hieraan doet niet af dat het hiervoor in 3.7.5 genoemde voordeel dan wel het hiervoor aan het slot van 3.7.8 genoemde verschil onder omstandigheden ook zeer gering of zelfs nihil kan zijn, afhankelijk van de rentestand en het tijdstip van de beëindiging of ontbinding van de overeenkomst. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.5.4-3.5.6 is overwogen, gaat het te dezen immers om de gevolgen die het beding voor de consument kan hebben, en om de aantasting van diens rechtspositie door het beding, beide beoordeeld naar het moment van het aangaan van de overeenkomst."[257]

Het feit dat een aanzienlijk voordeel door de bank behaald kan worden, een gevolg dat het beding voor de consument kan hebben, is voldoende om het beding als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG te beoordelen.[258] Dit is een abstracte toetsing, naar het moment van het aangaan van de overeenkomst, zonder concreet meewegen van omstandigheden die zich daarna hebben voorgedaan.

3.5.6 Toestemmingsbeding Staatsbosbeheer

Ook andere nationale rechters volgen de aanwijzingen van het Hof van Justitie. In 2017 is na bovenstaand arrest drie keer uitspraak gedaan omtrent de onredelijke bezwarendheid van een beding in algemene erfpachtvoorwaarden met toepassing van de fictieve vergelijkingstoets. Het meest uitvoerig gebeurde dat in een zaak waarover het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde.[259] In deze zaak was een erfpachtrecht uitgegeven in 2000 en in 2007 overgedragen aan de eisende erfpachters, bij gelegenheid waarvan door de erfverpachter toepassing was gegeven aan het beding uit de algemene erfpachtvoorwaarden dat voor iedere overdracht toestemming van de erfverpachter vereist was en dat aan die toestemming de voorwaarde canonherziening kon worden verbonden:

> "Artikel 10 lid 3 bepaalt: Indien Staatsbosbeheer de in lid 1 van dit artikel bedoelde toestemming verleent, *kan in ieder geval als voorwaarde gesteld worden dat de canon op een actueel peil gebracht wordt alvorens tot overdracht wordt overgegaan*. Met een actueel peil wordt hier bedoeld dat de waarde, waarover de canon (…) wordt berekend, de actuele waarde van de erfpachtzaak is. De vertrekkende erfpachter is verplicht dit aan de opkomende erfpachter te melden."[260]

Toen de erfpachters hun woning twee jaar later weer wilden verkopen om naar het buitenland te verhuizen gaf de erfverpachter toestemming voor overdracht op voorwaarde dat de canon opnieuw zou worden verhoogd. Op grond van een in opdracht van de erfverpachter opgestelde taxatie zou de canon als gevolg van die voorwaarde met ongeveer 38 procent stijgen. De erfpachters protesteerden tegen de canonverhoging, stelden er een eigen taxatie tegenover, waarna een commis-

257 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, r.o. 3.8.1.

258 Pavillon 2017, nr. 3 merkte op dat de Hoge Raad hiermee de betreffende bedingen de facto op de zwarte lijst plaatste. In vergelijkbare individuele gevallen zou eenvoudig naar dit oordeel verwezen kunnen worden en zouden omstandigheden van het geval geen rol meer hoeven te spelen.

259 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*). Het arrest is uitvoerig besproken door Pavillon & Vonck 2018.

260 Rb. Overijssel 18 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2364 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), r.o. 2.3. Nadruk toegevoegd.

sie van drie deskundigen in oktober 2010 de waarde van de ondergrond vaststelde op hetzelfde bedrag als dat uit 2007. Als direct correct was getaxeerd zou de overdracht zonder canonverhoging hebben plaatsgevonden. Gedurende het hele traject bleef de erfverpachter vasthouden aan de voorwaarde canonverhoging, bleef de woning onverkocht en raakten de erfpachters in financiële moeilijkheden waarna het erfpachtrecht in 2013 bij executie door de bank werd verkocht. De erfpachters stelden de erfverpachter aansprakelijk voor hun schade door vast te houden aan de achteraf onjuist gebleken canonverhoging. De rechtbank kwam echter tot het oordeel dat de erfverpachter niet onrechtmatig jegens de erfpachters had gehandeld, actualisering van de canon bij overdracht was onderdeel van het beleid van Staatsbosbeheer en er was ten tijde van het uitbrengen ervan geen indicatie dat het taxatierapport ondeugdelijk was. De vordering tot schadevergoeding werd afgewezen en de achterstallige canon en de contractuele boete dienden gewoon betaald te worden.[261]

In hoger beroep voerde het hof een ambtshalve toetsing uit van het hierboven geciteerde toestemmingsbeding uit de algemene erfpachtvoorwaarden waarmee bij iedere overdracht canonverhoging mogelijk werd gemaakt.[262] Het beding viel onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG gezien de hoedanigheid van partijen en omdat er niet afzonderlijk over het beding was onderhandeld.[263] Bij de inhoudstoetsing aan de open norm van art. 6:233 sub a BW, uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van Richtlijn 93/13/EEG, voerde het hof een fictieve vergelijkingstoets uit als bedoeld in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.[264] In het tussenarrest kwam het hof tot het voorlopig oordeel dat het beding als onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW moest worden aangemerkt, en nadat partijen in de gelegenheid waren gesteld daarop te reageren werkte het hof dit oordeel uit in het tweede tussenarrest van twee jaar later.[265] Voor de fictieve vergelijkingstoets volgde het hof zowel de jurisprudentie van de Hoge Raad als die van het Hof van Justitie,[266] die een iets verschillende formulering gebruikten, maar in wezen niet van elkaar verschilden:

261 Rb. Overijssel 18 september 2013, ECLI:NL:RBOVBE:2013:2364, r.o. 5.2, 5.7 en 5.10.

262 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, *RVR* 2015/120 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*). Ros, *Prg*. 2015/290 achtte de toepassing van Richtlijn 93/13/EEG in deze zaak onnodig omdat de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW ertoe kon leiden dat de onredelijke bepaling buiten werking werd gesteld of vervangen door een redelijke voorwaarde. De verhouding tussen beide toetsingswijzen wordt in par. 3.5.7 behandeld.

263 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, r.o. 6.2. In Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.2.3 werd tevens vastgesteld dat de rechtsverhouding ook temporeel gezien onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG viel nu "Uit de stellingen van partijen volgt dat de overeenkomst is gesloten na 31 december 1994." In r.o. 2.3 werd tevens vastgesteld dat het niet om een kernbeding ging zodat aan alle vereisten voor toepassing van Richtlijn 93/13/EEG was voldaan.

264 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, r.o. 6.5, onder verwijzing naar HvJ EU 3 april 2014, C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857, *TvA*, m.nt. E.R. Meerdink (*Katalin Sebestyén/Zsolt Csaba Kövári e.a.*) en HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, *NJ* 2014/247, m.nt. M.R. Mok (*Constructora Principado*).

265 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*).

266 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.3 onder verwijzing naar HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Tijhuis/Dexia*), en in r.o. 2.5.4 onder verwijzing naar HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60, *RCR* 2017/29 (*Banco Primus/Garcia*).

> "Waar deze toets in beide gevallen op neerkomt, is een vergelijking van de rechtspositie van [appellanten] c.s. rekening houdend met de toepasselijkheid van het omstreden beding en hun rechtspositie indien dit beding wordt 'weggedacht'. Indien – rekening houdend met de overige factoren (zoals onder meer de aard van het erfpachtrecht) – dit verschil zodanig is dat er ten nadele van [appellanten] c.s., een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen rechten en verplichtingen van de contractspartijen bestaat, is sprake van een oneerlijk karakter als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn."[267]

Het hof betrok in zijn beoordeling naast de abstracte rechtspositie van de erfpachters met en zonder het beding ook het economische effect van het beding, in vergelijkbare zin als de Hoge Raad het mogelijke financiële effect in de Dexia-zaak had meegewogen. De rechtspositie van de erfpachters zonder het beding wordt ten aanzien van de toestemming voor overdracht bepaald door het wettelijk stelsel van art. 5:91 lid 1 en 4 BW. Op grond van het eerste lid kan in de vestigingsakte worden bepaald dat de erfpachter toestemming van de erfverpachter behoeft voor overdracht van zijn recht en, indien dat het geval is, heeft de erfpachter op grond van het vierde lid de bevoegdheid vervangende machtiging te vragen aan de kantonrechter indien de erfverpachter zijn toestemming zonder redelijke grond weigert of zich niet verklaart.[268] Volgens het hof heeft de wetgever hiermee een contractueel evenwicht gegeven waarin met de belangen van beide betrokkenen rekening is gehouden.[269] De erfverpachter kan de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht beperken, maar dient daarbij de redelijkheid in acht te nemen.

In de situatie met het beding wordt de bescherming van de erfpachter volgens dat wettelijk stelsel naar het oordeel van het hof doorkruist. Het beding in kwestie bepaalt dat aan die toestemming voor overdracht in ieder geval de voorwaarde canonherziening kan worden verbonden zodat de redelijkheid van die voorwaarde aan het oordeel van de kantonrechter wordt onttrokken:

> "Het onderhavige beding beperkt een dergelijke toetsing door de kantonrechter tot de vraag of de voorwaarde van actualisering van de canon in concreto redelijk is en is daarmee geen open toetsing meer. De vraag of onder de gegeven omstandigheden mag worden geactualiseerd is namelijk al een gepasseerd station. [appellanten] worden hiermee dan ook in een minder gunstige rechtspositie geplaatst dan welke zou gelden volgens het geldende nationale recht, het beding weggedacht. Zij kunnen hun erfpachtrecht voor de resterende tijd van dat recht daardoor moeilijker verkopen aan een derde."[270]
>
> "De strekking van artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden is dat deze toets op voorhand ten dele aan het redelijkheidsoordeel van de kantonrechter wordt onttrokken. Daarin wordt immers bepaald dat *in ieder geval als voorwaarde gesteld kan worden* dat de canon op een actueel peil gebracht wordt alvorens tot overdracht wordt overgegaan. (…) Door op voorhand in de erfpacht-

267 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.5.
268 Het toestemmingsvereiste van onder meer art. 5:91 BW wordt uitvoerig onderzocht in hoofdstuk 4.
269 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.8.
270 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, r.o. 6.6.

> voorwaarden te bedingen dat de hier bedoelde voorwaarde in ieder geval mogelijk was, werd beoogd deze te onttrekken aan de toetsing daarvan door de Kantonrechter."[271]

Omdat in de erfpachtvoorwaarden is bepaald dat de canon bij iedere overdracht kan worden aangepast, heeft het geen zin de redelijkheid van die aanpassing aan de kantonrechter voor te leggen omdat deze niet anders kan dan oordelen dat conform de afspraken is gehandeld, zo vat ik het oordeel van het hof samen.

Het is de vraag of de fictieve vergelijking in dit geval wel moet leiden tot de conclusie dat het bestaan van het beding het evenwicht tussen partijen van aanvang af ten nadele van de erfpachter aanzienlijk verstoort. Zonder het beding wordt de erfpachter door het wettelijk stelsel beschermd tegen onredelijke voorwaarden verbonden aan toestemming voor overdracht.[272] Met het beding wordt een bepaalde voorwaarde aan iedere toestemming voor overdracht verbonden, maar niet valt in te zien waarom een beding dat bij iedere overdracht canonherziening mogelijk maakt niet aan het oordeel van de kantonrechter kan worden voorgelegd. Dat de voorwaarde canonherziening in de algemene erfpachtvoorwaarden is opgenomen zal voor de kantonrechter meewegen in zijn oordeel nu dit meebrengt dat de erfpachter hiervan op de hoogte is, maar maakt niet dat de rechter zich niet over het beding kan uitlaten.[273] De rechtspositie van de erfpachter met en zonder het beding is dus niet identiek, maar het beding leidt er niet toe dat de erfpachter een beroep op de rechter wordt onthouden. De erfpachter beschikt in de situatie met het beding nog steeds over een middel om een einde te maken aan het gebruik ervan. De fictieve vergelijkingstoets alleen kan niet tot het oordeel leiden dat het beding onredelijk bezwarend is. Het hof onderbouwt zijn oordeel onder meer met een beroep op de wetsgeschiedenis. In de parlementaire geschiedenis van art. 5:91 BW werden enige opmerkingen gewijd aan gevallen waarin toestemming voor overdracht nuttig kon zijn, maar hieruit kan naar mijn mening niet *a contrario* worden afgeleid dat de bevoegdheid van art. 5:91 lid 1 BW door de wetgever 'niet is gegeven als instrument om gemaakte prijsafspraken te doorbreken'.[274] Wel onderschrijf ik het aanvullende argument van het hof dat het aan de erfverpachter is om te bepalen of deze de voorwaarde zal toepassen, zodat dit alleen het geval zal zijn als de grondwaarde is gestegen, maar dat is onder de wettelijke regeling niet anders.[275]

Bij de inhoudstoetsing dient het oordeel over de oneerlijkheid van het beding in de zin van Richtlijn 93/13/EEG los te staan van een concrete toepassing van het

271 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.11 en 2.5.12. Nadruk in origineel.

272 Zoals in hoofdstuk 4 over het toestemmingsvereiste aan de orde zal komen, wordt in de praktijk aan toestemming vooral de voorwaarde canonherziening verbonden.

273 In dezelfde zin Pavillon & Vonck 2018, p. 82-83, onder verwijzing naar r.o. 6.6 van het eerste tussenarrest: "De redelijkheid van de voorwaarde hangt af van de omstandigheden van het geval, waarvan de erfpachtvoorwaarden een onderdeel zijn."

274 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.12. In hoofdstuk 4 over het toestemmingsvereiste ga ik nader in op de achtergrond van art. 5:91 BW.

275 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.13.

beding.[276] En bij het beoordelen van het oneerlijke karakter van het toestemmingsbeding in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG dient op grond van art. 4 lid 1 van de richtlijn in acht te worden genomen dat:

> '(…) alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, in aanmerking worden genomen, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (…). Hieruit vloeit in dit verband voort dat ook *de gevolgen moeten worden beoordeeld die dat beding kan hebben in het kader van het op de overeenkomst toepasselijke recht*.'[277]

Ten aanzien van die gevolgen beoordeelt het hof de voorwaarde in het licht van het economische voordeel dat de erfverpachter met deze toepassing had kunnen behalen en het manifeste economische nadeel dat daar voor de erfpachters tegenover had gestaan, en legt dit aanzienlijke economische effect ten grondslag aan zijn oordeel dat het beding onredelijk bezwarend is.[278] De berekening is instructief bedoeld, als voorbeeld van de verstrekkende financiële gevolgen die de voorwaarde voor partijen met zich mee kan brengen.[279] Het oordeel sluit daarmee aan bij dat van de Hoge Raad in de Dexia-zaak, waarin eveneens de mogelijkheid dat de verkoper als gevolg van het beding een aanzienlijk voordeel kon behalen reden was om het betreffende beding oneerlijk te achten.[280] In de Dexia-zaak was dat oordeel echter gebaseerd op een vergelijking tussen de bedingen uit de algemene voorwaarden en de wettelijke ontbindingsregeling waaruit concrete gevolgen voor de schadebegroting in geval van beëindiging van de overeenkomst kunnen worden afgeleid, terwijl in dit geval het economisch effect niet volgt uit de vergelijking met de wettelijke regeling. De berekening was bovendien gebaseerd op een onjuiste taxatie van de grondwaarde. De argumenten uit de wetsgeschiedenis en het mogelijke voordeel voor de erfverpachter bij iedere overdracht van het erfpachtrecht kunnen mij niet overtuigen dat het beding op zich oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG is.

Het is de vraag of toepassing van een andere methode meer succes zou hebben gehad. Een weging van alle wederzijdse rechten en verplichtingen uit de overeenkomst laat zich op grond van de beschikbare gegevens niet goed uitvoeren.[281] Dat er tegenover het evenwichtsverstorende beding dat leidde tot onoverdraag-

---

276 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.14 in navolging van HvJ EU 11 juni 2015, C-602/13, ECLI:EU:C:2015:397 (*Banco Bilbao*), dictum onder 2: 'Richtlijn 93/13 moet aldus worden uitgelegd dat, wanneer de nationale rechter heeft vastgesteld dat een beding in een tussen een consument en een handelaar gesloten overeenkomst 'oneerlijk' is in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13, de omstandigheid dat dit beding niet is uitgevoerd, op zichzelf niet eraan in de weg staat dat de nationale rechter alle consequenties trekt uit het 'oneerlijke' karakter van dat beding', en HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60, *RCR* 2017/29 (*Banco Primus/Garcia*).

277 HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, *NJ* 2013/374 (*Aziz*), punt 71. Nadruk toegevoegd.

278 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.11. Het voordeel voor Staatsbosbeheer werd door het hof berekend op € 72.887,50 tot het einde van de looptijd van het erfpachtrecht. De hogere canon had voor de erfpachter een waardedrukkend effect op de verkoopprijs van het recht.

279 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.13: "Daarmee had Staatsbosbeheer een voorwaarde met verstrekkende financiële gevolgen voor beide partijen in handen, die slechts zou worden ingeroepen indien dit voor Staatsbosbeheer voordelig zou zijn." Met deze overweging lijkt het hof te abstraheren van de concrete toepassing van het beding, terwijl het wel de financiële gevolgen ervan in aanmerking neemt.

280 HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Tijhuis/Dexia*).

281 Jongeneel & Pavillon 2017 bespreken de tweede methode op p. 158-159.

baarheid van het erfpachtrecht iets anders stond dat het nadeel voor de erfpachter ophief of afzwakte lijkt in dit geval niet waarschijnlijk. Het beding kan niet als verrassend worden beoordeeld, nu canonherziening als voorwaarde voor toestemming bij overdracht bij erfpachtrechten niet als ongebruikelijk kan worden beschouwd.[282] Het beding was bij de overdracht aan eisers ook toegepast zodat de toepassing voor hen niet als verrassend kan zijn gekomen. Wel is het zo dat de transparantie-eis van art. 5 Richtlijn 93/13/EEG meebrengt dat de consument de economische gevolgen die uit het beding voortvloeien moet kunnen voorzien,[283] wat hier natuurlijk niet het geval was omdat de grondslag voor de canon, de actuele grondwaarde op het moment van herziening, een factor van steeds wisselende grootheid is die alleen met behulp van een taxatie kan worden bepaald. Ook in volgende uitspraken komen voorbeelden aan de orde van bedingen die herziening van de erfpachtcanon mogelijk maken op een op voorhand onbekende grondslag.

Het hof vernietigde art. 10 lid 3 uit de erfpachtvoorwaarden op grond van art. 6:233 sub a BW en voerde vervolgens een uitvoeringstoetsing uit van de concrete toepassing van het beding teneinde op de vordering van de erfpachters te kunnen beslissen. Deze toets werd uitgevoerd in het verlengde van de vernietiging, dus zonder het vernietigde beding, en betrof de vraag of de voorwaarde canonherziening zoals in dit geval verbonden aan toestemming voor overdracht van het erfpachtrecht de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW kon doorstaan. De toets toonde daarmee aan wat de rechtspositie van de erfpachter in dit concrete geval onder het wettelijk stelsel zou zijn geweest. In het licht van de economische effecten van de gestelde voorwaarde en de wetsgeschiedenis komt het hof tot het oordeel dat de voorwaarde onredelijk is en dat 'aannemelijk is dat de kantonrechter de voorwaarde als onredelijk terzijde zou hebben gesteld.'[284] De erfpachters hadden hun recht zonder deze voorwaarde mogen overdragen en de erfverpachter diende de schade die de erfpachters als gevolg van de voorwaarde hadden geleden te vergoeden.

3.5.7 Richtlijnconforme uitleg van artikel 5:91 lid 4 BW

De uitvoeringstoetsing van de canonherzieningsvoorwaarde aan art. 5:91 lid 4 BW was in het hierboven besproken geval veel overtuigender dan de inhoudstoetsing van het beding aan art. 6:233 sub a BW, richtlijnconform uitgelegd. De wettelijke regeling en de erfpachtvoorwaarden in geschil leverden onvoldoende vergelijkingsmateriaal op. De vraag die zich hier voordoet is of en in hoeverre de nationale rechter bij de toepassing van art. 5:91 lid 4 BW rekening dient te houden met Richtlijn 93/13/EEG. Pavillon & Vonck beamen mijn eerder vluchtig

282 Jongeneel & Pavillon 2017 bespreken de derde methode, de toetsing van verrassende bedingen op p. 159-163.

283 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, m.nt. M.R. Mok (*Kásler*), punt 75: '(…) dat artikel 4, lid 2, van richtlijn 93/13 aldus moet worden uitgelegd dat (…) het vereiste dat een contractueel beding duidelijk en begrijpelijk is opgesteld, aldus moet worden verstaan dat het niet alleen gebiedt dat het litigieuze beding voor de consument grammaticaal begrijpelijk is, maar ook dat in de overeenkomst de concrete werking van het wisselkoersmechanisme van de vreemde valuta waarnaar het betrokken beding verwijst alsmede de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen betreffende de vrijgave van de lening, transparant zijn gespecificeerd, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien.'

284 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.6.2.

geponeerde stelling dat de kantonrechter in het kader van een toetsing in de zin van art. 5:91 lid 4 BW deze bepaling richtlijnconform dient uit te leggen.[285] Deze stelling wil ik hier nader uitwerken. Wat omvat een richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW? Kan deze bepaling zover worden opgerekt dat deze een inhoudstoets in de zin van art. 4 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG omvat?

Zoals gezien is de nationale rechter verplicht al het nationale recht richtlijnconform uit te leggen.[286] Het toestemmingsvereiste zelf valt, indien opgenomen in de vestigingsakte, in beginsel niet onder de reikwijdte van de richtlijn omdat het een beding is dat overeenstemt met de wettelijke regeling van art. 5:91 lid 1 BW.[287] Art. 10 lid 1 van de erfpachtvoorwaarden van Staatsbosbeheer viel daarmee niet onder de toets, het ging uitsluitend om de op voorhand gestelde voorwaarde van art. 10 lid 3 dat bij iedere overdracht als voorwaarde aan toestemming kon worden verbonden dat de canon werd herzien. Naar nationaal recht kan de erfpachter die voorwaarde aan het redelijkheidsoordeel van de kantonrechter voorleggen. Dient de kantonrechter daarbij richtlijnconform te oordelen en zo ja, wat houdt een dergelijk oordeel in? Er zijn nog geen gepubliceerde voorbeelden van beschikkingen op grond van art. 5:91 lid 4 BW waarin richtlijnconform wordt geoordeeld, maar het hof Arnhem-Leeuwarden deed een voorzet.

Naar nationaal recht is het vraagstuk van de verhouding tussen inhoudstoetsing en uitoefeningstoetsing bij de toepassing van de algemene voorwaardenregeling bekend als de verhouding tussen de open norm van art. 6:233 sub a BW en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW.[288] Indien een situatie onder de toepassing van art. 6:233 sub a BW gebracht kan worden is er sprake van samenloop en heeft de benadeelde wederpartij een keuze op welke bepaling hij een beroep wil doen. Is de wederpartij een consument dan is ook Richtlijn 93/13/EEG van toepassing. Indien een situatie niet onder de toepassing van art. 6:233 sub a BW gebracht kan worden, is alleen een beroep op art. 6:248 lid 2 BW mogelijk. De vraag is welke rol de richtlijn dan nog heeft als de toepassing van het beding uit de algemene voorwaarden ter beoordeling voorligt en niet primair het beding zelf, of, beter gezegd, indien omstandigheden die zich na vestiging hebben voorgedaan in de beoordeling worden betrokken. Die vraag speelt ook hier want het redelijkheidsoordeel van de kantonrechter is een vorm van uitoefeningstoetsing en betreft een vraag van nationaal recht, net als de vraag naar de vrijwillige doorwerking van de richtlijnconforme interpretatie.

De machtiging van de kantonrechter wordt in beginsel verzocht voor een bepaalde overdracht en de rechter dient te toetsen of een bepaalde voorwaarde die aan die toestemming voor overdracht wordt verbonden in dat geval redelijk is. Daar-

285 Pavillon & Vonck 2018, p. 83 onder verwijzing naar Broese van Groenou 2016, p. 350, noot 57, met als conclusie: "Met andere woorden: als een beding als art. 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden oneerlijk is in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG, dan is het beroep op dat beding in het kader van art. 5:91 lid 4 BW per definitie onredelijk." Mijn stelling was dat de toets aan de richtlijn onderdeel uitmaakte van de redelijkheidstoets.

286 Wissink 2017, p. 13-14 met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur.

287 Jongeneel 2017d, p. 101. Bedingen die overeenstemmen met een wettelijke regeling kunnen in beginsel niet als onredelijk bezwarend worden aangemerkt, HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0220, *NJ* 2001/277 (*Montoya en Cloudstorm/ABN Amro*). Art. 1 lid 2 Richtlijn 93/13/EEG: "Contractuele bedingen waarin dwingende wettelijke (…) bepalingen (…) zijn overgenomen, zijn niet aan deze richtlijn onderworpen."

288 Jongeneel & Pavillon 2017, p. 174-180, Schelhaas 2017, p. 114-115, Asser/Sieburgh *6-III* 2018/485.

bij wordt ook de inhoud van de voorwaarde beoordeeld, maar het is niet hetzelfde als toetsen of het beding in de algemene erfpachtvoorwaarden dat bij iedere overdracht de canon kan worden herzien voor de erfpachter altijd oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Niet uitgesloten is echter dat de kantonrechter tot het oordeel komt dat een in de algemene erfpachtvoorwaarden opgenomen voorwaarde die aan toestemming voor overdracht wordt verbonden vanaf de vestiging als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG moet worden beschouwd.[289] Bij een inhoudstoetsing is een richtlijnconforme uitleg voorgeschreven en wordt de situatie naar het moment van vestiging beoordeeld. Het beding in kwestie bevatte echter geen andere concrete uitgangspunten voor die herziening dan dat de canon zou worden gerelateerd aan de actuele grondwaarde op het moment van herziening. Die bepaling is op zich niet meteen onredelijk en in deze zaak ging het mis in de uitvoering van het beding zodat de toets aan art. 5:91 lid 4 BW als een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW was aangewezen. Bij nadere beschouwing van de gevolgen van een canonherziening bij iedere overdracht van het erfpachtrecht moet in aanmerking genomen worden dat het aantal overdrachten zich op voorhand niet laat bepalen en dat, zeker bij een frequente overdracht aan steeds weer een nieuwe erfpachter, de ratio van aanpassing van de canon aan de gestegen grondwaarde zich niet doet gelden. Tweemaal de canon herzien in twee jaar tijd lijkt een zinloze actie, zoals ook in deze zaak werd aangetoond. Overdracht van het recht leidt over het algemeen niet tot aantoonbare waardeveranderingen voor de erfverpachter.

Bij een richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW wordt ook de inhoud van het beding in de beoordeling betrokken. Pavillon wees erop dat in het kader van een uitoefeningstoetsing ook de inhoud van een beding kon worden meegewogen:

> "De uitoefeningstoetsing kan echter ook omstandigheden mee laten wegen m.b.t. de inhoud van het beding. Zij vertoont dan veel gelijkenis met de inhoudstoetsing (zij vormt dan echter geen 'inhoudstoetsing' maar een uitoefeningstoetsing met een sterk inhoudelijk karakter: het gaat om de vraag of het beding in de concrete omstandigheden dient te worden toegepast (…). Een voorbeeld vormt HR 14 juni 2002, *NJ* 2003/112 (Bramer/Colpro). Vanwege de ongeschiktheid van de vernietigbaarheidssanctie *leent een dergelijke toepassing van art. 6:248 lid 2 zich goed voor de verplichte ambtshalve toetsing* (…). Het moment van de meegewogen omstandigheden blijft dan een punt van verschil dat door richtlijnconforme interpretatie kan worden gladgestreken."[290]

Wanneer de inhoud van het beding voorwerp van toetsing is komt de oneerlijkheidsnorm van Richtlijn 93/13/EEG aan de orde, ook bij een uitvoeringstoets. De maatstaf van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG en de indicatieve lijst kunnen dan in de overwegingen worden betrokken indien de rechtsverhouding en het beding onder de reikwijdte van de richtlijn vallen, alleen het toetsingsmoment is ver-

289 Hijma 2016, p. 35 wijst erop dat de inhoudsbeoordeling van een beding uit algemene voorwaarden in de praktijk doorgaans niet bij het aangaan van de overeenkomst wordt uitgevoerd, maar op een later moment naar aanleiding van een gebeurtenis die na de contractsluiting heeft plaatsgevonden. Indien de inhoudstoetsing ook op het totstandkomingsmoment had kunnen plaatsvinden is toetsing aan art. 6:233 sub a BW voorgeschreven, in andere gevallen is alleen de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW mogelijk. Zie over het verschil en de samenloop tussen deze bepalingen ook Schelhaas 2017, p. 114-115.

290 Pavillon 2011, p. 108-109, noot 272. Nadruk toegevoegd.

schoven van de aanvang van het recht naar een moment gedurende de looptijd ervan. De maatstaf van de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen partijen laat zich overigens ook met succes toepassen op het gedrag van de erfverpachter na vestiging, zoals het arrest van het hof aantoont.[291] Door middel van een uitoefeningstoetsing met een inhoudelijk karakter wordt een richtlijnconform resultaat bereikt, een deugdelijke bescherming van de erfpachter-consument tegen onredelijk bezwarende algemene erfpachtvoorwaarden. Hierbij wordt met name gekeken naar de concrete en niet alleen naar de mogelijke gevolgen van het toestemmingsbeding voor het evenwicht tussen de uit de vestigingsakte voortvloeiende rechten en verplichtingen van erfpachter en erfverpachter. En indien dat evenwicht als gevolg van de toepassing van het beding ten nadele van de erfpachter aanzienlijk wordt verstoord, moet het beding in dit concrete geval en tussen deze partijen, ter verzekering van hetzelfde niveau van consumentenbescherming, buiten toepassing blijven. De concrete uitwerking van het beding, in dit geval het mogelijke voordeel voor de erfverpachter van ruim € 70.000,-, kan ook gebruikt worden als indicatie voor een abstracte toets naar het moment van vestiging, zoals uitgevoerd door de Hoge Raad in de Dexia-zaak. Op deze wijze kan de uitvoering van het beding worden aangegrepen als onderdeel van de inhoudstoetsing en wordt de uitvoeringstoetsing feitelijk een vorm van inhoudstoetsing. De uitoefeningstoetsing op grond van art. 6:248 lid 2 BW dient als vangnet in gevallen waarin een beding de inhoudstoetsing overleeft.[292] Het hof voerde een dergelijke toetsing uit aan de hand van art. 5:91 lid 4 BW.

Een variant op de uitoefeningstoetsing met een inhoudelijk karakter vormt de invulling van de uitoefeningstoets met de maatstaf en de gezichtspunten van de aanzienlijke verstoringstoets volgens Richtlijn 93/13/EEG. Een voorstel om de norm over te nemen, maar niet het toetsingsmoment, wordt gedaan door Pavillon & Vonck in hun bespreking van het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden.[293] De uitkomst van de ambtshalve toetsing van de aan toestemming voor overdracht verbonden voorwaarde kan op instemming van de auteurs rekenen, maar niet de door het hof gevolgde vergelijkingsmethode. De wettelijke referentiesituatie van art. 5:91 lid 4 BW speelt terecht een belangrijke rol in de fictieve situatie zonder het beding, maar biedt in zichzelf weinig houvast voor een vergelijking omdat het aan de kantonrechter is te bepalen aan de hand van de omstandigheden van het geval wat het evenwicht tussen partijen inhoudt en waarom het bewuste beding onredelijk is. De wetgever heeft geen bepaald gebruik van het toestemmingsbeding voorzien, maar dit aan partijen overgelaten. Het hof had naar hun mening uit alle omstandigheden van het geval een evenwichtige fictieve referentiesituatie moeten afleiden, 'een uitgebalanceerde regeling/erfpachtverhou-

291 Door deze canonverhoging (twee jaar na de vorige canonverhoging) aan deze erfpachter op te leggen wordt het evenwicht binnen de rechtsverhouding aanzienlijk verstoord zodat het stellen van de voorwaarde oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG, en wordt tegelijk voldaan aan de norm van art. 6:233 sub a BW dat de canonherziening gezien de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de erfpachter.

292 Asser/Hartkamp *3-I* 2018/188: "Er zij tenslotte op gewezen dat een richtlijnconforme interpretatie ook langs de weg van art. 6:248 lid 2 BW kan worden bereikt." Blijkens het LOVCK rapport Ambtshalve toetsing II uit 2014, p. 20 kan aan de inhoudstoetsing eventueel een uitoefeningstoets worden toegevoegd. Zie ook Jongeneel & Pavillon 2017, p. 176-179. In alle voorbeelden van uitoefeningstoetsing ontbreekt een richtlijnconforme interpretatie.

293 Pavillon & Vonck 2018.

ding'.[294] Het uitgewerkte voorbeeld van een toetsing van het beding in kwestie aan de geschetste gebalanceerde referentiesituatie, toont dat deze wijze van toetsen gelijkenissen vertoont met de methode waarbij alle belangen van partijen onder de rechtsverhouding en de gevolgen van het beding daarop worden afgewogen.[295] Ik vraag me af of de door Vonck en Pavillon geschetste methode werkbaar is nu er, gezien de zeer grote variëteit aan erfpachtrechten en bijbehorende voorwaarden, geen consensus bestaat over wat in alle gevallen als een evenwichtige erfpachtverhouding moet worden beschouwd. Om dat in dit geval te kunnen beoordelen bieden de uitspraken onvoldoende gegevens. Naar mijn indruk zou het resultaat hetzelfde zijn geweest als het hof de via de vergelijkingsmethode gevonden toets aan art. 5:91 lid 4 BW richtlijnconform had uitgevoerd. Naar de mening van de auteurs kan de kantonrechter die een vervangende machtiging tot overdracht verleent in de zin van art. 5:91 lid 4 BW de in dat kader uit te voeren volle redelijkheidstoets invullen aan de hand van Richtlijn 93/13/EEG:

> '(…) de integrale redelijkheidstoets kan naar wij menen probleemloos worden ingevuld aan de hand van de aanzienlijke-verstoringtoets en bijbehorende gezichtspunten.'[296]

Daarmee kan zonder de fictieve vergelijking, aan de hand van de door Richtlijn 93/13/EEG, inclusief de indicatieve lijst en de door de jurisprudentie van het Hof van Justitie aangedragen aanwijzingen en beoordelingselementen, een richtlijnconforme uitvoeringstoets worden uitgevoerd. De oneerlijkheid van de gestelde voorwaarde wordt dan mede beoordeeld in het licht van het evenwicht tussen erfverpachter en erfpachter, zoals het hof doet door het meewegen van de voor- en nadelen voor partijen als gevolg van het beding. Dat evenwicht is in het kader van art. 5:91 lid 4 BW geen echt nieuw element en het doel van Richtlijn 93/13/EEG strookt in dit geval met het doel van de vervangende machtiging van art. 5:91 lid 4 BW. Het veronderstelt wel dat de voorwaarde deel uitmaakt van algemene erfpachtvoorwaarden.

Het gevolg van deze redelijkheidstoets in de vorm van een uitoefeningstoetsing aan de hand van de maatstaven van Richtlijn 93/13/EEG zal doorgaans zijn dat het beding geen toepassing kan vinden en dat de vervangende toestemming voor overdracht wordt verleend. Indien de kantonrechter die een concrete toepassing van een bepaald toestemmingsbeding onderzoekt tot de conclusie komt dat het beding van aanvang af onredelijk is en dat in alle toepassingen ervan zal zijn, vereist art. 6 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG dat de rechter ervoor dient te zorgen dat het beding de erfpachter niet zal binden. In overeenstemming met de jurisprudentie van het Hof van Justitie trekken Vonck en Pavillon daaruit de conclusie dat de kantonrechter de vervangende machtiging dan onvoorwaardelijk dient te verle-

294 Pavillon & Vonck 2018, p. 84-85. In een evenwichtige erfpachtverhouding zal canonherziening naar hun idee in beginsel mogelijk moeten zijn, maar niet als voorwaarde voor toestemming voor overdracht omdat dit een beperking vormt op de overdraagbaarheid van het recht.

295 Jongeneel & Pavillon 2017, p. 158-159 omschrijven deze toetsingsmethode als 'een integrale weging van alle contractuele rechten en plichten van de partijen'.

296 Pavillon & Vonck 2018, p. 86 rechterkolom.

nen en bij voorkeur het beding dient te vernietigen.[297] De verplichting om naar Nederlands recht een beding dat oneerlijk wordt bevonden in de zin van Richtlijn 93/13/EEG te vernietigen op grond van art. 6:233 sub a BW volgt uit de uitleg van de Hoge Raad van het arrest Asbeek Brusse.[298] In dit geval diende alleen de financiële voorwaarde van lid 3 vernietigd te worden, zoals het hof deed, maar: "Van essentieel belang is wel dat de kantonrechter van zijn plicht tot richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW doordrongen is."[299]

Samengevat brengt de verplichting tot ambtshalve toetsing mee dat het hof de redelijkheid van het toestemmingsbeding zoals uitgeoefend door Staatsbosbeheer mede dient te toetsen aan de inhoud van het beding en dat die inhoudstoetsing naar de maatstaven van Richtlijn 93/13/EEG en volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie dient te geschieden nu de rechtsverhouding onder het bereik van de richtlijn valt. Nadat het beding als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG is beoordeeld omdat het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen die voor partijen voortvloeien uit het erfpachtrecht door het beding aanzienlijk wordt verstoord, dient het hof het beding vervolgens te vernietigen. Nu een toets van de inhoud van het beding in het kader van een richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW kan geschieden, is de omweg via de fictieve vergelijking niet nodig. Deze toets is abstract omdat deze abstraheert van de concrete toepassing. Op voorhand was in dit geval niet voorzienbaar hoe vaak het erfpachtrecht zou worden overgedragen en op welke wijze daarbij de grondwaarde zou worden getaxeerd.

De bevoegdheid tot vernietiging van een toestemmingsbeding verbonden aan het redelijkheidsoordeel van art. 5:91 lid 4 BW betekent een uitbreiding van de sancties van het oordeel dat een bepaald beding de erfpachter niet mag binden, als gevolg van de richtlijnconforme interpretatie. Dat is een heel eind verwijderd van het tot dusverre gangbare oordeel zoals verwoord door de rechtbank Overijssel dat Staatsbosbeheer conform de bepalingen van de vestigingsakte had gehandeld en dat dat handelen daarmee niet als onrechtmatig jegens de erfpachter kan worden gekwalificeerd.

3.5.8 Particuliere erfpachtvoorwaarden

De toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG door de rechtbank Amsterdam in twee zaken over algemene erfpachtvoorwaarden vertoont zoveel overeenkomsten dat

297 Pavillon & Vonck 2018, p. 87 linkerkolom: '(…) gelet op de effectieve bescherming van de consument-erfpachter en de door het HvJ EU verlangde preventieve afstraffing van oneerlijke bedingen – [menen wij] dat de (ambtshalve) vernietiging van het beding de voorkeur zou moeten krijgen, boven het buiten toepassing laten van het beding in een concreet geval.'

298 HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487, m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*), punt 55-60 waarin het hof bepaalde dat een oneerlijk boetebeding voor de consument buiten toepassing moet worden gelaten. In het arrest HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), r.o. 3.7.3 oordeelde de Hoge Raad dat dit voor het Nederlandse recht betekende 'dat indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13, hij gehouden is het beding te vernietigen'. Vgl. het LOVCK rapport Ambtshalve toetsing II uit 2014, p. 32 waarin het gevolg wordt getrokken dat in deze de norm van art. 3:40 BW prevaleert boven de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 en 6:248 BW. Mak 2017 wijst erop dat die ambtshalve vernietiging niet goed past in het stelsel van het BW en niet uit art. 6:233 sub a BW kan worden afgeleid zodat het aanbeveling verdient deze bepaling te wijzigen.

299 Pavillon & Vonck 2018, p. 87 rechterkolom.

een gezamenlijke behandeling is aangewezen.[300] In beide gevallen wordt een beding uit de indicatieve lijst meegewogen en een fictieve vergelijkingstoets uitgevoerd nadat is vastgesteld dat de voorwaarden onder het bereik van Richtlijn 93/13/EEG vallen.

In de zaak van de appartementseigenaar stonden drie bedingen uit de Algemene bepalingen voor voortdurende particuliere erfpacht 2006 ter discussie, te weten art. 12 dat wijzigingen in de erfpacht bij het einde van het tijdvak regelde, art. 13 over herziening van de canon in geval van wijziging van het gebruik of de bebouwing en het boetebeding van art. 26.[301] De rode notariële opinie werd veroorzaakt door de wijzigingsbedingen van art. 12 en 13. Om het recht overdraagbaar te maken zou canonherziening bij bestemmingswijziging moeten vervallen en zou canonherziening bij einde tijdvak dienen te berusten op een objectieve grondslag in plaats van dat deze door de erfverpachter werd vastgesteld. Het van toepassing verklaren van nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden bij het begin van een nieuw tijdvak zou alleen mogen plaatsvinden met medewerking van de erfpachter en diens eventuele hypothecair financier.[302] De bedingen zoals opgenomen in de algemene erfpachtvoorwaarden maakten de woning niet financierbaar voor kopers en daarmee onverkoopbaar voor eiser.

De drie bedingen correspondeerden met bepalingen op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG: het boetebeding met de onevenredige schadevergoedingsverplichting van punt 1 onder e van de indicatieve lijst, het beding dat de erfverpachter eenzijdig de voorwaarden kon wijzigen correspondeerde met punt 1 onder j van de lijst en het beding dat de erfverpachter eenzijdig de prijs kon wijzigen zonder dat daar voor de erfpachter een opzeggingsrecht tegenover stond correspondeerde met punt 1 onder l van de indicatieve lijst.[303] De rechtbank beoordeelde het opzeggingsrecht van de erfpachter als niet reëel omdat er geen recht op

300 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*) en Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*).

301 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 2.2 bevat een uitvoerig citaat van deze drie bedingen.

302 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 2.7 citeert uit de brief van de notaris die de opinie opstelde aan eisers. In de brief was tevens sprake van mogelijk overleg met de erfverpachter om de algemene erfpachtvoorwaarden aan te passen. Eiser vorderde subsidiair een veroordeling van de erfverpachter om mee te werken aan wijziging van de art. 12 en 13 van de algemene erfpachtvoorwaarden zodanig dat een groene opinie zou worden afgegeven. Vgl. het voorstel van Snijders 2014. De rechtbank kwam aan deze vordering echter niet toe nu de bedingen oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG werden bevonden.

303 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.6-4.9. Ten aanzien van het prijswijzigingsbeding werd nog overwogen dat de uitzondering dat de prijs verband hield met de fluctuaties van een beurskoers of beursindex dan wel financiële marktkoersen in dit geval niet van toepassing was omdat het voor eisers om een woning ging en niet om een beleggingsobject. De prijs van het erfpachtrecht hield geen verband met fluctuatie op de markt.

vergoeding tegenover stond.[304] De rechtbank concludeerde dat de drie bedingen op grond van Richtlijn 93/13/EEG oneerlijk konden zijn 'omdat deze bedingen [gedaagde] de bevoegdheid geven de prijs en de voorwaarden aan te passen, zonder dat er sprake van een reële opzeggingsmogelijkheid.'[305] Of de bedingen ook daadwerkelijk onredelijk bezwarend waren diende vervolgens nog concreet te worden getoetst. Die concrete toets wordt hierna behandeld.

In de drie gevoegde zaken stond een periodiek canonherzieningsbeding ter discussie waarin was bepaald dat de erfverpachter om de vijf jaar of om de tien jaar een voorstel zou kunnen doen om de canon te herzien en waarbij de erfpachter, indien hij het niet met het voorstel eens was, op eigen kosten de canon door drie deskundigen kon laten vaststellen:

> '(…) op een percentage, gelijk aan het alsdan geldende gemiddelde percentage voor normale eerste hypothecaire geldleningen, van de door hen te taxeren reële waarde van de grond zonder de opstallen, telkenmale ten dage van de canonbepaling.'[306]

In alle gevallen was het erfpachtrecht uitgegeven tegen een lage aanvangscanon en had de erfverpachter het recht bedongen om periodiek de canon te verhogen.[307] De erfpachter uit de eerste zaak had een rode opinie verkregen omdat het canonherzieningsbeding een onaanvaardbaar risico inhield voor de erfpachter en zijn hypothecair financier, mede omdat objectieve uitgangspunten voor de vaststelling van het tarief en de grondslag voor canonherziening door deskundigen ontbraken.[308] De erfpachters in de twee andere zaken waren evenmin akkoord gegaan met de door de erfverpachter voorgestelde canonverhoging en hadden het beding buitengerechtelijk vernietigd. De erfverpachter had beide rechten daarop opgezegd. Het canonherzieningsbeding correspondeerde met punt 1 onder l van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG, dat een beding oneerlijk verklaart indien het tot doel of gevolg heeft dat de verkoper de prijs van de goederen kan verhogen zonder dat de consument het overeenkomstige recht heeft de overeen-

304 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.9. Opzegging van het erfpachtrecht wegens canonverhoging bij de aanvang van een nieuw tijdstip zou daarmee voor de erfpachter tot gevolg hebben dat hij op de voet van art. 5:99 lid 2 onder c BW, welke uitzonderingsgrond kennelijk in de erfpachtvoorwaarden was opgenomen, geen recht zou hebben op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen, en hij zijn investering van € 200.000,- zijnde het aankoopbedrag van het erfpachtrecht in 2008, kwijt was. Een dergelijk vermogensverlies maakte de opzeggingsbevoegdheid terecht niet reëel, in navolging van HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375 (*RWE*), punt 54: "Wat (…) het recht van de consument betreft om zijn leveringsovereenkomst op te zeggen in geval van een eenzijdige wijziging van de tarieven die de verkoper toepast, is het van fundamenteel belang (…) dat de mogelijkheid voor de consument om de overeenkomst op te zeggen, niet slechts een formeel opzeggingsrecht is, maar ook daadwerkelijk kan worden benut." Vgl. hierover Pavillon 2014, p. 170.

305 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.9.

306 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 2.1 citeerde art. 2 van de erfpachtvoorwaarden uit de eerste zaak, r.o. 2.10 bevatte de tekst van art. 1 van de erfpachtvoorwaarden uit de tweede zaak en r.o. 2.21 art. 1 van de erfpachtvoorwaarden uit de derde zaak. De tweede en de derde bepaling kenden als enige verschillen de datum van ingang en de frequentie, de canonherziening zou daar elke tien jaar plaatsvinden terwijl bij de eerste zaak de canon iedere vijf jaar kon worden herzien. Daarmee stond tevens vast dat de bedingen hadden te gelden als algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 BW.

307 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 2.2-2.6: de erfverpachter deed in de eerste zaak een voorstel de canon per 1 januari 2011 te verhogen van € 1.815,12 naar € 5.547,00 per jaar. De erfpachter had daarop art. 2 van de erfpachtvoorwaarden vernietigd op grond van onredelijk bezwarendheid.

308 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 2.8. Zie het citaat hierboven. De uitleg van het begrip 'reële waarde' van de grond uit een vergelijkbare bepaling kwam reeds aan de orde in Hof Amsterdam 26 oktober 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AS5720, *BR* 1996, p. 669 (*Randstad Holland/Reinders*).

komst op te zeggen. In dit geval voorzagen de erfpachtvoorwaarden in het geheel niet in een opzeggingsrecht voor de erfpachter.[309] De rechtbank concludeert dat het beding op grond van de richtlijn oneerlijk kan zijn omdat het de erfverpachter de bevoegdheid geeft de prijs, de canon, aan te passen zonder dat sprake is van een reële opzegmogelijkheid.[310]

De concrete toetsing van de mogelijk oneerlijke bedingen verliep in beide uitspraken langs dezelfde lijn en met behulp van de vergelijkingsmethode. De rechtbank stelde vast dat de bedingen blijkens de rode opinies onaanvaardbaar waren voor hypothecair financiers zodat de erfpachtrechten in de situatie met het beding moeilijk of niet financierbaar waren.[311] De rechtbank deed hierbij een beroep op een aanwijzing van het Hof van Justitie:

> "Een aanzienlijke verstoring van het evenwicht kan daarentegen reeds resulteren uit het feit dat de rechtspositie waarin de consument als partij bij de betrokken overeenkomst verkeert krachtens de toepasselijke nationale bepalingen, in voldoende ernstige mate wordt aangetast doordat de inhoud van de rechten die de consument volgens die bepalingen aan die overeenkomst ontleent, wordt beperkt of de uitoefening van die rechten wordt belemmerd (…)."[312]

De formulering van de rechtbank wijkt iets af van die van het Hof van Justitie, maar volgt de uitleg van het LOVCK-rapport dat een beding dat afwijkt van aanvullend recht mogelijk onredelijk bezwarend is.[313] Vervolgens wordt de wijzigingsbevoegdheid vergeleken met de imprévision-bepaling uit Boek 6 BW. Zonder het beding zal de erfverpachter niet bevoegd zijn de erfpachtvoorwaarden te wijzigen en zullen wijzigingen in de inhoud van het erfpachtrecht alleen tot stand kunnen komen met behulp van de rechter:

> "Op grond van het regelend recht zou [gedaagde] geen wijzigingsbevoegdheid toekomen: slechts bij onvoorziene omstandigheden en na toetsing door de civiele rechter zouden de gevolgen van de overeenkomst kunnen worden gewijzigd (art. 6:258 BW)."[314]

In de omstandigheden van het geval vormde met name de onoverdraagbaarheid van het erfpachtrecht als gevolg van het beding een belangrijke omstandigheid voor het vaststellen dat het onderlinge evenwicht aanzienlijk was verstoord als gevolg van het beding. Dit gold ook ingeval de erfpachter nog geen plannen had zijn woning te verkopen, de aanwezigheid van het beding maakte het recht in

---

309 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.7-4.9. De erfverpachter ging er zelfs van uit 'dat de erfpacht wederzijds onopzegbaar is'.

310 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.9 (eerste zaak) en r.o. 4.20 (tweede en derde zaak).

311 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.10 en Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.10 (eerste zaak) en 4.22 (tweede en derde zaak).

312 HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, *NJ* 2014/247, m.nt. M.R. Mok (*Constructora Principado*), punt 23.

313 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.11 en Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.10 (eerste zaak). Het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing II 2014, p. 24 citeerde het Hof en voegde daar de volgende interpretatie aan toe: "De werkgroep begrijpt dit zo dat de onredelijke bezwarendheid moet worden beoordeeld op het niveau van het beding. Een beding dat afwijkt van aanvullend recht is mogelijk onredelijk bezwarend."

314 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.11 en Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.11 (eerste zaak).

beginsel al niet meer vrij verhandelbaar.[315] Afkoop van de canon zou niet kunnen wegnemen 'dat in de onderlinge verhoudingen de wijzigingsbedingen oneerlijk zijn'.[316] De rechtbank concludeert in beide gevallen dat de wijzigingsbedingen, in het geval van de appartementseigenaar nog versterkt met het effect van het boetebeding, het evenwicht tussen erfverpachter en erfpachter aanzienlijk verstoren zodat de bedingen geen werking kunnen hebben tussen partijen. De erfpachters hadden het canonherzieningsbeding terecht vernietigd.[317] In de zaak van de appartementseigenaar kon de rechtbank geen vernietiging uitspreken omdat dit gevolgen zou hebben voor de drie andere niet in het geding betrokken appartementseigenaars met een onverdeeld aandeel in het erfpachtrecht, zodat de rechtbank in dit geval verklaarde dat de bedingen geen werking zullen hebben tussen de erfverpachter en eiser en hun beider rechtsopvolgers.[318]

In deze Amsterdamse zaken is geen sprake van ambtshalve toetsing, alle erfpachters hadden de bedingen in kwestie vernietigd omdat zij die bedingen onredelijk bezwarend achtten en deden in rechte een beroep op de richtlijnconforme interpretatie van de algemene voorwaardenregeling. In alle gevallen oordeelde de rechtbank de vernietiging rechtsgeldig, al kon vernietiging in de zaak van de appartementseigenaar niet worden toegewezen. Er is dus sprake van een inhoudstoetsing van bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden, beoordeeld naar het moment van vestiging. In beide gevallen berust dat oordeel op een professionele waardering van de particuliere erfpachtvoorwaarden in de vorm van een notariële opinie, waaruit blijkt dat de overdraagbaarheid van de erfpachtrechten als gevolg van het beding ernstig wordt beperkt. De criteria van de Nederlandse Vereniging van Banken zijn in 2011 opgesteld, als een vorm van zelfregulering, ter beoordeling van erfpachtrechten gevestigd voor 1 april 2012.[319] De vraag doet zich daarmee voor of een opinie niet moet worden beschouwd als een gebeurtenis die zich na de vestiging heeft voorgedaan en als zodanig niet bij de inhoudstoetsing kan worden betrokken. Weliswaar biedt de opinie een oordeel over de inhoud van het beding zoals het vanaf de vestiging deel uit maakte van het erfpachtrecht, maar voor 2011, of eigenlijk voor de kredietcrisis van 2008 als gevolg waarvan banken de regels voor hypotheekverstrekking gingen aanscherpen, leidden de bedingen in kwestie in het algemeen niet tot onoverdraagbaarheid van

315 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.12 en Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.12 (eerste zaak) en r.o. 4.23 (tweede en derde zaak).

316 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.14. Dit kwam met name door de hoogte van het afkoopbedrag. Bovendien zou in dit geval de canon alleen tot het einde van een tijdvak afgekocht kunnen worden.

317 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691, r.o. 4.14 (eerste zaak) en r.o. 4.25 (tweede en derde zaak). In deze zaken werd tevens opzegging van het erfpachtrecht en de grondslag daarvan in art. 12 van de erfpachtvoorwaarden nietig verklaard, r.o. 4.27. Het vonnis heeft nog geen gezag van gewijsde omdat de erfverpachter hoger beroep heeft ingesteld.

318 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, r.o. 4.18-4.19. Het vonnis heeft nog geen gezag van gewijsde omdat de erfverpachter hoger beroep heeft ingesteld.

319 Nederlandse Vereniging van Banken, Criteria voor de financierbaarheid van erfpachtrechten gevestigd vóór 1-4-2012, 16 p. Bron: <www.nvb.nl/publicaties/protocollen-regelingen-richtlijnen/1903/criteria-voor-de-financierbaarheid-van-erfpachtrechten-gevestigd-voor-01-04-2012.html>, geraadpleegd 10 mei 2018. De criteria zijn in 2013 aangevuld met een bancaire richtlijn voor de toetsing van erfpachtrechten gevestigd vanaf 1 januari 2013. De Minister van Justitie verwees in reactie op klachten van erfpachters en voorstellen tot wetswijziging expliciet naar deze vorm van zelfregulering in zijn erfpachtbrief, *Kamerstukken II* 2010/11, 32500 VII, 107, p. 4 en 8 (Erfpachtbrief van 23 mei 2011) en herhaalde tijdens het Kamerdebat over die brief dat een duurzame oplossing niet aan de wetgever was, maar een gezamenlijk taak was voor erfpachters, erfverpachters, makelaars, taxateurs en notarissen, *Kamerstukken II* 2011/12, 29453, 224 (Verslag AO Erfpacht 8 december 2011).

het erfpachtrecht. Dat bij de inhoudstoetsing latere omstandigheden in de vorm van een andere waardering van de gevolgen van een bepaald beding worden meegewogen is echter niet nieuw en kan geschaard worden onder het gezichtspunt van de 'overige omstandigheden van het geval' genoemd in art. 6:233 sub a BW en kan gebillijkt worden indien het ter bescherming van de erfpachter geschiedt:

> "Zolang het uitbreiden van de toetsing aan art. 6:233 onder a tot latere omstandigheden in het voordeel van de consument geschiedt, wordt het minimum beschermingsniveau van de richtlijn in acht genomen."[320]

De vernietiging van de bedingen omdat zij de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht in de weg staan is ontegenzeggelijk in het voordeel van de erfpachter. Daarnaast is de overdraagbaarheid van beperkte rechten een wettelijk vastgelegd vereiste met een algemeen maatschappelijk belang. Snijders heeft voorgesteld de wijziging van de erfpachtvoorwaarden met behulp van de rechter af te dwingen.[321] Erfverpachters die na de aanscherping van de hypotheekregels niet willen meewerken aan het wijzigen van de algemene erfpachtvoorwaarden vinden nu het Europees consumentenrecht op hun weg.[322]

Ik zet enige vraagtekens bij de toepassing van de fictieve vergelijking in deze gevallen. Of algemene erfpachtvoorwaarden gedurende de looptijd van het recht gewijzigd kunnen worden, wordt doorgaans primair bepaald in de voorwaarden zelf. Bij stedelijke erfpacht is niet ongebruikelijk dat de erfverpachter bedingt dat hij aan het einde van een tijdvak de algemene voorwaarden kan wijzigen en de canon opnieuw kan vaststellen. De imprévision-bepaling van art. 5:97 BW, de rechtbank refereerde alleen aan de algemene bepaling van art. 6:258 BW, is door de wetgever bedoeld voor de uitzonderlijke gevallen waarin het vasthouden aan een ongewijzigde erfpachtvoorwaarde als gevolg van onvoorziene omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Bij erfpachtrechten dient het recht minstens 25 jaar geduurd te hebben voordat de rechter een wijziging op die grond kan toewijzen. In het geval van de appartementseigenaar waren nog geen 25 jaar na vestiging verlopen,[323] in de gevallen van het canonherzieningsbeding wel. Daarmee geschiedt een wijziging op grond

---

320 Pavillon 2011, p. 109, onder verwijzing naar het HvJ EU 3 juni 2010, C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309, *NJ* 2010/555, m.nt. M.R. Mok (*Ausbanc*), waarin het Hof bevestigt dat de lidstaten met nationale regelingen een hoger beschermingsniveau voor consumenten kunnen waarborgen in de zin van art. 8 van Richtlijn 93/13/EEG, ook indien dat in afwijking van art. 4 lid 2 van de richtlijn gaat om kernbedingen. Het peilmoment is echter opgenomen in art. 4 lid 1 van de richtlijn.

321 Snijders 2014. Wijzigen van de erfpachtvoorwaarden zal in het licht van art. 6 Richtlijn 93/13/EEG en de EU-rechtspraak geen afzwakking van de wijzigingsbedingen mogen inhouden, maar moeten gaan over een vervanging van een onredelijke door een redelijke regeling. Particuliere erfpachtvoorwaarden zijn redelijk indien deze voldoen aan de criteria van de banken.

322 Snijders 2014 stelt om die reden, verkoopbaarheid van particuliere erfpachtrechten, een rechtens afdwingbare medewerking van de erfverpachter voor aan wijziging van algemene erfpachtvoorwaarden zodat deze een groene opinie opleveren. Het is in strijd met de rechtszekerheid om vast te houden aan algemene erfpachtvoorwaarden die overdraagbaarheid van het recht in de weg staan.

323 Het is niet mogelijk om aan de voorwaarden van art. 5:97 BW voorbij te gaan door in plaats daarvan art. 6:258 BW toe te passen, aangezien art. 5:97 BW een *lex specialis* is van de algemene imprévision-regeling en van dwingend recht, Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/237, onder verwijzing naar PG Boek 5 BW, p. 298. Nummer 6 van de opsomming van regelingen van dwingendrechtelijke aard: "De in artikel 8a aan de rechter gegeven bevoegdheid tot wijziging of opheffing op grond van onvoorziene omstandigheden is uiteraard dwingend."

van art. 5:97 BW altijd vanwege gebeurtenissen die zich na vestiging hebben voorgedaan zodat net als bij de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW sprake is van een vorm van uitoefeningstoetsing. Op gebeurtenissen die bij vestiging zijn voorzien is art. 5:97 BW niet van toepassing. Wijziging door de rechter op grond van onvoorziene omstandigheden is niet de enige manier om voorwaarden te wijzigen, maar wel de enige die wettelijk geregeld is en de wetgever heeft daarmee bewust een vangnet willen creëren. De formulering laat al zien dat wijziging op grond van art. 5:97 BW een uitzondering zal zijn en de bepaling wordt in de praktijk ook zeer terughoudend toegepast.[324] De vergelijking met de imprévision neemt alleen de vangnetbepaling in aanmerking en niet de ruimte die de wetgever daarmee heeft gelaten aan de contractvrijheid. Mij lijkt dat deze bedoeling van de wetgever behoort tot 'de toepasselijke regels van het nationale recht' waarmee de nationale rechter bij zijn vergelijkend onderzoek in het kader van een richtlijnconforme toetsing van een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden rekening moet houden.[325] Concrete handvatten voor een vergelijking levert dat echter niet op. De enige min of meer objectieve norm over wijzigingsbedingen in particuliere erfpachtvoorwaarden betreft de bancaire richtlijn en deze bepaalt over wijziging van de canon dat dit uitsluitend kan geschieden door indexatie of bij herziening en dat voor wijziging van de erfpachtvoorwaarden voorafgaande schriftelijke toestemming van beide partijen en de hypotheekhouder nodig is.[326] De rechtspositie van de erfpachter onder het wettelijk stelsel en zonder het wijzigingsbeding houdt in dat de algemene voorwaarden en de canon gedurende de gehele looptijd van het recht onveranderd blijven. De rechtspositie van de erfpachter met toepassing van de bancaire richtlijn houdt in dat de erfverpachter niet eenzijdige de erfpachtvoorwaarden kan wijzigen.

Dit rechtsgevolg lijkt echter niet te gelden voor algemene erfpachtvoorwaarden van overheidsinstanties. De algemene erfpachtvoorwaarden waartegen de appartementseigenaar ageerde en die door de rechtbank oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG werden bevonden, waren in dit geval een exacte kopie van bedingen uit de 'Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht' van de gemeente Amsterdam uit 1994 en 2000. De wijzigingsbedingen uit onder meer deze algemene erfpachtvoorwaarden werden in de SEBA-zaak voorgelegd aan de Hoge Raad en getoetst door het hof Den Haag en door beide instanties niet onredelijk bezwarend voor de erfpachters gevonden. In een aanvullende overweging geeft de Hoge Raad een aanwijzing voor de richtlijnconforme toetsing van een eenzijdig wijzigingsbeding uit algemene erfpachtvoorwaarden waarbij onder meer waarde wordt gehecht aan de omstandigheid dat de voorwaarden worden gewijzigd bij besluit van de gemeenteraad en deel uitmaken van gemeentelijk beleid:

---

324 In par. 6.6 wordt nader ingegaan op beëindiging van het recht door de rechter op grond van art. 5:97 BW.

325 HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, *NJ* 2014/247, m.nt. M.R. Mok (*Constructora Principado*), punt 21.

326 Nederlandse Vereniging van Banken, Bancaire richtlijn financierbaarheid erfpachtrechten (te vestigen) vanaf 1-1-2013. De richtlijn is geschreven vanuit het oogpunt van hypothecaire geldverstrekkers en bevat onder meer art. A6: "De bloot eigenaar en de erfpachter mogen de erfpachtvoorwaarden niet wijzigen zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de hypothecaire geldverstrekker;" en art. B13: "De canon wijzigt uitsluitend door indexatie of na herziening." De richtlijn bevat gedetailleerde voorschriften over het vaststellen van de canon bij aanvang en bij herziening.

> "Zijn oordeel [van het hof] 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."[327]

Het daarop volgende oordeel van het hof Den Haag over het eenzijdige wijzigingsbeding uit de algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam is gelijkluidend:

> "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). (…) 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."[328]

De inhoudstoetsing van een eenzijdig wijzigingsbeding houdt rekening met de plaatsing op de indicatieve lijst, maar dat betekent nog niet automatisch dat het beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Ook niet indien tegenover prijswijziging in de vorm van canonherziening geen reële opzeggingsmogelijk-

---

327 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 5.1.6.

328 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 4.13-4.14. Bevestigd in cassatie, HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

heid van de erfpachter staat. Een concrete toetsing van het beding moet uitwijzen of dit een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen partijen met zich brengt. Nu de tekst van de bedingen identiek is zal het effect ervan op de erfpachters in beginsel ook identiek zijn: aan het einde van een tijdvak worden nieuwe algemene voorwaarden en een nieuwe canon van toepassing, waarvan de inhoud en berekening niet bij voorbaat vaststaat. Ten aanzien van de gemeente als erfverpachter wordt dat redelijk geacht en blijft het wijzigingsbeding in stand, ten aanzien van een particuliere erfverpachter wordt het wijzigingsbeding vernietigd omdat het de onoverdraagbaarheid van het erfpachtrecht veroorzaakt. Het belangrijkste verschil tussen de erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam en de beide particuliere erfverpachters ligt immers in de notariële opinie die particuliere erfpachtvoorwaarden beoordeelt op het risico voor erfpachters en financiers. Een overheidsinstantie dient op grond van de algemene beginselen voor behoorlijk bestuur een betrouwbare contractspartij te zijn, ook bij privaatrechtelijke rechtshandelingen zoals het vestigen van erfpachtrechten. Voor de Hoge Raad speelt tevens mee dat de algemene erfpachtvoorwaarden door de gemeenteraad waren vastgesteld, een democratisch gekozen representatief orgaan waarin de erfpachters hun belangen vertegenwoordigd kunnen weten, maar volgens de parlementaire geschiedenis moet het geen verschil maken 'of de algemene voorwaarden door een overheidslichaam zijn goedgekeurd of wellicht zelfs voorgeschreven'.[329]

Het bezwaar van de banken bestaat er voornamelijk uit dat de particuliere erfverpachter naar eigen inzicht en daarmee naar willekeur eenzijdig wijzigingen in de erfpachtvoorwaarden kan aanbrengen die voor de erfpachters onvoorziene gevolgen kunnen hebben. In bovengenoemde gevallen kon de wijzigingsbevoegdheid om de vijf of tien jaar of bij het einde van een tijdvak van vijftig jaar worden uitgeoefend. Het moment van canonherziening was daarmee te overzien, maar het belangrijkste bezwaar was dat de manier waarop de canon periodiek gewijzigd zou worden in de algemene voorwaarden niet of alleen in zeer ondoorzichtige termen was beschreven. Daarmee was het voor de erfpachter niet vooraf inzichtelijk hoe de canon periodiek zou worden verhoogd en kon hij niet op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria voorzien welke economische gevolgen er voor hem uit de vestigingsakte zouden voortvloeien.[330] Dit geldt in dezelfde mate voor de gemeentelijke voorwaarden, maar de rechtbank en het hof betrekken het transparantiebeginsel dat uitdrukkelijk onderdeel uitmaakt van het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13/EEG niet in hun oordeel. In de andere zaken gebeurde dat evenmin.

3.5.9 Het transparantiebeginsel

Naar mijn mening zal het transparantiebeginsel een betere grondslag vormen voor de aanzienlijke verstoringtoets dan de fictieve vergelijkingstoets. Overweging nr. 20 uit de considerans bij en art. 5 van Richtlijn 93/13/EEG bieden een invulling van de open norm op het gebied van de vormgeving van een beding uit

329 PG Boek 6 Inv. BW, p. 1565 (MvA I van 24 november 1986).
330 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, m.nt. M.R. Mok (*Kásler*), punt 75.

algemene voorwaarden.[331] Dit zogenoemde transparantiegebod is geïmplementeerd in art. 6:238 lid 2 BW.[332] Het Hof van Justitie vat het transparantiebeginsel ruim op, gezien de zwakke positie van de consument en met name gezien zijn informatieachterstand in verhouding tot de verkoper. Daarom moeten de bedingen in algemene voorwaarden niet alleen taalkundig en grammaticaal duidelijk en begrijpelijk zijn, maar dienen zij ook inhoudelijk inzichtelijk te zijn zodat de consument voor het sluiten van de overeenkomst de gevolgen van het beding en van alle bedingen samen kan overzien:

> "70. Met betrekking tot genoemd artikel 5 heeft het Hof reeds geoordeeld dat het voor een consument van wezenlijk belang is dat hij, vóór sluiting van de overeenkomst, kennisneemt van alle contractvoorwaarden en de gevolgen van de sluiting van de overeenkomst. Op basis van de aldus verkregen informatie zal hij namelijk beslissen of hij wenst contractueel gebonden te zijn aan een verkoper door de voorwaarden te aanvaarden die de laatstgenoemde tevoren heeft vastgelegd (zie arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 44).
> 71. Dat contractuele bedingen taalkundig en grammaticaal begrijpelijk zijn, volstaat dus niet om te voldoen aan het in richtlijn 93/13 neergelegde vereiste van transparantie van die bedingen.
> 72. Integendeel, (…) aangezien het door richtlijn 93/13 uitgewerkte beschermingsstelsel op de gedachte berust dat de consument zich tegenover de verkoper in een zwakke positie bevindt en met name over minder informatie dan laatstgenoemde beschikt, moet dit vereiste van transparantie ruim worden opgevat."[333]

De rechter moet hierbij uitgaan van een normaal geïnformeerde en redelijk omzichtige en oplettende gemiddelde consument die op basis van alle relevante feitelijke gegevens, de strekking van de bedingen kon begrijpen, maar ook de mogelijk aanzienlijke economische gevolgen van de overeenkomst als geheel voor hem kon inschatten:

> "Wat een contractueel beding als beding III/2 betreft, (…) dat voor de consument tot een schijnbaar onbegrensde verhoging van de kosten van de financiële dienst leidt, volgt uit de artikelen 3 en 5 van richtlijn 93/13 alsmede uit de punten 1, sub j en l, en 2, sub b en d, van de bijlage bij die richtlijn dat het met het oog op de naleving van het vereiste van transparantie van wezenlijk belang is te weten of in de leningsovereenkomst *de reden voor en de bijzonderheden van* het wisselkoersmechanisme van de vreemde valuta en de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen betreffende de vrijgave van de lening, *transparant zijn gespecificeerd*, zodat de consument *op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die er voor hem uit voortvloeien, kan voorzien* (zie naar analogie arrest RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, punt 49)."[334]

---

331 Overweging 20 uit de considerans bij Richtlijn 93/13/EEG luidt: "Overwegende dat de overeenkomsten in duidelijke en begrijpelijke bewoordingen moeten worden opgesteld; dat de consument daadwerkelijk gelegenheid moet hebben om kennis te nemen van alle bedingen en dat in geval van twijfel de voor de consument gunstigste interpretatie prevaleert." Art. 5 van Richtlijn 93/13/EEG luidt: "In het geval van overeenkomsten waarvan alle of bepaalde aan de consument voorgestelde bedingen schriftelijk zijn opgesteld, moeten deze bedingen steeds duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. In geval van twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de consument gunstigste interpretatie. (…)." HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355, m.nt. M.R. Mok (*Kásler*), punt 67.

332 Zie over het transparantiegebod onder meer Jongeneel 2017c, p. 437-455 en Hijma 2016, p. 49-50.

333 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, punt 70-72.

334 HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, punt 73. Nadruk toegevoegd.

De reden voor de wijziging en de wijze waarop die wordt berekend moeten dus vooraf op een duidelijke en begrijpelijke manier aan de consument kenbaar zijn, hij moet uit die informatie kunnen afleiden wat voor hem de economische gevolgen van de overeenkomst zullen zijn, gedurende de hele looptijd. Voor canonherzieningsbedingen is de jurisprudentie over prijswijzigingsbedingen van belang waarin het Hof heeft bepaald dat bij aanvang onder meer de wijze van aanpassing van de prijs duidelijk en transparant moet zijn gespecificeerd:

> "Aangaande de beoordeling van een beding op grond waarvan de verkoper de kosten van de dienst eenzijdig kan wijzigen, heeft het Hof reeds verklaard dat uit de artikelen 3 en 5 alsmede uit de punten 1, sub j en l, en 2, sub b en d, van de bijlage bij richtlijn 93/13 volgt dat het van wezenlijk belang is te weten of, ten eerste, in de overeenkomst de reden voor en de wijze van aanpassing van de kosten van de dienst transparant zijn gespecificeerd, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria eventuele wijzigingen van deze kosten kan voorzien, en ten tweede, de consumenten het recht hebben de overeenkomst te beëindigen in geval van een daadwerkelijke wijziging van deze kosten (zie in die zin arrest Invitel, reeds aangehaald, punten 24, 26 en 28)."[335]

De ruime opvatting van het transparantiegebod leent zich goed voor de beoordeling van wijzigingsbedingen in algemene erfpachtvoorwaarden. Dat deze bedingen reeds lang praktijk zijn doet er niet aan af dat het voor erfpachters onredelijk bezwarend is niet vooraf te weten waaruit de periodieke wijzigingen van hun recht, en met name van de canon, zullen bestaan. Net als de bancaire richtlijn vereist ook de Europese jurisprudentie over Richtlijn 93/13/EEG dat in de vestigingsakte op transparante wijze is gespecificeerd om welke redenen, op welk moment en op welke wijze de algemene erfpachtvoorwaarden en de canon in de toekomst zullen worden herzien. Wijzigingsbedingen die niet aan het transparantiegebod voldoen zijn onredelijk bezwarend voor de erfpachter en dienen in beginsel op grond van art. 6:233 sub a BW vernietigd te worden.[336]

De erfpachters van de gemeente Amsterdam konden niet met succes concrete omstandigheden aanvoeren waaruit bleek dat het beding oneerlijk was, terwijl de erfpachters van de particuliere erfverpachters konden wijzen op de rode notariële opinie. Bij stedelijke erfpacht zal, afhankelijk van de formulering van het beding, het transparantiegebod aan toepassing in de weg kunnen staan, te beoordelen per geval. Ten aanzien van canonherziening heeft de wetgever bewust afgezien van een wettelijke regeling en de regeling daarvan overgelaten aan partijen.[337] Het transparantiegebod zal ten aanzien van canonherziening met name een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de vraag of de wijze van herziening vooraf voorzienbaar is. Dit sluit aan bij de wens van de banken zoals neergelegd in bancaire richtlijn om bij aanvang van het recht te kunnen voorzien op welke wijze de canon gedurende de looptijd van het recht zal worden aangepast.

---

335 HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375 (*RWE*), punt 49.
336 Jongeneel 2017c, p. 442-443.
337 PG Boek 5 BW, p. 323. Een verzoek van de Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken om canonherziening wettelijk te regelen werd afgewezen omdat daar weinig behoefte aan leek te bestaan: 'Men kan deze kwestie beter aan de erfpachtsvoorwaarden overlaten', aldus de regeringscommissaris.

Het rechtsgevolg van vernietiging van art. 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden van Staatsbosbeheer zou zijn geweest dat de erfpachter zijn recht met vervangende toestemming van de kantonrechter dan wel met toestemming van Staatsbosbeheer zonder de voorwaarde canonherziening had kunnen overdragen. Dit zou gevolgen hebben gehad voor de rechtsopvolger, Staatsbosbeheer zou de voorwaarde canonherziening nooit meer aan overdracht van het recht kunnen verbinden. Deze rechtsverhouding kon daarmee verder bestaan zonder het beding.[338] In casu was het wegvallen van het canonherzieningsbeding in het voordeel van de erfpachter. Enige vorm van compensatie voor de erfverpachter lag niet in de rede, reeds omdat het Europees consumentenrecht meebracht dat het beding niet mocht worden toegepast en ook omdat het voordeel voor de erfverpachter zich uitsluitend zou voordoen indien de erfpachter zijn recht zou overdragen, een situatie die de erfverpachter niet kon beïnvloeden.[339]

Het rechtsgevolg van het buiten toepassing laten van de wijzigingsbedingen uit de particuliere algemene erfpachtvoorwaarden in de zaak van de appartementseigenaar zal primair zijn dat het recht weer overdraagbaar wordt. Daarnaast zullen op het voortdurende recht voor onbepaalde tijd dezelfde erfpachtvoorwaarden blijven gelden en zal de canon alleen nog aangepast kunnen worden aan de inflatie. De rechtsverhouding kan daarmee verder bestaan zonder toepassing van de gewraakte bedingen, maar met een aanzienlijk nadeel voor de erfverpachter. Het buiten toepassing laten van het wijzigingsbeding strekt zich ver uit in de tijd. Bij de aanvang van een nieuw tijdvak zal voor sommige gerechtigden de canon en de voorwaarden worden aangepast, maar voor de eiser uit deze zaak zullen die aanpassingen geen werking hebben. Ten aanzien van de canon laat zich dat verwezenlijken, in de zin dat de canon volgens de akte wordt aangepast en voor de vier appartementseigenaars een nieuw bedrag wordt berekend, waarvan de verhoging ten aanzien van eiser niet wordt geïnd. Ten aanzien van de toepasselijke algemene voorwaarden zal naar mijn mening niet de situatie kunnen ontstaan dat voor verschillende gerechtigden in het erfpachtrecht verschillende erfpachtvoorwaarden gelden, zodat de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging van de algemene erfpachtvoorwaarden *de facto* zou worden opgeheven met het buiten werking stellen ten aanzien van één appartementseigenaar.

Het rechtsgevolg van het vernietigen van de canonherzieningsbedingen zal primair zijn dat de rechten weer overdraagbaar worden. Omdat vernietiging op grond van art. 6:233 sub a BW op grond van art. 191 Overgangswet NBW niet verder terug kan werken dan tot 1 januari 1993 zal de canon die vanaf die datum is betaald voor onbepaalde tijd ongewijzigd blijven nu alle aanpassingen van de canon na 1 januari 1993 zonder grondslag zijn verricht en de betaling daarvan onverschuldigd is geweest. De terugbetalingsverplichting zal ook moeten gelden

338 Onder meer HvJ EU 21 januari 2015, C-482/13 e.a., ECLI:EU:C:2015:21, *RCR* 2015/26 (*Unicaja Banco*), punt 28.

339 Snijders 2014 wijst onder het kopje 'Erfpacht en eigendomsbescherming' op de verzwakte rechtspositie van de erfverpachter als gevolg van aanpassing van de erfpachtvoorwaarden. Daar zal een redelijke vergoeding tegenover moeten staan, mede om een beroep op de bescherming van eigendom in de zin van art. 1 EP te pareren. Of enige compensatie redelijk zal zijn dient per geval te worden beoordeeld, mede aan de hand van de andere voorwaarden en de omstandigheden van het geval. Het is de vraag of dat ook opgaat indien een beding oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG wordt beoordeeld.

indien een erfpachtrecht in de tussentijd is overgedragen en de huidige erfpachter een recht met een te hoge canon heeft verkregen.

Samengevat blijkt uit deze uitspraken dat eenzijdige wijzigingsbedingen in algemene erfpachtvoorwaarden niet automatisch als oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG kunnen worden beschouwd, ondanks vermelding op de indicatieve lijst. Dit geldt ook voor canonherzieningsbedingen waartegenover voor de erfpachter geen reële bevoegdheid tot opzegging van zijn recht staat. Bij de concrete beoordeling van ieder afzonderlijk beding wordt de aanzienlijke verstoring van het evenwicht toets uitgevoerd aan de hand van de vergelijkingsmethode, maar art. 5:97 BW biedt daarvoor onvoldoende houvast omdat het een vorm van uitoefeningstoetsing is die wijziging van erfpachtvoorwaarden door de rechter mogelijk maakt als vangnet. De omstandigheid dat na vestiging de wijzigingsbedingen leiden tot een rode notariële opinie en daarmee het erfpachtrecht onoverdraagbaar maakten was in deze gevallen doorslaggevend voor het oordeel dat de bedingen als onredelijk bezwarend voor de erfpachter moesten worden vernietigd. De opinie geldt alleen voor particuliere erfpacht, maar zou ook als norm kunnen fungeren voor erfpachtrechten met een overheidsinstantie als erfverpachter. Dit geldt niet zozeer voor de wijziging van de canon en/of de algemene erfpachtvoorwaarden op zich, als wel voor de wijze waarop de canon bij herziening zal worden berekend. Ook erfpachtvoorwaarden van overheidsinstanties dienen immers te voldoen aan het Europeesrechtelijke transparantiebeginsel dat inhoudt dat de erfpachter voorafgaand aan de vestiging van het recht op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria kan voorzien welke economische gevolgen er voor hem uit de vestigingsakte zullen voortvloeien.

3.6 Samenvatting en conclusie algemene erfpachtvoorwaarden

Op algemene erfpachtvoorwaarden is de algemene voorwaardenregeling van Boek 6 BW van toepassing omdat de wetgever heeft bepaald dat de bescherming van wederpartijen van gebruikers van algemene voorwaarden zich diende uit te strekken tot erfpachtvoorwaarden, ook indien deze door een overheidsinstantie als erfverpachter werden gebruikt. De details van die toepassing zijn in de doctrine en vooral in de rechtspraak uitgewerkt. Algemene erfpacht- en opstalvoorwaarden vormen geen recht in de zin van art. 79 RO zodat over uitleg en toepassing van deze voorwaarden in cassatie niet in materiële zin geklaagd kan worden. De Hoge Raad heeft een toetsingsmaatstaf voor bindend advies vastgesteld die van belang is wanneer in erfpachtzaken deskundigen worden ingeschakeld. Naarmate het bindend advies meer het karakter heeft van geschilbeslechting, worden er hogere eisen gesteld aan de motivering ervan.

Bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden die onredelijk bezwarend zijn voor de erfpachter kunnen worden vernietigd op grond van de open norm van art. 6:233 sub a BW, aangevuld met de zwarte of grijze lijst indien de erfpachter een consument is. Het peilmoment voor de toetsing vormt de vestiging van het recht. Omdat erfpachtrechten voor een lange duur of voor onbepaalde tijd worden gevestigd en gedurende de looptijd regelmatig worden overgedragen doet zich de

vraag voor naar de gelding van de algemene voorwaardenregeling voor rechtsopvolgers. De hoedanigheid van de rechtsopvolger is beslissend voor het soort toepassing van de regeling, maar het peilmoment blijft de situatie bij vestiging. De toetsing van algemene erfpachtvoorwaarden in rechte is pas laat op gang gekomen. Bij een toetsing aan de algemene voorwaardenregeling staat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter centraal omdat de vraag voorligt of deze erfverpachter jegens deze erfpachter een beroep toekomt op dit bepaalde beding uit de in de vestigingsakte afgesproken algemene erfpachtvoorwaarden. Daarbij was in de parlementaire geschiedenis al een vergelijking voorgeschreven tussen de rechtspositie van de erfpachter met en zonder het beding, een afweging van de kenbare belangen van partijen en een meewegen van alle omstandigheden van het geval.

Onder invloed van het Europees consumentenrecht heeft de rechtsontwikkeling ten aanzien van de toetsing van onredelijk bezwarende bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden vaart gekregen. Dat het nationale recht richtlijnconform moet worden uitgelegd kreeg betekenis met de jurisprudentie omtrent de verplichting tot ambtshalve toetsing van bedingen in algemene voorwaarden aan Richtlijn 93/13/EEG over oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Een richtlijnconforme toetsing van afd. 6.5.3 BW omvat een uitleg van de algemene voorwaardenregeling in het licht van de bewoordingen en het doel van Richtlijn 93/13/EEG en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn steeds nauwkeuriger aanwijzingen gegeven voor de toepassing van de Europese norm, de indicatieve lijst van oneerlijke bedingen en de toetsing van de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen partijen als gevolg van een bepaald beding. Omdat algemene erfpachtvoorwaarden onder de algemene voorwaardenregeling vallen wordt de richtlijnconforme toets ook op deze voorwaarden toegepast, ook al heeft het Hof van Justitie over deze toepassing nog geen aanwijzing of oordeel gegeven. De toepassing van Richtlijn 93/13/EEG wordt primair bepaald door de hoedanigheid van partijen. Wat geldt indien rechtsopvolgers een andere hoedanigheid hebben dan de oorspronkelijke erfpachter is in de Europese jurisprudentie nog niet aan de orde gekomen, terwijl naar Nederlands recht een voorzienbaarheidscriterium ingang heeft gevonden. De temporele reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG maakt dat niet alle nog lopende erfpachtrechten onder het bereik van de richtlijn vallen, maar een vrijwillige toepassing op rechten gevestigd voor 31 december 1994 lijkt mogelijk.

Eind 2017 zijn drie verschillende bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden getoetst aan Richtlijn 93/13/EEG met behulp van de vergelijkingsmethode, waarbij in alle gevallen de bedingen als onredelijk bezwarend voor de erfpachter werden vernietigd of buiten toepassing gelaten. De vergelijking met de wettelijke regelingen van toestemming voor overdracht van art. 5:91 BW of voor de wijziging van de inhoud van erfpachtrechten van art. 5:97 BW was niet altijd even succesvol. De erfpachttitel bevat dermate algemene richtlijnen en laat voor het overige zoveel over aan de contractvrijheid dat een vergelijking tussen de situatie met en zonder het beding weinig oplevert en geen recht doet aan de bedoeling van de wetgever. Ten aanzien van de uitoefeningstoets van art. 5:91 lid 4 BW kom ik tot de conclusie dat deze toets met een sterk inhoudelijke inslag, eventu-

eel abstract beoordeeld naar het moment van vestiging, kan leiden tot de conclusie dat het verbinden van de voorwaarde canonverhoging aan iedere toestemming voor overdracht van het erfpachtrecht onredelijk bezwarend kan zijn voor de erfpachter. Een richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW leidt in ieder geval tot een beoordeling van erfpachtverhoudingen met meer aandacht voor het evenwicht tussen de belangen van erfpachter en erfverpachter bij bijvoorbeeld overdracht van het erfpachtrecht. De richtlijnconforme uitleg vormt dan een aanvulling op de wettelijke regeling en voegt daar een wezenlijk niveau van bescherming van de erfpachter-consument aan toe.

Ten aanzien van bedingen die een periodieke en eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden en/of de canon mogelijk maken voegt een vergelijking met de wettelijke regeling weinig toe en dient veeleer het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ruim uitgelegde transparantiegebod te worden toegepast. Aan het vereiste dat in de vestigingsakte voor de erfpachter duidelijk en begrijpelijk is opgenomen wat de reden voor de wijziging is en op welke manier de wijziging van bijvoorbeeld de prijs zal worden berekend opdat hij vooraf een realistische inschatting kan maken van de economische gevolgen van het erfpachtrecht gedurende de gehele looptijd, zal door vrijwel geen enkel eenzijdig wijzigingsbeding worden voldaan. Dezelfde norm is opgenomen in de bancaire richtlijn die een belangrijke rol speelde bij de vaststelling dat de wijzigingsbedingen onredelijk bezwarend voor de erfpachter zijn. Een erfpachtrecht dient immers overdraagbaar te zijn.

Het Europese consumentenrecht heeft aan de toetsing van algemene erfpachtvoorwaarden de beoordeling van het evenwicht tussen partijen bij een erfpachtverhouding toegevoegd. Daarmee is in deze zaken de nadruk op de rechtsverhouding komen te liggen. Voorheen werden bij een beoordeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid uiteraard de belangen van partijen in de beoordeling betrokken, maar nieuw is het vereiste dat er een evenwicht dient te bestaan tussen de rechten en verplichtingen die voor erfpachter en erfverpachter uit de vestigingsakte voortvloeien. De wetgever had de inhoud van het erfpachtrecht nadrukkelijk aan de partijautonomie overgelaten. In de gevallen waarin de erfpachter als een consument moet worden beschouwd en een groot deel van de erfpachtvoorwaarden in algemene voorwaarden is opgenomen is voor die partijautonomie nu minder ruimte. Erfpachtvoorwaarden die geen kernbedingen zijn en waaraan de erfpachter eenvoudig gebonden raakt kunnen reeds wegens een onduidelijke formulering worden vernietigd. Dit lijkt een kwestie van vorm boven inhoud, maar het gaat om bepalingen die voor een zeer lange duur voor erfpachters van woningen bepalen hoe hoog hun lasten zullen zijn en op grond waarvan die berekend worden zodat de eis dat die lasten van tevoren bekend zijn en duidelijk geformuleerd zijn gerechtvaardigd is. De circa honderdjarige Nederlandse praktijk van stedelijke erfpacht die met eenzijdige wijzigingsbedingen trachtte de erfpachtvoorwaarden aan de tijd en de belangen van de erfverpachter te kunnen aanpassen vindt daarmee zijn begrenzing in het Europese recht ter bescherming van de consument.

4 Het toestemmingsvereiste

Waar de algemene voorwaardenregeling onderdeel is van Boek 6 BW en bij algemene erfpachtvoorwaarden een voorbeeld vormt van de toepassing van het verbintenissenrecht op goederenrechtelijke verhoudingen, is een aantal vormen van het toestemmingsvereiste geregeld in Boek 5 BW. Het verbintenisrechtelijke element bij toestemming wordt gevormd door de rechtsfiguur toestemming zelf en door de redelijkheidstoetsing van art. 5:91 lid 4 BW, waarvan we in hoofdstuk 3 al een aantal voorbeelden gezien hebben. De vragen die hier centraal staan zijn of aan het overzicht van jurisprudentie criteria voor die redelijkheidstoetsing ontleend kunnen worden en wat de rechtsgevolgen kunnen zijn van een onredelijke weigering van toestemming.

4.1 Inleiding toestemmingsvereiste

De wetsgeschiedenis, doctrine en rechtspraak over het toestemmingsvereiste in erfpachtverhoudingen zijn bestudeerd vanuit de relationele benadering.[1] Een toestemmingsvereiste dat betrekking heeft op de beschikkingsmacht over het erfpachtrecht en/of het gebruik van de onroerende zaak maakt deel uit van de inhoud van het erfpachtrecht en heeft als zodanig derdenwerking. Een voor een concrete handeling gevraagde en verleende toestemming vormt echter een eenzijdig gerichte rechtshandeling die werkt tussen bepaalde partijen, namelijk de erfpachter die krachtens de erfpachtvoorwaarden toestemming voor een bepaalde (rechts)handeling dient te vragen en de erfverpachter die de gevraagde toestemming kan verlenen. Daarmee vormt de rechtsfiguur toestemming zelf een verbintenisrechtelijke dimensie binnen de rechtsverhouding. Vanwege het verbintenisrechtelijke karakter van de rechtsfiguur toestemming die bij erfpachtverhoudingen voorkomt in de vorm van wat Bartels noemt ‘wettelijke optionele

1 Dit hoofdstuk vormt een bewerking van mijn overzichtsartikel over het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen, aangevuld met later verschenen rechtspraak en literatuur en met materiaal dat geen plaats vond in het artikel. Zie Broese van Groenou 2016. Voor dit deel van het onderzoek heb ik naast de wetsgeschiedenis en de literatuur ook alle rechterlijke uitspraken bestudeerd over zaken waarin een erfpachtrecht in het geding was en waarin de erfverpachter aan de erfpachter een toestemmingsvereiste oplegde voor het uitvoeren van een feitelijke handeling of een rechtshandeling. Bestudeerd zijn in totaal 56 uitspraken uit de periode 1973-2018, verdeeld naar 7 arresten van de Hoge Raad, 13 arresten van gerechtshoven, 33 uitspraken van rechtbanken en kantongerechten en 3 uitspraken van andere instanties uit het Koninkrijk. De uitspraken zijn verzameld door middel van verwijzingen in literatuur en via zoekacties in rechtspraak.nl en Legal intelligence, aangevuld met controles in de gepubliceerde Nederlandse Jurisprudentie, waarbij zowel het kaartsysteem is gebruikt als de online toegang. De verzameling is afgesloten op 1 mei 2018.

toestemmingsvereisten'[2] staat bij dit onderwerp de verbintenisrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding automatisch voorop. Uit een voor een concrete (rechts)handeling verleende toestemming zelf volgen geen verbintenissen.[3] Uit de erfpachtvoorwaarden kan voor de erfpachter wel de verplichting volgen voorafgaand aan een bepaalde handeling de erfverpachter om toestemming te verzoeken. Die verplichting kan worden gekarakteriseerd als een verbintenis en het niet nakomen ervan kan serieuze rechtsgevolgen met zich brengen. Geen toestemming vragen waar dat wel vereist is, heeft hetzelfde gevolg als een weigering van toestemming: de erfpachter kan de betreffende handeling niet rechtsgeldig verrichten. Het is nuttig om bij het analyseren van de rechtsontwikkeling onderscheid te maken tussen de verplichting voor de erfpachter toestemming te vragen, een verbintenis die voortvloeit uit het erfpachtrecht, en het verlenen van toestemming door de erfverpachter, een eenzijdige rechtshandeling.

Het wettelijk toestemmingsvereiste bij erfpacht is als volgt geregeld. Een erfpachter is in beginsel bevoegd zijn recht over te dragen omdat beperkte rechten op grond van art. 3:83 lid 1 BW overdraagbaar zijn tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen overdracht verzet. Deze bevoegdheid tot overdracht kan op grond van art. 5:91 lid 1 BW bij de vestiging van het recht worden beperkt door in de vestigingsakte te bepalen dat het erfpachtrecht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen. Voorafgaande toestemming van de erfverpachter kan op grond van art. 5:91 lid 2 BW eveneens worden bedongen in het geval de erfpachter zijn recht wil splitsen door een deel ervan over te dragen en op grond van art. 5:106 lid 7 jo. art. 5:91 lid 3 BW bij overdracht van een appartementsrecht dat is ontstaan na splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten.[4] Indien in de vestigingsakte toestemming is bedongen, de erfpachter zijn recht wil overdragen of splitsen en daar toestemming voor vraagt aan de erfverpachter, en de erfverpachter die toestemming *zonder redelijke gronden* weigert of zich niet verklaart, kan de vereiste toestemming op grond van art. 5:91 lid 4 BW op verzoek van degene die haar behoeft worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter van het arrondissement waarin de zaak of het grootste gedeelte daarvan is gelegen. De verlening en weigering van bedongen toestemming is daarmee onderworpen aan een redelijkheidstoetsing. Indien de erfverpachter bij vestiging geen toestemmingsvereiste heeft gesteld en weigert toestemming voor overdracht of splitsing te verlenen wordt aan de redelijkheidstoetsing niet toegekomen, de erfpachter is in dat geval bevoegd tot overdracht of splitsing zonder toestemming van de erfverpachter.

Het toestemmingsvereiste vormt een beperking van de beschikkingsmacht van de erfpachter over zijn recht. Alle vormen van toestemming behalve die voor bestemmingswijziging moeten in de vestigingsakte door de erfverpachter bedon-

2 Bartels 2006, p. 7. Hij doelt daarmee op 'situaties (…) waarin de wet eist dat iemand toestemming nodig heeft, of dat de wet expliciet refereert aan de mogelijkheid een toestemmingsvereiste te bedingen. Deze laatste groep tref je vooral aan in het goederenrecht'.

3 Spierings 2016, p. 303-304. Uit de rechtshandeling die met de verkregen toestemming rechtsgeldig kan worden verricht kunnen wel verbintenissen voortvloeien.

4 Bij overdracht van een appartementsrecht dat is ontstaan door splitsing van een erfpachtrecht wordt het betreffende aandeel in het erfpachtrecht eveneens overgedragen, Rb. Arnhem 2 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD3489 (*appartementseigenaars/Wageningen*).

gen worden. De beperking kan dus variëren waarmee het toestemmingsvereiste een indicatie vormt van de krachtsverschillen in de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter. Een recht waarbij voor alle mogelijke (rechts)handelingen vooraf schriftelijke toestemming moet worden verzocht, op straffe van een forse boete, biedt de erfpachter veel minder vrijheid in zijn gebruik dan een recht waarbij voor geen enkele (rechts)handeling toestemming nodig is.[5] In de doctrine is aan het toestemmingsvereiste bij erfpacht geen bijzondere aandacht besteed.[6] Sommige auteurs stellen dat in de schaarse en casuïstische jurisprudentie geen lijn te ontdekken valt omdat de omstandigheden van geval tot geval verschillen.[7] Uit de recente jurisprudentie over het toestemmingsvereiste valt echter wel degelijk een aantal criteria af te leiden dat breder toepasbaar is dan de enkele casus. Daarin heeft de Hoge Raad concrete aanwijzingen voor de rechterlijke toetsing gegeven. Bovendien bevat de wetsgeschiedenis aanwijzingen die nog immer actueel zijn. Naast de toestemming zelf kunnen ook de voorwaarden die erfverpachters aan die toestemming verbinden problemen opleveren. Vaststaat dat toestemming alleen op redelijke gronden geweigerd mag worden en de vraag die daarbij op komt is hoe deze open norm moet worden ingevuld en of een onredelijke weigering kan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding.

Het onderzoek naar het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen omvat een overzicht van de jurisprudentie over het wettelijk toestemmingsvereiste in erfpachtverhoudingen en de daaruit afgeleide criteria voor de redelijkheidstoetsing. Hierbij komt tevens aan de orde wat de gevolgen kunnen zijn van een onredelijke weigering van toestemming. Hieronder wordt in par. 4.2 eerst ingegaan op de verschillende vormen, de achtergrond en het rechtskarakter van toestemming. In par. 4.3 komt de wetgeschiedenis aan de orde. Daarna wordt een overzicht gegeven van de jurisprudentie over toestemming voor splitsing, overdracht en bestemmingswijziging in de par. 4.4-4.6, gevolgd door een overzicht van de rechtsgevolgen van ten onrechte geweigerde toestemming in par. 4.7. De gevonden criteria worden gepresenteerd en toegelicht in par. 4.8.

---

5 Als extreme vormen noem ik aan de ene kant de erfpachtvoorwaarden zoals gehanteerd door woningcorporaties bij uitgiftes in het kader van maatschappelijk gebonden eigendom, waarin overdracht alleen mogelijk is aan de erfverpachter en ander gebruik dan zelfbewoning is uitgesloten, en aan de andere kant de meeste uitgiftes van voor de opkomst van de stedelijke erfpacht aan het eind van de negentiende eeuw, waarin vaak alleen de aanduiding van het perceel, de bestemming, de hoogte van de canon en de duur van het recht waren vastgelegd.

6 Zie voor commentaar op de wetsartikelen onder meer: Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/221, 224-226 en 374-378; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 75-76, 480-481 en 519; Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 401 en 571-572; De Jong & Ploeger 2008, p. 51-54; Vonck 2013, p. 27-33 en 185-190. Commentaar tijdens het wetgevingsproces werd geleverd door De Jong 1984b. Beschouwingen over toestemming als rechtsfiguur zijn te vinden bij Bloembergen 1971, Bartels 2006 en Spierings 2016, p. 291-317.

7 Dit wordt betoogd door de redactie van RVR die in een 'wenk' bij Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803 in *RVR* 2012/43 stelt dat er geen objectieve toetsingscriteria zijn en dat het antwoord op de vraag of een voorwaarde redelijk is afhangt van de omstandigheden van het geval. Die omstandigheden worden eerst en vooral bepaald door de inhoud van het recht zoals dat vastligt in de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden. Heesakkers, *TvAR* 2015/5804 geeft in een annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*) een opsomming van oordelen uit de rechtspraak over voorwaarden die aan toestemming voor overdracht verbonden kunnen worden.

4.2 Het toestemmingsvereiste als rechtsfiguur

Het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen kent drie vormen met een grondslag in de wet. De wettelijke vormen zijn naast de genoemde toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht op grond van art. 5:91 lid 2 BW en art. 5:106 lid 7 BW en de toestemming voor overdracht van een erfpachtrecht op grond van art. 5:91 lid 1 BW, als derde de toestemming voor bestemmingswijziging op grond van art. 5:89 lid 2 BW. Naast de toestemming voor overdracht, splitsing en bestemmingswijziging worden in de praktijk meer vormen van toestemming bedongen bij erfpachtrechten. Op grond van art. 5:94 lid 1 BW is de erfpachter bevoegd de onroerende zaak waarop zijn recht gevestigd is te verhuren of te verpachten, maar in de akte van vestiging kan een verbod op verhuur of voorafgaande toestemming van de erfverpachter voor verhuring of verpachting zijn bedongen.[8] Aan toestemming voor verhuur kunnen voorwaarden zijn verbonden omtrent de duur van de huur.[9] Over toestemming voor verhuur is slechts een enkele uitspraak aangetroffen.[10] Een gemeente had de grond van een landgoed dat was ingericht als recreatiepark in erfpacht uitgegeven aan meerdere partijen, waaronder de beheerscoöperatie waarvan alle erfpachters automatisch lid waren. In het parkreglement was voorafgaande toestemming van het dagelijks bestuur van de coöperatie opgenomen voor het in gebruik geven van een recreatiewoning aan een derde. Een weigering van die toestemming vormde het voorwerp van een kort geding. Formeel was de erfpachter degene die de toestemming voor verhuur behoefde, in de praktijk ging het om een screening van potentiële gebruikers van het park door het dagelijks bestuur van de coöperatie. Het ging in dit geval dus niet om toestemming van de erfverpachter. De voorzieningenrechter beschouwde de weigering van toestemming voor verhuur wegens de persoon van de huurder in dit geval als onrechtmatig jegens de erfpachter en zijn huurder omdat deze weigering niet door zorgvuldige besluitvorming tot stand was gekomen, terwijl het parkreglement dat wel van de coöperatie eiste. De voorzieningenrechter was in dit geval van contractuele toestemming niet in staat vervangende toestemming in de zin van art. 5:91 lid 4 BW te verlenen en gebood de coöperatie een nieuw besluit te nemen en tot die tijd het gebruik van het park door de huurder te gedogen.[11] Problemen met de verhuur van de zaak waarop een erfpachtrecht rust doen zich doorgaans voor na het eindigen van het erfpachtrecht tussen de huurder en de erfverpachter als opvolgend verhuurder.[12] Die problematiek behoort niet tot dit onderzoek.

---

8 Vonck in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:94 BW, aant. 1: 'Lid 1' (online, bijgewerkt 30 januari 2018). Zie ook Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/229 en Vonck 2013, p. 30 noot 87.

9 Art. 5:94 lid 2 BW. De toestemming voor verhuur betreft een ongebruikelijk (lange) duur van de bedrijfsmatige huur of pacht en in het laatste geval ook ongebruikelijke en voor de erfverpachter bezwarende pachtvoorwaarden.

10 Rb. Oost-Brabant 14 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1292 (*huurder/De Wildhorst*).

11 Rb. Oost-Brabant 14 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1292, r.o. 4.8, waarbij de voorzieningenrechter meewoog dat de huurder beschikte over een verklaring omtrent het gedrag, wat voor de coöperatie al afdoende was om toestemming te verlenen, en geen overlast had veroorzaakt.

12 Richtinggevende arresten hierover zijn HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4553, *NJ* 2003/78, m.nt. P.A. Stein (*Groningen/Reilman*) en HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8242, *NJ* 2006/338, m.nt. P.A. Stein (*'s-Gravenhage/Braber*), waarover respectievelijk Pleysier 2003 en Pleysier 2006.

Toestemming van de erfverpachter kan ook vereist zijn voor uitgifte in ondererfpacht in de zin van art. 5:93 BW, zo blijkt uit het tweede lid van deze bepaling waarin sprake is van de eigenaar die 'bij een in de openbare registers ingeschreven notariële akte heeft verklaard met de vestiging van de ondererfpacht in te stemmen'.[13] Over toestemming voor het vestigen van een recht van ondererfpacht of instemming met het blijven voortbestaan van een recht van ondererfpacht heb ik geen jurisprudentie gevonden. In de praktijk worden nog vele andere vormen van toestemming afgesproken.[14] Ten aanzien van contractuele vormen van toestemming is het verbintenissenrecht zonder twijfel van toepassing. De problematiek van publiekrechtelijke naast privaatrechtelijke toestemming op grond van erfpachtvoorwaarden doet zich voor in gevallen waarbij een overheidsorganisatie optreedt als erfverpachter en zal in het navolgende enige keren aan de orde komen, maar wordt niet afzonderlijk behandeld.[15]

Onder het oudvaderlands recht behielden grondeigenaren zich rechten voor ten aanzien van de overdracht van gebruiksrechten op hun grond, onder meer om hun recht van eerste koop uit te oefenen.[16] Dit gebruik werd niet overgenomen in de erfpachtwet van 1824 en het BW 1838.[17] De erfpachter werd enerzijds bevrijd van deze oude gewoontes, maar op grond van art. 782 BW kon een recht van voorkoop of een toestemmingsvereiste nog steeds bedongen worden. Vanaf de opkomst van de stedelijke erfpacht aan het einde van de negentiende eeuw zijn grondeigenaren op grote schaal gebruik gaan maken van het toestemmingsvereiste. Toestemming was vooral vereist voor splitsing door overdracht van een deel van een erfpachtrecht met het doel versnippering van grondgebruik te voorkomen. Deze praktijk werd in het belang van de erfverpachters gecodificeerd in

13 Zie hierover Vonck in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:93 BW, aant. 1.3: 'Uitsluiting van de mogelijkheid in de vestigingsvoorwaarden' (online, bijgewerkt 30 januari 2018), waar onder meer wordt opgemerkt: "Het uitsluiten van de bevoegdheid ondererfpachtrechten te vestigen, is vooral van belang als men ook voor overdracht een toestemmingsregime in het leven geroepen heeft. Laat men in die gevallen een afwijking van art. 93 achterwege, dan kan het toestemmingsregime voor overdracht gemakkelijk worden ontweken door, in plaats van de erfpacht over te dragen, een ondererfpacht te vestigen." Vonck onderscheidt in aant. 2 de toestemming van de erfverpachter voor het vestigen van een recht van ondererfpacht van de instemming van de erfverpachter in de zin van lid 2 met het blijven bestaan van het ondererfpachtrecht nadat het erfpachtrecht is geëindigd. Zie ook Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/228 en Vonck 2013, p. 189.

14 Een voorbeeld uit vele van een contractueel toestemmingsvereiste biedt Rb. Gelderland 8 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5934 (*erfverpachter/erfpachters*) waarin privaatrechtelijke naast publiekrechtelijke toestemming nodig was voor het gebruik van een recreatiebungalow voor permanente bewoning. Zie over die problematiek ook Rb. Den Haag 20 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10422 (*Dunea/Railinfratrust en Prorail*). Een voorbeeld van andere vormen van toestemming zijn ook de handelingen genoemd in art. 7 lid 5 Algemene erfpachtbepalingen Fagoed 1994, gepubliceerd in Van Velten e.a. 1995, p. 213.

15 Vonck 2013, p. 106-107 is van mening dat privaatrechtelijke regulering van bijvoorbeeld het splitsen van woningen mogelijk moet zijn, maar alleen op andere gronden dan die aan een splitsingsvergunning krachtens de Huisvestingswet worden gesteld.

16 Zie De Blécourt & Fischer 1969, p. 101-103 over het recht van naasting, p. 176 voor een beschrijving van de neiging van grondgebruikers om hun gebruiksrecht over te dragen zonder de grondeigenaar daarin te kennen en p. 188-189 voor de maatregelen die daar door de overheid in de vorm van plakaten tegen genomen werden. Ook De Meyere 1937, p. 178 en 194 beschouwde het naastingsrecht als een zakelijk recht.

17 Diephuis 1857, p. 383-384 vermeldde dat onder het oudvaderlandse recht, anders dan onder het Romeins recht, erfpachtrechten eveneens vervreemdbaar waren, maar met daaraan verbonden het recht van voorkoop van de grondeigenaar. Dat recht van voorkoop of naasting werd niet in het BW overgenomen: "Dat regt van voorkoop is den eigenaar in het B.W. niet gegeven en bestaat dus, daar de bevoegdheid tot vervreemding den erfpachter zonder eenige beperking is toegekend, thans niet meer voor erfpachten, die onder de werking der tegenwoordige wetgeving zijn opgerigt. *De erfpachter behoeft ook geene toestemming van den grondeigenaar, maar kan op eigen gezag zijn regt verkoopen*." Nadruk toegevoegd. In dezelfde zin Diephuis 1886b, p. 39: "Hij [de erfpachter] is daartoe [vervreemding] op zich zelf bevoegd, onafhankelijk van de toestemming of goedkeuring van den eigenaar."

het wettelijk toestemmingsvereiste, ingevoerd op 1 januari 1992 in het NBW, met daaraan in het belang van de erfpachter toegevoegd de bescherming tegen de onredelijke weigering van toestemming.

Toestemming wordt naar zijn aard beschouwd als een eenzijdige rechtshandeling waarvan het rechtsgevolg intreedt door de wilsverklaring van de erfverpachter jegens de erfpachter.[18] Het rechtsgevolg van toestemming bestaat eruit dat de erfpachter een bepaalde rechtshandeling of feitelijke handeling met betrekking tot de onroerende zaak geldig kan uitvoeren. Het ontbreken van toestemming maakt een overdracht, splitsing of bestemmingswijziging van een erfpachtrecht ongeldig.[19] Het staat de erfverpachter op grond van de wet vrij zijn toestemming voor bestemmingswijziging te weigeren, maar de wet vereist ten aanzien van toestemming voor overdracht of splitsing dat de erfverpachter zich verklaart en dat hij zijn toestemming uitsluitend op redelijke gronden weigert.[20] Indien de erfverpachter zich niet verklaart of op onredelijke gronden toestemming weigert, daaronder begrepen het stellen van onredelijke voorwaarden, kan de erfpachter vervangende machtiging verzoeken aan de kantonrechter.[21] De machtiging treedt in de plaats van de niet verleende toestemming en maakt dat het erfpachtrecht alsnog rechtsgeldig kan worden gesplitst of overgedragen. De kantonrechter kan aan zijn machtiging voorwaarden verbinden. Het toestemmingsvereiste voor overdracht of splitsing moet formeel in de vestigingsakte worden opgenomen,[22] maar geldt evenzeer indien het beding in een wijzigingsakte is opgenomen[23] of in de van toepassing verklaarde en ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden, waarnaar in de vestigingsakte wordt verwezen.[24]

Het verlenen van toestemming behoort tot de bevoegdheden van de erfverpachter, is een rechtshandeling gericht tot de zittende erfpachter en speelt zich dus af in de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter.[25] In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag of de open norm van redelijkheid en billijkheid in goederenrechtelijke verhoudingen terughoudend of onverkort moet worden toegepast.[26] Ten aanzien van het wettelijk toestemmingsvereiste kan hier echter geen twijfel bestaan, want door in art. 5:91 lid 4 BW en art. 5:106 lid 7 BW de weigeringsgrond voor toestemming te beperken tot ‘redelijke gronden’ wordt

18 Bloembergen 1971, p. 8-9, Bartels 2006, p. 8, Asser/Sieburgh *6-III* 2018/2 en Spierings 2016, p. 292.

19 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/224. Het ontbreken van de vereiste toestemming kan na het verrichten van de rechtshandeling door bekrachtiging conform art. 3:58 BW worden hersteld. Een splitsing in appartementsrechten zonder toestemming is geldig jegens de verkrijgers indien de appartementsrechten correct zijn overgedragen, maar vormt een schending van een verplichting jegens de grondeigenaar (relatieve ongeldigheid).

20 De erfverpachter kan zijn toestemming ook onder voorwaarden verlenen, PG Boek 5 BW, p. 314 (MO).

21 Een verzoek om vervangende machtiging kan op grond van art. 254 lid 4 Rv ook in kort geding worden gedaan, Rb. Arnhem 31 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8455 (*erfpachters/Het Geldersch Landschap*), r.o. 4.2.

22 Een zodanige bepaling staat aan executie door schuldeisers niet in de weg, art. 5:91 lid 1 BW.

23 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/216.

24 Op grond van art. 46 lid 1 Kadw kunnen algemene voorwaarden worden ingeschreven ‘met het uitsluitend doel dat daarnaar in later ter inschrijving aangeboden stukken kan worden verwezen’.

25 Stolz 2015, p. 464 plaatst de toestemming en de daaraan verbonden voorwaarden eveneens in het kader van de bestaande rechtsverhouding. Hij wijst erop dat toestemming met een bepaalde reden wordt verleend en dat eventuele voorwaarden verband moeten houden met die specifieke functie: ‘(…) de inhoud van de voorwaarde mag niet leiden tot een voordeel voor de toestemmingsgever respectievelijk nadeel voor de ontvanger van de toestemming waar het met de toestemming te beschermen belang niet mee is gediend.’

26 Terughoudendheid wordt bepleit door Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 20-21 en door Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 69 en 340-341. Een onverkorte toepassing wordt voorgestaan door Asser/Sieburgh *6-III* 2018/399-401, Fesevur 2000, p. 21-60 en Vonck 2013, p. 172-175.

de rechtshandeling direct onder de werking van art. 6:2 BW gebracht. De wetgever heeft op deze wijze de verbintenisrechtelijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid geïncorporeerd in het goederenrecht.[27] Deze directe werking is een voortzetting van de leer ontstaan onder het oude recht waar gold dat de weigering van toestemming zonder redelijke grond onderhevig was aan de werking van de goede trouw.[28] Als iedere open norm hangt de inhoud van wat de redelijkheid en billijkheid eisen af van de omstandigheden van het geval waarin de norm wordt toegepast en die inhoud kan alleen door concretisering worden vastgesteld.[29] Om te kunnen beoordelen of een erfverpachter redelijk handelt jegens een erfpachter moet dus per geval bekeken worden waarom de toestemming wordt geweigerd en welke voorwaarde daaraan wordt verbonden. In die zin is de rechtspraak casuïstisch, maar dat betekent niet dat uit de jurisprudentie geen algemene criteria voor toepassing van het toestemmingsvereiste kunnen worden afgeleid. Die jurisprudentie wordt besproken voor de drie wettelijke vormen van toestemming in erfpachtverhoudingen, nadat eerst nader is gekeken naar de wetsgeschiedenis van deze bepalingen.

4.3 Wetsgeschiedenis toestemmingsvereiste

In deze paragraaf wordt een korte blik geworpen op de wetsgeschiedenis van het toestemmingsvereiste bij erfpachtrechten.[30] De toestemming voor splitsing, appartementensplitsing, overdracht en bestemmingswijziging zijn op verschillende momenten en om verschillende redenen in de wet opgenomen. Ook werd verschillend geregeld of de erfpachter een rechtsmiddel zou hebben tegen een onredelijke weigering van toestemming door de erfverpachter. De praktijk van stedelijke erfpacht speelde een aanzienlijke rol bij het tot stand komen van de wettelijke regelingen. Hierna komen afzonderlijk aan de orde de toestemming voor splitsing in appartementsrechten van art. 5:106 lid 7 BW (par. 4.3.1), de toestemming voor splitsing en overdracht van art. 5:91 BW (par. 4.3.2) en de toestemming voor bestemmingswijziging van art. 5:89 lid 2 BW (par. 4.3.3). De paragraaf sluit af met een samenvatting en begint met een weergave van de bespreking van het onderwerp in de Staatscommissie.

---

27 Bartels & Milo 2000, p. 17 noemden art. 5:91 lid 4 BW als specifieke toepassing van redelijkheid en billijkheid. Zie ook Struycken 2007, noot 112 op p. 738-739 en De Jong & Ploeger 2008, p. 10-11.

28 Ten aanzien van toestemming voor overdracht werd de werking van de goede trouw van art. 1374 lid 3 OBW bevestigd door Scholten 1920, p. 332, aangehaald door onder meer Scholten 1926, p. 281-282, Bregstein 1954, p. 141, Valkhoff 1960, p. 461-463 en Asser/Beekhuis 1980, p. 158 e.v. Dit betrof ook de splitsing van een erfpachtrecht gevolgd door overdracht van een deel van het recht, aldus Plantenga 1957, p. 40. Een totaal vervreemdingsverbod was niet toegestaan, maar beperking van de bevoegdheid door deze onderhevig te maken aan toestemming mocht wel, aldus Scholten in antwoord op een rechtsvraag uit 1920. Vgl. De Jong 1984a, p. 283-287. De discussie over het verbod werd beslecht in art. 3:83 lid 1 BW en het standpunt van Scholten uit 1926 dat het toestemmingsvereiste voor overdracht een geoorloofde beperking op de bevoegdheid van de erfpachter tot vervreemding van zijn recht was blijkt nu expliciet uit art. 5:91 lid 1 BW.

29 Hesselink 1999, p. 37. Wolters 2013 geeft een systematisch overzicht van alle relevante omstandigheden van het geval.

30 Voor deze paragraaf is gebruikgemaakt van het wetgevingsarchief van het Nieuw BW. Het archiefmateriaal geeft standpunten, argumenten en overwegingen weer met betrekking tot de verschillende onderwerpen en de wijze waarop regulering en codificatie vereist was. De overwegingen bieden inzicht in de achtergrond en de bedoeling van bepaalde regelingen die niet altijd blijkt uit de gepubliceerde parlementaire geschiedenis. Dat kan niet leiden niet tot een nieuwe interpretatie van de geldende wettekst, mede omdat deze overwegingen geen rol hebben gespeeld in de parlementaire behandeling, maar wel tot een beter inzicht in de achtergrond daarvan.

De subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving heeft de titels over erfpacht en opstal uit het ontwerp voor Boek 5 BW in aanwezigheid van Meijers besproken.[31] Tijdens de vergadering op 30 mei 1953 ging Meijers nader in op het einde van het erfpachtrecht door afstand en werden verschillende aspecten van het erfpachtrecht in verband met elkaar besproken. Afstand was onder het OBW een niet-gecodificeerde eenzijdige rechtshandeling die terugging op het beginsel dat iedere rechthebbende om hem moverende redenen afstand van zijn recht moest kunnen doen. Onder het NBW zou afstand een tweezijdige rechtshandeling worden. Meijers was van mening dat de erfpachter de mogelijkheid moest behouden om zijn recht en daarmee de daaraan verbonden verplichtingen prijs te geven, legde dit vraagstuk aan de vergadering voor en wees er daarbij op dat de erfpachter tevens vrij was zijn recht over te dragen en op die manier ook van zijn verplichtingen bevrijd kon raken. Bij overdracht was het mogelijk dat de erfverpachter geconfronteerd werd met een insolvente rechtsopvolger en om dat te voorkomen zou de erfverpachter ofwel een vetorecht moeten krijgen ten aanzien van opvolgende erfpachters ofwel er moest een regeling komen voor de aansprakelijkheid van de vorige erfpachter. Het resultaat van een korte discussie die helaas niet is weergegeven, was om 'de wettelijke regeling voor waardevergoeding, die in de plaats komt van de regeling bij overeenkomst, nog eens nader te overwegen.'[32] Op deze wijze werd een aantal aspecten van het einde van het recht in samenhang bekeken: het einde door afstand als gevolg van de wens van de erfpachter om aan een te zware canonlast te ontkomen met de veronderstelling dat de erfpachter een canonschuld zou achterlaten, de verhaalsmogelijkheden van de erfverpachter die bij het einde van het recht nog uitstaande vorderingen had op de voormalige erfpachter, de overdracht van het recht en het toestemmingsvereiste van de erfverpachter bij overdracht van het recht door de erfpachter, ter voorkoming van een mogelijk insolvente verkrijgende erfpachter, en de door de erfverpachter te betalen vergoeding voor de waarde van gebouwen, werken en beplantingen die na het einde van het erfpachtrecht aan de grondeigenaar zouden toevallen. In het vervolg van de discussies en ontwerpen werden deze aspecten van het einde van het recht nog vele malen in samenhang met elkaar bekeken. Eigenlijk betrof het steeds de vraag op welke wijze de erfverpachter zou krijgen waar hij recht op had indien de erfpachter onverhoopt niet aan zijn (canon)verplichtingen zou kunnen voldoen.

31 Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving, Nieuw Burgerlijk Wetboek, nummer toegang 2.09.75, inventarisnummer 183. Het archief van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving bestaat uitsluitend uit notulen. Zie Sütő 2004, p. 259-261 voor een beschrijving van de werkwijze van de Staatscommissie. Meijers was de voorzitter van deze vergaderingen en de notulen zijn van belang omdat de ontwerpen van de hand van Meijers in zijn bijzijn werden besproken door leden van de subcommissie en hun assistenten. Naast de toelichting op het ontwerp voor titel 5.7 BW en de verslagen van de parlementaire behandeling van vraagpunt zeven vormen de verslagen van deze vergaderingen de enige bronnen van de opvattingen van Meijers over de erfpachttitel. Het driemanschap dat het werk van Meijers na zijn dood voortzette heeft de hier gemaakte opmerkingen in haar werk betrokken.

32 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 183, Notulen 139e vergadering subcommissie Burgerlijk Recht op 30 mei 1953, p. 748. Ik veronderstel dat met deze regeling de opstalvergoeding werd bedoeld, het onderwerp van het op dat moment actuele vraagpunt 7, PG Algemeen deel BW, p. 109.

4.3.1 Toestemming voor splitsing in appartementsrechten naar OBW

In 1952 werd een wettelijke vorm van het toestemmingsvereiste ingevoerd. De appartementenwet van 1952[33] bepaalde in art. 638a lid 3 OBW dat de erfpachter en de opstalhouder toestemming van de bloot eigenaar behoefden om tot splitsing van hun recht in appartementsrechten over te gaan.[34] In de praktijk werd deze toestemming vaak geweigerd.[35] Daarom werd voorgesteld bij de wijziging van de appartementenwet als 'voortrein' op de vaststelling en invoering van titel 5.10 van het nieuwe BW het wettelijk toestemmingsvereiste voor splitsing van een erfpacht- of opstalrecht in appartementsrechten te laten vervallen.[36] Het wegvallen van een wettelijk vereiste liet onverlet dat partijen bij de uitgifte 'met zakelijke althans obligatoire werking' konden bepalen dat voor splitsing van het erfpachtrecht in appartementsrechten voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de grondeigenaar vereist zou zijn.[37] Het parlement verwoordde de bezwaren van de erfpachtgemeenten tegen het wegvallen van het wettelijke toestemmingsvereiste.[38] Deze gemeenten hadden behoefte aan instrumenten waarmee zij de splitsing van woningen in appartementsrechten konden tegengaan. Die splitsing was veelal in strijd met het gemeentelijk volkshuisvestingsbeleid dat tot doel had het aantal betaalbare huurwoningen voor minder draagkrachtige inwoners op peil te houden. De gemeenten vreesden dat woningen door splitsing in appartementsrechten zouden overgaan van de huur- naar de koopsector, als gevolg waarvan het aantal betaalbare huurwoningen in de stad zou afnemen. Om hieraan tegemoet te komen werd de mogelijkheid om voorafgaand toestemming voor splitsing te bedingen alsnog in de wet vastgelegd.[39] Daarmee werd het wettelijk toe-

33 Wet van 20 december 1951, *Stb*. 571, in werking getreden op 1 december 1952 en ondergebracht in art. 638a-638t OBW. Zie over de historie van de appartementenwet Van der Vleuten 2017, p. 29-36.

34 Art. 638a lid 3 OBW, geldend van 1951 tot 1972: "De erfpachter en degene, die recht van opstal heeft, zijn tot splitsing van het hun toekomende recht slechts na bekomen toestemming van de eigenaar van het perceel bevoegd." Dat de toestemming alleen op redelijke gronden mocht worden geweigerd werd in deze bepaling nog niet gesteld.

35 Het rapport van de commissie coöperatieve flatexploitatieverenigingen van de Broederschap der Notarissen en de Broederschap der Candidaat-Notarissen, op 16 november 1967 aangeboden aan de ministers van Financiën en Justitie adviseerde bij wijziging van de Appartementenwet het toestemmingsvereiste af te schaffen omdat dit vervanging van coöperatieve flatexploitatieverenigingen door appartementsrechten in de weg zou staan. Het rapport werd gepubliceerd in *WPNR* 4973, p. 506-507. Aan dit advies lag het preadvies De Vries 1965 ten grondslag.

36 Wet van 7 september 1972, *Stb*. 467. *Kamerstukken II* 1970/71, 10987, 1-3 (Ontwerp van wet en MvT). De memorie van toelichting bij art. 5.10.1.1.1 NBW motiveerde het ontbreken van een toestemmingsvereiste als volgt: "Deze mogelijkheid [dat een recht van erfpacht of opstal in de splitsing wordt betrokken] voorziet, zoals gebleken is, in een behoefte, doch het gevaar bestaat, dat zij niet tot haar recht komt, als zij, gelijk thans door artikel 638a lid 3, afhankelijk wordt gesteld van de bereidheid van de blote eigenaar om in de splitsing toe te stemmen. De ondergetekende ziet geen voldoende reden om dit vereiste te handhaven." PG Boek 5 BW, p. 378. Voor bestaande rechten zou art. 638a lid 3 OBW blijven gelden.

37 *Kamerstukken II* 1970/71, 10987, 3, p. 12 (MvT).

38 *Kamerstukken II* 1970/71, 10987, 4 (VV). Ook in de Handelingen met betrekking tot dit wetsontwerp verwezen de Kamerleden naar een brief van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten over dit onderwerp, *Handelingen II* 1971/72, p. 3179 e.v. (mondelinge behandeling op 2 mei 1972). Kamerlid Wierenga trok hieruit de conclusie dat de gemeenten het toestemmingsvereiste altijd in de erfpachtvoorwaarden zouden opnemen en diende een amendement in om de wettelijke verplichting te herstellen. Dit amendement werd aangenomen.

39 *Kamerstukken II* 1971, 10987, 5, p. 2 (MvA): "De opmerkingen van genoemde leden overwegende, lijkt het de ondergetekende gewenst dit ter voorkoming van misverstand alsnog in een bepaling van het ontwerp vast te leggen. Daartoe wordt volgens de hierbij aangeboden nota van wijziging aan het voorgestelde art. 875a BW een nieuw lid toegevoegd, waarin uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt erkend om bij de vestiging van een recht van erfpacht of opstal te bepalen dat de erfpachter voor een splitsing in appartementsrechten toestemming van de grondeigenaar behoeft."

stemmingsvereiste uit 1952 hersteld, tegen de wens van de wetgever in om meer aan de partijvrijheid over te laten. De achtergrond hiervan was de praktijk van de oprichting van coöperatieve flatexploitatieverenigingen waarmee tegen lagere kosten een vergelijkbaar etage-eigendom als bij appartementsrechten werd verkregen, maar dan als obligatoire aanspraak op een etagewoning op grond van het lidmaatschap van de vereniging. Het gevolg van het verdelen van een gebouw in appartementen was dat de betrokken woningen afzonderlijk konden worden verkocht en zo werden onttrokken aan de sociale woningvoorraad. Het toestemmingsvereiste vond dus zijn ratio in de belangen van de gemeentelijke grondeigenaar en het algemeen belang van de volkshuisvesting.[40] Bij de wetswijziging in 1972 werd daaraan enige bescherming van de erfpachter toegevoegd in de vorm van art. 875a lid 6 OBW waarin aan de partijafspraak uit de vestigingsakte de mogelijkheid van een vervangende machtiging van de kantonrechter werd verbonden indien de grondeigenaar de vereiste toestemming 'kennelijk zonder redelijke grond weigert of zich niet verklaart'.[41] De vervangende machtiging vond zijn achtergrond in een bezwaar van notariële zijde dat de grondeigenaar zijn toestemming naar willekeur zou kunnen weigeren.[42] De werking van de redelijkheid in art. 875a lid 6 OBW was in een aantal arresten tussen 1972 en 1992 getoetst en hieronder worden twee daarvan nader bekeken. Beide zaken speelden in de gemeente Amsterdam. In de eerste zaak ging het om de vraag of toestemming voor splitsing geweigerd kon worden vanwege een publiekrechtelijk belang. De tweede zaak betrof de vraag of de grondeigenaar als voorwaarde voor toestemming canonverhoging mocht bedingen.

4.3.1.1 Publiekrechtelijk belang: arrest Reggezuid 1976

De vraag uit de parlementaire geschiedenis of een gemeente redelijk handelde indien zij de toestemming voor splitsing weigerde ter behartiging van een pu-

40 Van der Vleuten 2017, p. 43-44 wijst op de publiekrechtelijke oorsprong van de oplossing voor het ongecontroleerd splitsen. De wetgever voerde het privaatrechtelijke toestemmingsvereiste in naar analogie van de publiekrechtelijke splitsingsvergunning uit de Wet op de woningsplitsing, *Stb*. 1974, 526, later overgenomen in de Huisvestingswet. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2002/03, 28614, 3, p. 10 (MvT) over de ratio van het toestemmingsvereiste: "Op grond van artikel 5:106 lid 6 BW is voor de splitsing van een erfpachts- of opstalrecht in appartementsrechten de toestemming van de grondeigenaar vereist. (…) [Dit] toestemmingsvereiste (…) [is] in de wet opgenomen teneinde grondeigenaars (met name gemeenten), respectievelijk beperkt gerechtigden en beslagleggers de gelegenheid te bieden om met het oog op hun gerechtvaardigde belangen zich tegen splitsing (…) te verzetten." Bij deze wetswijziging werd tevens toestemming van de grondeigenaar voor wijziging van de vestigingsakte ingevoerd indien een erfpacht- of opstalrecht in de splitsing was betrokken, omdat zijn belangen bij die wijziging konden zijn betrokken: "Men denke aan gevallen waarin een splitsing van een erfpachtsrecht in enkele appartementsrechten, waarvoor de grondeigenaar zijn toestemming heeft gegeven, wordt gewijzigd in een splitsing in een veel groter aantal appartementsrechten, waarvoor de grondeigenaar zijn toestemming op goede grond zou hebben geweigerd."

41 Art. 875a lid 6 OBW: "Een erfpachter of opstaller is tot een splitsing in appartementsrechten slechts bevoegd na verkregen toestemming van de grondeigenaar. Indien deze de vereiste toestemming kennelijk zonder redelijke grond weigert of zich niet verklaart, kan de toestemming op verzoek van degene die haar behoeft, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied het gebouw of het grootste deel daarvan is gelegen."

42 De memorie van toelichting bij de wet van 7 september 1972 motiveerde het vervallen van het toestemmingsvereiste nader door te verwijzen naar het notariële rapport van 16 november 1967 samengesteld door een Commissie inzake de coöperatieve flatexploitatieverenigingen, gepubliceerd in *WPNR* 4973. In dat rapport werd opgemerkt 'dat zekere grote gemeenten (o.a. Amsterdam) met betrekking tot in erfpacht uitgegeven gronden in vele gevallen hun medewerking tot splitsing weigeren, zodat men wel gedwongen wordt tot de coöperatieve flatbouw over te gaan'. En het was de bedoeling van de commissie en de minister om deze coöperatieve verenigingen te vervangen door appartementsrechten omdat deze een veel betere basis voor woningeigendom voor de burgers werd gevonden.

bliekrechtelijk belang[43] werd in de rechtspraak in bevestigende zin beslist in het arrest Reggezuid.[44] In deze zaak diende een coöperatieve flatvereniging als erfpachter bij de gemeente een verzoek in om goedkeuring voor splitsing van een bouwblok dat kort tevoren op grond van een bouwvergunning was gerenoveerd. De rechtsvraag in cassatie luidde of de gemeente zich bij de weigering deze privaatrechtelijke toestemming te verlenen mocht beroepen op het algemeen belang van het volkshuisvestingsbeleid, met name het handhaven van de voorraad betaalbare huurwoningen voor minder draagkrachtige inwoners. De reikwijdte van het inzetten van privaatrechtelijke bevoegdheden ten dienste van een algemeen belang was op dat moment nog geen uitgemaakte zaak. Art. 875a lid 6 OBW werd zoals gezien in 1972 ingevoerd ten behoeve van stedelijke erfpacht en om greep te houden op de splitsing van erfpachtrechten in appartementsrechten.[45] De Hoge Raad oordeelde dat *niet* was gebleken dat de gemeente *geen* rekening mocht houden met het algemeen volkshuisvestingsbelang bij het weigeren van toestemming voor splitsing:

> '(…) dat evenmin uit enige andere wettelijke bepaling volgt dat de Gemeente het onderhavige volkshuisvestingsbelang niet aan haar weigering ten grondslag had mogen leggen; dat in het bijzonder tekst en geschiedenis van art. 875a, laatste lid, BW geen reden geven om aan te nemen dat huisvestingsbelangen als waarvan hier sprake is door een gemeente niet in aanmerking genomen mogen worden bij de vraag of zij als grondeigenaar al dan niet toestemming zal verlenen voor splitsing in appartementsrechten (…).'[46]

Ook A-G Franx was van oordeel dat de gemeente als grondeigenaar haar privaatrechtelijke bevoegdheden mocht hanteren ten dienste van een algemeen belang. Het sociaal-economisch huisvestingsbeleid vormde aldus een redelijke weigeringsgrond en gezien de totstandkoming van art. 875a lid 6 OBW was dat een logische gedachtegang.[47] Voor mij is het nog wel de vraag waarom de betreffende percelen op de hoek van de Reggestraat überhaupt in erfpacht waren uitgegeven aan de coöperatieve flatvereniging nu van tevoren duidelijk was dat de panden gerenoveerd dienden te worden en dat de erfpachter na renovatie de woningen wilde splitsen in appartementsrechten waarbij door gebruikers voor de appartementen een huur- of een koopprijs boven de gereguleerde huurprijsgrens betaald zou moeten worden. Daarmee was van tevoren bekend dat deze woningen aan de voorraad woningen met betaalbare huren zouden worden onttrokken, tegen het beleid van de gemeente in die de hele Rivierenbuurt wilde renoveren en behouden als betaalbare huurwoningen. De gemeente handelde onvoorspelbaar nu zij de percelen wel uitgaf in erfpacht en een bouwvergunning verleende voor de

43 *Handelingen II* 1972, 66, p. 3180: Afgevaardigde Koning (VVD): "Acht de Minister het een redelijke grond indien b.v. een gemeente in feite publiekrechtelijke voorwaarden in de privaatrechtelijke overeenkomst opneemt (…)?" Volgens de minister moest dit antwoord uiteindelijk door de rechter worden gegeven, p. 3182.

44 HR 23 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5850, *NJ* 1977/409, m.nt. W.M. Kleijn (*Reggezuid*).

45 De conclusie van A-G Franx bij HR 23 december 1976, *NJ* 1977/409 gaat uitvoerig in op de parlementaire geschiedenis van art. 875a lid 6 OBW. In de zaak Reggezuid werd aan een dergelijke coöperatieve flatvereniging het erfpachtrecht van een te renoveren blok woningen uitgegeven en vervolgens werd wel een bouwvergunning voor de renovatie verleend, maar werd de toestemming voor splitsing geweigerd.

46 HR 23 december 1976, *NJ* 1977/409, overweging omtrent onderdeel a van het cassatiemiddel.

47 Conclusie A-G Franx bij HR 23 december 1976, *NJ* 1977/409: "Uit deze wetshistorie blijkt mijns inziens, dat de wetgever heeft gewild met art. 875a, lid 6, BW aan de gemeenten met betrekking tot in erfpacht uitgegeven gronden een instrument van huisvestingsbeleid in handen te geven, met name om te kunnen verhinderen dat huurwoningen in de koopsector zouden worden overgebracht."

noodzakelijke renovatie, maar vervolgens goedkeuring voor splitsing weigerde. Deze vraag kwam in dit arrest niet aan de orde omdat de partijbedoeling bij uitgifte geen enkele rol speelde.

4.3.1.2 Voorwaarde canonverhoging: arrest Strauss/Amsterdam 1981

In 1969 diende een erfpachter bij de gemeente het verzoek in zijn erfpachtrecht in twee appartementsrechten te mogen splitsen.[48] De notaris die de akte van splitsing opmaakte verzocht de gemeente om toestemming zoals vereist in art. 638a lid 3 OBW, waarop de directeur van de dienst publieke werken de notaris bij brief van 17 juli 1969 meedeelde dat hij geen bezwaar tegen de voorgenomen splitsing had en het gemeentebestuur zou voorstellen de toestemming te verlenen. Formeel werd de toestemming echter nooit verleend. Acht jaar later, bij brief van 1 juni 1977, deelde de gemeente de notaris mede dat zij niet bereid was mee te werken aan de splitsing van het erfpachtrecht in appartementsrechten vanwege het inmiddels in 1974 vastgestelde huisvestingsbeleid:

> '(…) splitsing in appartementen van panden welke uit meerdere zelfstandige woningen bestaan, met de veelal daaropvolgende eigendomsoverdracht van de appartementen, heeft meestal tot gevolg, dat het aantal huurwoningen wordt verminderd. Aan huurwoningen, zoals deze in het onderhavige pand aanwezig zijn, bestaat in Amsterdam veel behoefte. Inwilliging van Uw verzoek zou derhalve leiden tot een naar onze mening *onaanvaardbare doorkruising van het gemeentelijk beleid inzake doelmatige verdeling van woonruimte*.'[49]

De erfpachter deed een beroep op het vertrouwensbeginsel. Na enige onderhandelingen was de gemeente bereid de toestemming te verlenen onder de voorwaarde dat de canon zou stijgen van *f* 1.750,- naar *f* 15.296,- per jaar en de algemene erfpachtvoorwaarden 1966 op het recht van toepassing zouden zijn, waardoor de canon vijfjaarlijks geïndexeerd zou worden. Deze voorwaarden waren voor de erfpachter onaanvaardbaar. Het hof wees het beroep op het vertrouwensbeginsel af omdat de erfpachter geen rechten kon ontlenen aan de brief van de directeur van de dienst publieke werken. Het hof voerde een marginale toetsing uit van het beleid van de gemeente, ervan uitgaande dat de gemeente de vrijheid had beleid vast te stellen en toestemming te weigeren of daaraan voorwaarden te verbinden. De gemeente had vanaf 1969 alle verzoeken van erfpachters om toestemming voor appartementensplitsing aangehouden in afwachting een nieuwe beleidslijn die in 1974 was vastgesteld op basis van het huisvestingsbeleid. Nadat in 1976 het arrest Reggezuid was gewezen had de gemeente alle verzoeken om toestemming afgewezen onder verwijzing naar het beleid. De Hoge Raad casseerde omdat het hof had nagelaten te onderzoeken of hetgeen de erfpachter aanvoerde omtrent de in 1969 door de gemeente gevolgde gedragslijn juist was. De uitkomst van die toets kon beslissend zijn voor de vraag of de toestemming op redelijke gronden werd geweigerd:

---

48 HR 24 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4180, *NJ* 1982/84, m.nt. W.M. Kleijn, (*Strauss/Amsterdam*). Het betrof een beneden- en een bovenwoning op hetzelfde perceel.

49 HR 24 april 1981, *NJ* 1982/84. Nadruk toegevoegd.

> 'Bij een bevestigende beantwoording van die vraag zou het aan de splitsingsvergunning verbinden van voorwaarden waarbij de canon verhoogd wordt van *f* 1751 tot *f* 15 296 en deze canon door toepasselijkverklaring van de Algemene Bepalingen 1966 geïndexeerd wordt (r.o. 3 van 's Hofs arrest, punten 4, 5 en 6), *een zodanige verzwaring van de verplichtingen van de erfpachter meebrengen dat de gemeente in redelijkheid niet tot haar door Strauss aangevochten beslissing zou hebben kunnen komen*. Nu het Hof in zijn arrest op de bedoelde vraag niet is ingegaan, is het arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed.'[50]

Het was dus mogelijk dat de gemeente de belangen van de erfpachters onvoldoende had meegewogen in haar besluiten de toestemming voor appartementensplitsing te weigeren en dat was in ieder geval zo indien de voorwaarden die aan de toestemming werden verbonden leidden tot een onredelijke verzwaring van de verplichtingen van de erfpachter. Annotator Kleijn merkte op dat het arrest onder meer ging over de toepassing van de goede trouw:

> 'Ook is denkbaar (…) dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de gemeente als erfverpachtster tegenover de erfpachter onder deze omstandigheden dergelijke onereuze voorwaarden aan haar toestemming zou verbinden; we zijn dan op het terrein van de derogerende werking van de goede trouw (…). In die constructie zou de goede trouw meebrengen, dat de erfverpachtster i.c. niet dergelijke voorwaarden aan haar toestemming kan verbinden. *Het is echter een hele stap verder om te verlangen, dat de rechter dan een bevel geeft aan de erfverpachtster om alsnog op basis van de gedragslijn van 1969 toestemming te verlenen*. Daartoe lijkt de rechter niet bevoegd anders dan op basis van art. 875a (638a oud) BW, of wellicht van art. 1401 BW in de zgn. Pos-v.d. Bosch-constructie (…).'[51]

Via de 'redelijkheid' van art. 875a lid 6 OBW kwam de goede trouw in beeld. De voorwaarden die de gemeente aan haar toestemming wenste te verbinden waren duidelijk in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, maar het was de vraag wat daarvan de consequentie moest zijn. Was de rechter dan op grond van art. 875a lid 6 OBW bevoegd de gemeente te bevelen de toestemming alsnog te verlenen, of diende daarvoor sprake te zijn van een onrechtmatige daad? Beide mogelijkheden waren lastig te rijmen met de marginale toetsing van gemeentelijk beleid. Kleijn merkte op dat de Hoge Raad de nadruk legde op het niet in redelijkheid hebben kunnen komen tot de beslissing op zich, waarmee niet de rechtshandeling werd getoetst, maar de totstandkoming ervan en dat moest samenhangen met het feit dat het ging om een overheidsorgaan. Als overheidsorgaan had de gemeente beleidsvrijheid en een bijzondere positie, zowel feitelijk omdat zij een vaste gedragslijn hanteerde, als juridisch omdat zij was gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Hoge Raad toetste het handelen van de gemeente niet direct aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de zin dat deze expliciet werden genoemd, maar de inhoudelijke toetsing wees wel in die richting. De reikwijdte van de normen van de goede trouw werden zo voor de gemeente als overheidsorgaan uitgebreid tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vanwege *de specifieke positie van de gemeente in de betreffende rechtsverhouding*, namelijk als grote grondeigenaar die vaste

50 HR 24 april 1981, *NJ* 1982/84. Nadruk toegevoegd.
51 Kleijn, *NJ* 1982/84. Nadruk toegevoegd.

gedragslijnen ontwikkelde voor bijvoorbeeld de uitgifte van gronden in erfpacht.[52] Dit arrest wijst vooruit naar oordelen over de vraag of een erfverpachter als voorwaarde voor toestemming mag bedingen dat nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden op het recht van toepassing zullen worden.[53]

4.3.1.3 Overige jurisprudentie artikel 875a lid 6 OBW

De gepubliceerde jurisprudentie over art. 875a lid 6 OBW betreft slechts een beperkt aantal gevallen, waarbij steeds sprake is van een grote erfpachtgemeente als grondeigenaar.[54] De vervangende machtiging werd geweigerd indien de grondeigenaar voldoende kon aantonen dat een belangenafweging was uitgevoerd en dat daarbij het algemeen belang zwaarder diende te wegen dan het belang van de erfpachter. Duidelijk werd dat de grondeigenaar aan zijn toestemming een voorwaarde kon verbinden, zoals canonverhoging en het van toepassing verklaren van nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden en dat de redelijkheidstoets dan ook de aan de toestemming verbonden voorwaarde omvatte. Uit de jurisprudentie onder het OBW bleek dat de weigering 'kennelijk zonder redelijke grond' door de (kanton)rechter in het kader van een verzoek om vervangende machtiging marginaal werd getoetst vanwege de beleidsvrijheid van de gemeente om die toestemming in het algemeen belang te weigeren.[55] Overwegingen van publiekrecht werden buiten beschouwing gelaten en alleen de feitelijke situatie en de geldende erfpachtvoorwaarden werden beoordeeld.[56] De redelijkheidstoets op grond van art. 875a OBW omvatte vooral een belangenafweging, de grondeigenaar diende bij de totstandkoming van zijn beslissing de toestemming te weigeren of daaraan voorwaarden te verbinden rekening te houden met de daarbij betrokken belangen van de erfpachter. Daarnaast werd de weigering zelf getoetst aan de goede trouw en diende de rechter te beoordelen of de weigering en/of de daaraan verbonden voorwaarden redelijk waren.

---

52 Vgl. HR 8 juli 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315, *NJ* 1991/691, m.nt. M. Scheltema (*Kunst- en Antiekstudio/Lelystad*).

53 Deze uitspraken komen aan de orde bij de behandeling van rechtspraak op grond van art. 5:91 lid 4 BW.

54 De gepubliceerde jurisprudentie bestaat uit: Ktr. Amsterdam 15 oktober 1974, ECLI:NL:KTGAMS:1974:AC4341, *NJ* 1976/22 (*erfpachter/Amsterdam*); HR 23 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5850, *NJ* 1977/409, m.nt. W.M. Kleijn (*Reggezuid*); Ktr. Den Haag 17 oktober 1979, ECLI:NL:KTGSGR:1979:AJ0452, *Prg*. 1980/1429 (*Belderbos/'s-Gravenhage*); HR 24 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4180, *NJ* 1982/84, m.nt. W.M. Kleijn (*Strauss/Amsterdam*); Ktr. Den Haag 11 april 1983, ECLI:NL:KTGSGR:1983:AC1942, *NJ* 1984/158 (*Schuitemaker-Rog c.s./'s-Gravenhage*); 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3564, *NJF* 2009/63Hof Den Haag 6 januari (*Bevago/Rotterdam*).

55 De Jong 1984b, p. 14 vermeldt dat de marginale toetsing volgt uit de wetsgeschiedenis en dat het woord 'kennelijk' speciaal om die reden in de wettekst was opgenomen.

56 Tegenwoordig wordt het Reggezuid-arrest uit 1976 waarin de Hoge Raad vaststelde dat publiekrechtelijke overwegingen in de redelijkheidstoets mochten worden betrokken over het algemeen als achterhaald beschouwd. Het is vervangen door de totstandkoming van ruimere publiekrechtelijke bevoegdheden op het gebied van gemeentelijke gronduitgifte en het arrest HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965, *NJ* 1991/393, m.nt. M. Scheltema (*Staat/Windmill*), zie o.m. De Jong & Ploeger 2008, p. 53.

4.3.2 Toestemmingsvereiste artikel 5:91 BW

Een door de grondeigenaar bedongen toestemming voor splitsing van gebruiksrechten op grond kwam ook al voor in het oudvaderlands recht.[57] De toestemming voor splitsing komt vanouds voor in erfpachtvoorwaarden, toestemming voor overdracht niet. Vanwege het beginsel van de vrije overdraagbaarheid van goederen kan bij erfpachtrechten geen vervreemdingsverbod bedongen worden. Toestemming voor overdracht was wel verbonden aan de niet-zakelijke lidmaatschapsrechten van coöperatieve flatexploitatieverenigingen.[58] Werd toestemming geweigerd dan kon de houder van een lidmaatschapsrecht een beroep doen op de kantonrechter of een arbitragecommissie en als het beroep werd afgewezen kon de vereniging het lidmaatschap tegen een getaxeerde prijs overnemen. Dit toestemmingsvereiste kwam uit de praktijk en was geen wettelijk vereiste voor de coöperatieve vereniging die vooral gericht was op bedrijfsmatige samenwerkingsverbanden. Hieronder wordt beschreven hoe het toestemmingsvereiste voor splitsing en overdracht in het BW 1992 werd opgenomen, door een samenwerking tussen de medewetgevers regering en parlement en onder invloed van de literatuur en de gemeentelijke erfpachtpraktijk.

4.3.2.1 Het regeringsontwerp van het Driemanschap 1957

Het door het Driemanschap opgestelde Ontwerp van Wet voor Boek 5 Nieuw BW bevatte op verzoek van de gemeentelijke praktijk een toestemmingsvereiste voor splitsing van een erfpachtrecht.[59] Verschillende gemeentelijke erfpachtvoorwaarden sloten splitsing door overdracht van een deel van het recht uit en hadden in het kader van de wetgevingsprocedure de vraag gesteld of een dergelijk beding in overeenstemming was met de aard van het recht, een zakelijk recht was immers overdraagbaar, en of een dergelijk beding in overeenstemming was met de wet. De wetgever zag er geen bezwaar in deze praktijk te faciliteren.[60] In de toe-

57 De Blécourt & Fischer 1969, p. 186: "Het recht van de grondgebruikers was ondeelbaar, met welke uitdrukking men bedoelt, dat zonder toestemming van den eigenaar de grond niet mocht worden gesplitst en voor een deel aan andere gebruikers worden afgestaan (corporele ondeelbaarheid) (…)." De auteurs verwezen als bron naar De Groot 1631, II, 40, 8, 19 en 22.

58 De Vries 1965, p. 53 vermeldde dat de statuten van een coöperatieve flatexploitatievereniging veelal een verbod op vervreemding van lidmaatschapsrechten inhielden, tenzij met toestemming van het bestuur of de ledenvergadering. Bij overdracht aan familieleden of van een verhuurde flat was niet altijd toestemming nodig (p. 74) en bij overdracht tot zekerheid bleef een verzoek om toestemming vaak achterwege (p. 83). Werd toestemming geweigerd dan was een beroep op de kantonrechter of een arbitragecommissie mogelijk en als het beroep werd afgewezen kon de vereniging het lidmaatschap tegen een getaxeerde prijs overnemen. Dit toestemmingsvereiste kwam uit de praktijk en was geen wettelijk vereiste voor een coöperatieve vereniging, al konden aan uittreden van een cv voorwaarden worden verbonden, Polak 1965, p. 34. De Vries pleitte voor omzetting van alle coöperatieve flatexploitatieverenigingen in appartementsrechten, welk pleidooi door de Broederschap der Notarissen werd onderschreven, Commissie coöperatieve flatexploitatieverenigingen 1967. De appartementseigenaar had geen toestemming nodig om zijn recht over te dragen, Asser/Beekhuis 1963, p. 104: "Ieder der eigenaren is gerechtigd zijn appartement te vervreemden of te bezwaren, zonder dat hiertoe de toestemming van de andere eigenaren vereist is."

59 *Kamerstukken II* 1956/57, 4572, 2 (Vaststelling van Boek 5 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Ontwerp van wet van 17 januari 1957) en 3 (MvT). De Memorie van Toelichting ging in op de punten waar het regeringsontwerp was afgeweken van het ontwerp dat door Meijers was opgesteld en door het Driemanschap werd voltooid, het zogenoemde Groenboek. Het Driemanschap bestond uit prof.mr. J. Drion (1915-1964), hoogleraar aan de Universiteit Leiden, prof.mr. J. Eggens (1891-1964), advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en mr. F.J. de Jong (1901-1974), raadsheer bij de Hoge Raad der Nederlanden.

60 Het voorgestelde artikel 5 lid 1, PG Boek 5 BW, p. 311: "In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpachter zijn recht niet zonder toestemming van de eigenaar kan splitsen door zijn recht op een deel van de zaak over te dragen."

lichting werd gepreciseerd dat de erfpachter altijd zijn gehele recht zou kunnen overdragen, dat was een regel van dwingend recht, maar dat hij voor overdracht van een gedeelte vooraf toestemming van de erfverpachter nodig zou kunnen hebben indien dat bij vestigingsakte was bepaald, een regel van regelend recht. De toestemming was bedoeld om ongewenste splitsing van erfpachtrechten tegen te gaan en het weigeren van de toestemming tot splitsing zonder enig redelijk belang kon misbruik van bevoegdheid opleveren. Een algeheel vervreemdingsverbod was in strijd met de uitgangspunten van het oude en nieuwe BW.[61] De stap van een vervreemdingsverbod zonder meer naar een verbod op vervreemding zonder voorafgaande toestemming werd gezet bij de parlementaire behandeling van dit ontwerp, op initiatief van de Tweede Kamer waar de discussie zich concentreerde op de invoering van dwingend recht in de erfpachttitel, mede naar aanleiding van de literatuur over het wetsvoorstel.[62] Bij het artikel over overdracht stelde de vaste Kamercommissie de vraag of zakelijke rechten altijd overdraagbaar moesten zijn.[63] De Kamercommissie verwees daarbij naar een publicatie van Houwing die als tussenoplossing tussen de vrije overdraagbaarheid van erfpachtrechten en een vervreemdingsverbod de toestemming van de eigenaar voor vervreemding had voorgesteld.[64]. Dit voorstel voor een toestemmingsvereiste werd door de Kamercommissie gesteund omdat gemeenten op die wijze invloed zouden krijgen op de persoon van de opvolgend erfpachter.[65]

4.3.2.2 Het Gewijzigd Ontwerp 1972

In reactie op het voorlopig verslag volgde met de memorie van antwoord een gewijzigd ontwerp van wet, voorbereid onder leiding van Beekhuis, regeringscommissaris voor Boek 5.[66] De Kamercommissie had in het voorlopig verslag aangedrongen op een beperking van de vervreemdingsbevoegdheid van de erf-

61 Zoals gememoreerd door Scholten 1926 en Scholten 1920. In 1926 stelde Scholten dat 'de erfpacht als zakelijk recht geregeld, is zij een bijzonder recht op het goed, dat uit zijn aard vervreemdbaar is (…). Juist die vervreemdbaarheid typeert de erfpacht als zakelijk recht en scheidt haar van de huur'. Naar Scholtens mening sloot dit echter niet uit, dat vervreemding voor een beperkte, korte tijd werd uitgesloten of van bijzondere voorwaarden zoals de goedkeuring van de eigenaar, afhankelijk werd gemaakt.

62 *Kamerstukken II* 1961/62, 4572, 4 (VV van 25 oktober 1961).

63 De Kamercommissie verwees naar opmerkingen die zij gemaakt had in het voorlopig verslag over art. 3.4.2.1 NBW omdat deze van bijzondere betekenis waren voor erfpacht, zie *Kamerstukken II* 1958/59, 3770, 4, p. 14 (VV).

64 Houwing 1957, p. 277-280 gaf een handzame samenvatting van de preadviezen van Plantenga en Treurniet uit 1957 waarin duidelijk werd gemaakt dat de algemene erfpachtvoorwaarden van de vooral gemeentelijke grondeigenaren in de praktijk meer bepalend waren voor de inhoud van erfpachtrechten dan de wettelijke regeling uit 1838. Houwing ging nader in op de vraag in hoeverre kwalitatieve verbintenissen aan het recht konden worden verbonden (p. 279-280), met name ten aanzien van een aan de erfpachter opgelegd vervreemdingsverbod (p. 280). Plantenga had gepleit voor kwalitatieve werking van een vervreemdingsverbod, Treurniet voor persoonlijke werking. Omdat een verbod op vervreemding in strijd was met het beginsel van de vrije circulatie van goederen stelde Houwing bij wijze van compromis het vereiste van goedkeuring van de eigenaar voor vervreemding voor. De eigenaar was daarbij gebonden aan de goede trouw zodat het erfpachtrecht niet naar willekeur aan het verkeer zou worden onttrokken.

65 Deze gedachte werd ondersteund door het Rapport van de Broederschappen der notarissen, NBW 1976.

66 *Kamerstukken II* 1972, 4572, 5 (MvA van 16 oktober 1972) en 6 (GO). Prof.mr. J.H. Beekhuis werd benoemd bij Koninklijk besluit van 6 april 1964, nr. 80. Zie ook *Kamerstukken II* 1963/64, 7617, 1 (Benoeming Commissarissen, bedoeld bij artikel 120 lid 2 Gw, om de Minister van Justitie bij te staan bij de behandeling in de vergaderingen der Staten-Generaal van de wetsontwerpen tot vaststelling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek). De procedure nam elf jaar in beslag omdat de inhoud van Boek 5 BW moest worden aangepast aan de gewijzigde ontwerpen voor Boek 3 BW en Boek 6 BW, omdat er rekening werd gehouden met de literatuur over deze onderwerpen en met de adviezen van de Broederschap der Notarissen en de VNG en omdat er nogmaals overleg werd gepleegd met deskundigen, met name de preadviseurs Plantenga en Treurniet.

pachter door, zoals voorgesteld door Houwing, de grondeigenaar bevoegd te maken toestemming voor vervreemding te bedingen.[67] Die beperking werd ingegeven door de wens van gemeenten invloed te behouden op de persoon van de opvolgende erfpachter. Omdat de erfverpachter bij het geven van toestemming gebonden was aan de goede trouw zou het toestemmingsvereiste niet leiden tot een verbod op overdraagbaarheid en werd voldaan aan art. 3.4.2.1 NBW (art. 3:83 BW) dat, kort gezegd, bepaalde dat beperkte rechten overdraagbaar waren. Deze wens van de Kamercommissie, ingegeven door de lobby van de gemeenten, werd nagevolgd. Beekhuis onderschreef in zijn eerste nota over titel 5.7 BW dat een vervreemdingsverbod te ver ging, onder verwijzing naar de bespreking van de problematiek in zijn handboek.[68]

Het toestemmingsvereiste voor overdracht is via een omweg in de wet opgenomen, als een versterking van de aanspraak van de erfverpachter op achterstallige canon. De erfverpachter verkreeg de bevoegdheid in de vestigingsakte te bedingen dat het recht alleen overdraagbaar zou zijn met zijn voorafgaande toestemming.[69] Niet alleen de erfpachter gedurende wiens recht de canon opeisbaar was geworden zou aansprakelijk blijven voor zijn betalingsachterstand, maar daarnaast zou de opvolgende erfpachter hoofdelijk aansprakelijk worden voor de canonachterstand van zijn rechtsvoorganger. Door de erfverpachter de bevoegdheid te geven toestemming voor elke overdracht te bedingen, welk beding in de vestigingsakte moest worden opgenomen, kon de hoofdelijke aansprakelijkheid van de rechtsopvolger dwingend worden beperkt tot bijvoorbeeld twee of vijf jaren:

> "Dat de termijn vrij kort is, is geen bezwaar indien de blote eigenaar steeds het beding maakt dat zijn toestemming nodig is voor overdracht, want alvorens zijn toestemming te verlenen bedingt hij uiteraard dat eerst de achterstallige canons worden betaald."[70]

Het toestemmingsbeding zal de erfverpachter de gewenste bescherming bieden voor zijn aanspraak op achterstallige canon:

> "Wanneer de blote eigenaar dit beding kan maken, is hij ruimschoots voldoende beschermd. Zolang het erfpachtsrecht niet wordt overgedragen, kan hij immers het erfpachtsrecht executeren onder de in gebreke blijvende erfpachter, en bij langdurig verzuim tot vervallenverklaring overgaan. En na overdracht heeft hij niet dringend behoefte aan een "zakelijke last" of een wettelijke hypotheek, nu hij eenvoudig zijn toestemming weigert indien de erfpachter zijn recht wil overdragen aan een non-valeur."[71]

---

67 *Kamerstukken II* 1961/62, 4572, 4 (VV), p. 16-17.

68 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1091, Nota van Prof. J.H. Beekhuis naar aanleiding van het Voorlopig Verslag en eigen opmerkingen, 12 juli 1967, p. 6 en Asser/Beekhuis 1963, p. 266: "De bevoegdheid van de erfpachter zijn recht te vervreemden wordt gewoonlijk als een essentieel kenmerk van het recht beschouwd (…). Betwist is echter, of bedongen mag worden, dat de erfpachter voor vervreemding de toestemming van de eigenaar nodig heeft. Een dergelijke bepaling komt in vele erfpachtscontracten voor, maar de betekenis ervan is zeer onzeker."

69 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1038, Verslag van de 58e bespreking tussen Prof.mr. J.H. Beekhuis en mr. R. Franken gehouden op 9 en 10 augustus 1967 te Den Haag, p. 10-12.

70 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1038, Verslag van de 58e bespreking tussen Prof.mr. J.H. Beekhuis en mr. R. Franken gehouden op 9 en 10 augustus 1967, p. 11.

71 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1038, Verslag van de 58e bespreking tussen Prof.mr. J.H. Beekhuis en mr. R. Franken gehouden op 9 en 10 augustus 1967, p. 12.

De erfpachter werd door het vereiste van de goede trouw in beginsel voldoende beschermd tegen al te lichtzinnige weigering van toestemming, maar geconcludeerd werd dat naar analogie van de weigering van appartementensplitsing toestemming van de rechter nodig zou zijn.[72] Omdat men er niet van op aan kon dat de verbintenisrechtelijke regeling van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid altijd op het zakelijk recht van toepassing zou zijn en tot het gewenste resultaat zou leiden, werd een afzonderlijke bepaling in titel 5.7 BW nodig geacht. Aanpassing aan de praktijk waarin vrijwel altijd toestemming voor overdracht werd bedongen was noodzakelijk:

> "M.i. zou bepaald moeten worden dat de vervreemding van het recht van erfpacht krachtens een beding dat moet worden opgenomen in de akte van vestiging, beperkt kan worden en dat vervreemding in ieder geval mogelijk is na machtiging van de rechter die verleend wordt op verzoek van de erfpachter, een schuldeiser van de erfpachter of de faillissementscurator nadat de eigenaar is opgeroepen. Bovendien zou de rechter aan zijn machtiging voorwaarden moeten kunnen verbinden. Het is dan mogelijk bij iedere verkoop of executie die regeling te treffen die in het belang van alle betrokken partijen het meest wenselijk is."[73]

Dezelfde regeling zou van toepassing moeten zijn op zelfstandige opstalrechten. Bij executieverkoop zou het toestemmingsvereiste niet werken omdat dit tot benadeling van de derde(n) zou kunnen leiden. De toestemming van de grondeigenaar kon worden vervangen door toestemming van de rechter indien de grondeigenaar zijn toestemming:

> '(…) niet op redelijke gronden (of in strijd met de goede trouw, of een dergelijke formule) heeft geweigerd; het is niet wenselijk dit over te laten aan het Zesde Boek, aangezien de algemene bepaling over "onbetamelijk handelen" (art. 6.1.1.2 [art. 6:2]) te vaag en te weinig toegespitst is op het onderhavige geval. Indien een dergelijke bepaling wordt opgenomen in de titel Erfpacht, zal moeten worden aangenomen dat voor de grondeigenaar niet alleen een redelijke grond tot weigering aanwezig is indien de aspirant-verkrijger niet solvabel is of indien deze het goed dreigt te verwaarlozen, maar ook indien de aspirant-verkrijger weigert vooraf de achterstallige termijnen af te lossen. Indien men het laatste niet zou aannemen, zou het beding van toestemming onvoldoende beschermen, en bovendien is het bij een *vrijwillige* verkoop een volkomen redelijke eis dat de grondeigenaar eerst betaling van de achterstallige termijnen wil hebben: in het geval van vrijwillige verkoop worden hierdoor immers geen derden benadeeld.'[74]

De drie weigeringsgronden waren de insolvabiliteit van de opvolgende erfpachter, de mogelijke verwaarlozing van de onroerende zaak door de opvolgende erfpachter en de weigering van de overdragende of opvolgende erfpachter vooraf de achterstallige canon te betalen. Deze weigeringsgronden werden na veel discussie uiteindelijk niet in de wet en ook niet in de memorie van antwoord opge-

---

72 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1038, Verslag van de 58e bespreking tussen Prof.mr. J.H. Beekhuis en mr. R. Franken gehouden op 9 en 10 augustus 1967, p. 12: "In de eerste plaats zal de blote eigenaar niet *willekeurig* zijn toestemming tot overdracht mogen weigeren. Vermoedelijk zal hier een analogon van artikel 5.10.1.15 (rechterlijke toestemming) nodig zijn." Nadruk in origineel.

73 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Nota van Prof.mr. J.H. Beekhuis over de regeling van de overdracht van erfpacht en opstal (artikelen 5.7.1.5 en 5.8.4), 15 augustus 1967, p. 3.

74 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1038, Verslag van de 62e bespreking tussen Prof.mr. J.H. Beekhuis en mr. R. Franken gehouden op 17 oktober 1967 te Den Haag, p. 5-6. Nadruk in origineel.

nomen omdat het geen limitatieve opsomming was. De vraag of de weigering van een beoogde opvolger zich te conformeren aan obligatoire bedingen uit het erfpachtrecht een geldige weigeringsgrond voor toestemming voor overdracht zou kunnen vormen werd overgelaten aan de rechtspraak.[75] De vervangende machtiging van de boedelrechter had tot doel 'het absolute karakter aan een beding als toegelaten in lid 1 of lid 2 te temperen'.[76] Het inschakelen van de rechter om de belangen van de erfpachter te beschermen tegen het op onredelijke wijze uitoefenen van eigenaarsbevoegdheden was een belangrijke toevoeging aan het ontwerp. Bij brief aan de Tweede Kamercommissie vroeg de VNG nog of het mogelijk was aan de toestemming voor overdracht of splitsing voorwaarden te verbinden:

> "Dit is van belang om het gebruik van de grond bij de opvolging goed te kunnen regelen, hetgeen in de akte van vestiging niet steeds goed blijkt te kunnen geschieden. Een van de belangrijkste redenen om grond in erfpacht uit te geven is nl. de mogelijkheid zeggenschap te hebben ter zake van het gebruik van de grond."[77]

Tijdens het mondeling overleg van de vaste Kamercommissie voor Justitie met de Minister van Justitie en regeringscommissaris Snijders werd bevestigd dat aan toestemming voorwaarden konden worden verbonden.[78] Het voorbeeld van de gebruiksvoorwaarden was niet relevant omdat bepalingen die het gebruik van de grond inperkten in de akte van vestiging moesten worden opgenomen. Het ging in de praktijk om de voorwaarde dat bij overdracht van het recht de canon kon worden herzien.

De motivering voor het toestemmingsvereiste voor overdracht werd eerst gevonden in de bescherming van de aanspraak van de erfverpachter op achterstallige canonbetalingen, als versterking van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de opvolgende erfpachter, en later vervangen door het door de Kamercommissie genoemde motief dat de erfverpachter invloed kon behouden op de persoon van de opvolgend erfpachter. De vervangende rechterlijke toestemming is ingevoerd naar het voorbeeld van de regeling bij appartementsrechten en was nodig omdat niet erop vertrouwd kon worden dat de bepalingen over redelijkheid en billijkheid uit Boek 6 BW altijd van toepassing zouden zijn op zakelijke rechten of tot het gewenste resultaat zouden leiden. De totstandkoming van het toestemmingsvereiste bij overdracht toont in detail hoe de wetgever ingreep in de rechtsverhouding tussen partijen en het belang van de erfverpachter daarbij de overhand

75 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1038, Beknopt verslag van de 76e en 77e bespreking tussen Prof.mr. J.H. Beekhuis en Mr. R. Franken, gehouden op resp. 8 en 15 oktober 1968 te Den Haag, p. 6: "Nu rijst de vraag of het zich niet onderwerpen aan de obligatoire bedingen, die krachtens de wet niet-kwalitatief zouden kunnen worden gemaakt (b.v. een verplichting om te doen) zou kunnen worden beschouwd als een redelijke grond voor weigering van de eigenaar als bedoeld in artikel 5.7.1.4b lid 2. Besloten wordt om over deze vraag geen uitspraak te doen en deze kwestie maar over te laten aan de jurisprudentie."

76 *Kamerstukken II* 1972, 4572, 5, p. 85 (MvA 16 oktober 1972).

77 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1041, Brief aan de griffier van de Vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer, van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten van 1 december 1975 betreffende Kamerstuk 4572, Bijlage, p. 2.

78 PG Boek 5 BW, p. 314 (MO 9 september 1976).

had.[79] De specifieke wanprestatie in de vorm van canonachterstand leidde tot de algemene bevoegdheid dat voor iedere overdracht toestemming van de erfverpachter was vereist, ook wanneer geen sprake was van canonachterstand of andere wanprestatie. Het Gewijzigd Ontwerp en de Vastellingswet bevatten het toestemmingsvereiste voor splitsing en overdracht, te vervangen door een machtiging van de boedelrechter indien de erfverpachter zijn toestemming op onredelijke gronden weigerde of zich niet verklaarde. Deze uitbreiding van het toestemmingsvereiste tot overdracht was opgenomen op verzoek van de Tweede Kamer, met name omdat gemeenten dan enige invloed konden uitoefenen op de persoon van de opvolgend erfpachter.

4.3.2.3 De Invoeringswet 1984

Bij de behandeling van de Invoeringswet werd lid 3 toegevoegd aan art. 5:91 BW waarmee werd verzekerd dat toestemming voor overdracht ook bedongen kon worden bij de overdracht van appartementsrechten die waren ontstaan door splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten. Daarnaast werden enige in de praktijk veelvoorkomende voorwaarden aan de wetgever voorgelegd, met name uit de praktijk van maatschappelijk gebonden eigendom.[80] Bij beantwoording van schriftelijke vragen van de Kamercommissie hierover verduidelijkte de minister dat deze bedingen moesten worden geformuleerd als voorwaarden aan het toestemmingsvereiste bij overdracht.[81]

4.3.3 Toestemming voor bestemmingswijziging

Dat de erfpachter toestemming van de erfverpachter nodig had voor wijziging van de bestemming of het gebruik van de onroerende zaak was al in de eerste ontwerpen opgenomen en heeft geen aanleiding gegeven tot discussie. Gedurende de wetsgeschiedenis werd wel enige aandacht geschonken aan de vraag of bij weigering van deze toestemming de erfpachter ook een beroep op de kantonrechter moest kunnen doen. De analogie was hier het recht van vruchtgebruik. Uiteindelijk werd afgezien van een vergelijkbare regeling voor het recht van erfpacht.

In zijn eerste nota over titel 5.7 BW had Beekhuis zich de vraag gesteld of de toestemming van de grondeigenaar voor het wijzigen van de bestemming van de zaak moest kunnen worden vervangen door de toestemming van de rechter, zoals ook was geregeld voor het recht van vruchtgebruik.[82] In de toelichting op het eerste ontwerp kwam Beekhuis daarop echter terug:

---

79 De minister werd in de voorbereiding van de mondelinge behandeling gewezen op de hoofdpunten van het gewijzigd ontwerp, waaronder het toestemmingsvereiste bij overdracht, dat was opgenomen 'ter versterking van de positie van de overheid (die gronden in erfpacht uitgeeft),' NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1091, Nota aan de heer Minister d.t.v. de heer Secretaris-Generaal, van Mrs. W. Snijders en M. Scheltema, 3 november 1971, Voorbereiding M.v.A. Boek 5 N.B.W.; titels 5.7 en 5.8, p. 3. Terloops had Snijders al in zijn eerste notitie vermeld dat bij erfpacht de grondeigenaar praktisch altijd de overheid was, NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Notities bij afdeling 5.7.1, Mr. W. Snijders, april 1971, p. 17.

80 PG Boek 5 Inv. BW, p. 1073-1075.

81 *Kamerstukken II* 1986/87, 17541, 22, p. 1. (Lijst van vragen 3 juni 1987). De Commissie verwees naar een publicatie van De Jong 1986, p. 168. Zie ook *Kamerstukken II* 1986/87, 17 541, 23, p. 1 (Lijst van antwoorden, 10 juni 1987).

82 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1091, Nota van Prof. J.H. Beekhuis naar aanleiding van het Voorlopig Verslag en eigen opmerkingen, 12 juli 1967, p. 5.

> "Achteraf acht ik het niet juist te bepalen dat toestemming van de eigenaar kan worden vervangen door die van de boedelrechter. Het verschil met artikel 3.8.6 lid 3 (thans 6a [art. 3:208]) is, dat bij vruchtgebruik voor *elke* wijziging in de bestemming toestemming nodig is, terwijl bij erfpacht alleen toestemming voor wijziging van de bestemming nodig is, indien daardoor de waarde van de zaak zou verminderen."[83]

De voorwaarde die van oudsher bij bestemmingswijziging aan toestemming werd gesteld, dat de onroerende zaak door de verandering van gebruik of bestemming in waarde achteruit ging, maakte een rechterlijke machtiging niet nodig of niet wenselijk. Bij vruchtgebruik gold een dergelijke voorwaarde niet, was toestemming voor bestemmingswijziging altijd vereist en kon deze vervangen worden door toestemming van de rechter. Niet bleek of de lastige vaststelling van de waardevermindering bij erfpachtrechten bij dit oordeel een rol heeft gespeeld. In de concept-toelichting op het tekstvoorstel voor het gewijzigd ontwerp van maart 1970 heette het wel dat de voorwaarde waardevermindering een belemmering vormde voor de vervangende machtiging van de rechter voor toestemming voor bestemmingswijziging.[84] Tijdens de consultaties van de preadviseurs bleek dat de vereiste waardevermindering van de onroerende zaak in de praktijk niet altijd werd toegepast. Preadviseur Treurniet stelde dat in de praktijk bij industriele erfpachtrechten bestemmingswijziging ook uitgesloten werd indien de waarde van de onroerende zaak niet verminderde, en vroeg zich af of een dergelijk beding onder het nieuwe recht nog gemaakt zou kunnen worden.[85] Beekhuis antwoordde bevestigend, partijen konden in de akte van vestiging afwijken het bepaalde in het tweede lid.[86] Preadviseur Plantenga wees erop dat een grondeigenaar ook een niet-financieel belang kon hebben bij een bepaald gebruik van de zaak, zoals een planologisch, landschappelijk of milieubelang, zodat de voorwaarde 'indien daardoor de waarde van de zaak zou verminderen' naar zijn mening te eng geformuleerd was.[87] Regeringscommissaris Snijders was in zijn eerste nota over titel 5.7 BW van mening dat voor alle vormen van bestemmingswijziging toestemming van de erfverpachter nodig was, ook indien de erfpachter met toestemming van de erfverpachter de bestemming had gewijzigd en deze daarna weer terug wilde naar de oorspronkelijke bestemming.[88]

Het wegvallen van de vereiste waardevermindering van de zaak verliep via de omweg van de vervallenverklaring. Indien de erfpachter zijn verplichtingen uit het erfpachtrecht niet nakwam door de afgesproken bestemming van de grond te

---

83 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Toelichtende aantekeningen bij de voorlopige tekst opgesteld door Prof.mr. J.H. Beekhuis d.d. 12 januari 1968, 1 februari 1968, p. 3. Nadruk in origineel.

84 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Korte aantekeningen van mr. J.H. Beekhuis over de nieuwe tekst van Titel 7, 29 april 1970, p. 9: "De toestemming bedoeld in het tweede lid, kan – anders dan volgens artikel 3.8.6a (nieuw) – niet vervangen worden door die van de boedelrechter, omdat in het tweede lid de eis gesteld wordt dat de waarde van de zaak niet verminderd wordt, welke eis bij vruchtgebruik niet geldt."

85 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Erfpacht. Voorlopige tekst met Toelichting, mr. W.C. Treurniet, maart 1971, p. 4: "In dit verband vraag ik mij af hoe het staat met het bij de industriële erfpacht gebruikelijk verbod om de bestemming van de zaak te veranderen (ook al zou de waarde van de zaak niet verminderen). Kan een dergelijk verbod in de toekomst niet meer een kwalitatieve verbintenis in het leven roepen?"

86 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Nota van Mr. J.H. Beekhuis naar aanleiding van de opmerkingen over deze titels van Mr. W.C. Treurniet, 3 maart 1971, p. 3.

87 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Bespreking over de titels erfpacht en opstal, Opmerkingen van Mr. W.B. Plantenga, 29 maart 1971, p. 1 (punt 3).

88 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Notities bij afdeling 5.7.1, Mr. W. Snijders, april 1971, p. 14.

wijzigen zonder dat de onroerende zaak daardoor in waarde achteruit ging, kon de erfverpachter er veel belang bij hebben van de erfpachter af te komen. Dat leidde tot de conclusie dat de in art. 5.7.1.3 lid 1 NBW gestelde voorwaarde waardevermindering moest vervallen.[89] Voor gevallen zoals de verandering van bestemming moest een regel komen die neerkwam op vervallenverklaring. Ook de preadviseurs waren het erover eens dat de voorwaarde waardevermindering geschrapt kon worden omdat een onaanvaardbare bestemmingswijziging niet altijd gepaard hoefde te gaan met waardevermindering.[90] Enerzijds kon de erfverpachter de kwestie van de waardevermindering betrekken in zijn beslissing al dan geen toestemming te verlenen, terwijl partijen anderzijds waardevermindering als vereiste konden overeenkomen. Op grond van het woord 'echter' in het tweede lid moest namelijk worden aangenomen dat partijen de toestemming voor bestemmingswijziging in de vestigingsakte anders konden regelen.[91] De toestemming voor wijziging van de bestemming of het gebruik was dus niet dwingend voorgeschreven, zoals ook bleek uit de eerste versie van de memorie van antwoord die als toelichting op het gewijzigd ontwerp fungeerde. Het wegvallen van de waardeverminderingsvoorwaarde was geschied in het belang van de overheid als erfverpachter:

> "Gezien het belang dat de overheid dikwijls heeft bij handhaving van een bepaalde bestemming, dient wijziging daarvan ook niet mogelijk te zijn, indien door de gewijzigde bestemming de waarde van de zaak niet zou verminderen."[92]

In de definitieve memorie van antwoord werd benadrukt dat dat belang vaak van publiekrechtelijke aard was en werden enige voorbeelden gegeven. Het rapport van de KNB-commissie voor Boek 5 NBW stelde daarop de vraag of ook toestemming was vereist indien het gebruik van de onroerende zaak wel moest wijzigen op grond van een gewijzigd bestemmingsplan, of dat het gebruik dan automatisch wijzigde.[93] Snijders beantwoordde deze vraag ontkennend, bij wijziging van een bestemmingsplan bleef privaatrechtelijke toestemming nodig.[94]

---

89 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Bespreking dd. 18 mei 1971 te 10.30 uur tussen Mr. J.H. Beekhuis en Mr. W. Snijders, p. 3.

90 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Bespreking dd. 3 juni 1971 over de titels 5.7.1 en 5.8, Aanwezig zijn: Mr. J.H. Beekhuis, Mr. W.B. Plantenga, Mr. W. Snijders, Mr. W.C. Treurniet en Mej. Mr. M. Bartels, p. 4.

91 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Bespreking dd. 3 juni 1971 over de titels 5.7.1 en 5.8, Aanwezig zijn: Mr. J.H. Beekhuis, Mr. W.B. Plantenga, Mr. W. Snijders, Mr. W.C. Treurniet en Mej. Mr. M. Bartels, p. 5: "Artikel 3. Lid 1. Voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald, heeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar. Lid 2. Hij mag echter zonder toestemming van de eigenaar niet een andere bestemming aan de zaak geven of een handeling in strijd met de bestemming van de zaak verrichten, indien daardoor de waarde van de zaak zou verminderen." Zie ook NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Voorlopige tekst titel 5.7.1 opgesteld door Mr. J.H. Beekhuis, 24 mei 1971, p. 2. Van Ewijk kwam nog terug op het woordje 'echter' en wilde voorkomen dat deze constructie ook bij andere toestemmingsbepalingen in het ontwerp zou worden gevolgd, NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1091, Enige aantekeningen bij de eerste drukproef m.v.a. en g.o. van Mr. O.W. van Ewijk aan mr. Snijders, p. 5-6. Dit heeft niet tot wijziging van de tekst geleid.

92 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Eerste concept van de memorie van antwoord van Mr. J.H. Beekhuis behorende bij de tekst van 24 juni 1971, p. 13.

93 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1042, Brief aan de Minister van Justitie van de Koninklijke Notariële Broederschap van 23 april 1976 ter aanbieding van het rapport inzake het gewijzigd ontwerp van wet voor Boek 5 Nieuw B.W., p. 15.

94 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1042, Brief aan de Minister van Justitie van de Koninklijke Notariële Broederschap van 23 april 1976 ter aanbieding van het rapport inzake het gewijzigd ontwerp van wet voor Boek 5 Nieuw B.W., p. 15.

Nadat de voorwaarde waardevermindering van de zaak op verzoek van de gemeenten uit de wettekst was gehaald merkte de KNB-commissie op dat zij bij art. 5.7.1.3 NBW 'een soortgelijke bepaling als in art. 5.7.1.5 lid 3' het meest geëigend achtte.[95] Op dit pleidooi om de vervangende machtiging van de kantonrechter bij toestemming voor bestemmingswijziging alsnog wettelijk te regelen, werd door Snijders in zijn nota niet gereageerd en ook het verslag van de bespreking van Snijders met de KNB-commissie maakte hiervan geen melding. In een latere nota overwoog Snijders de kwestie opnieuw en betwijfelde of de rechterlijke machtiging moest worden opgenomen in de bepaling over bestemmingswijziging, omdat:

> '(…) de vraag of wijziging van de inhoud van een erfpachtrecht op haar plaats is, omdat exploitatie overeenkomstig de oorspronkelijke bestemming bezwaren op gaat leveren, in de eerste plaats dient te worden beoordeeld aan de hand van artikel 5.7.1.8a. De klacht dat de gemeente niet tijdig op een verzoek om toestemming reageert, lijkt me niet voldoende om hierin verandering te brengen. Wel kan m.i. een zodanig gedrag van de eigenaar in strijd komen met wat naar redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is; zie artikel 6.5.3.1, hier van overeenkomstige toepassing krachtens artikel 6.5.1.6. Maar daarop kan geen bevoegdheid van de boedelrechter worden gebaseerd.'[96]

De argumentatie kan als volgt worden samengevat. Bestemmingswijziging verschilt van overdracht en splitsing omdat bij bestemmingswijziging de inhoud van het erfpachtrecht zoals vastgelegd in de vestigingsakte in het geding is. Voor een wijziging van die inhoud is primair de imprévision van art. 5:97 BW bedoeld, een wijziging van de bestemming tegen de zin van een der partijen kan alleen door de rechter geschieden op grond van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dat is wat anders dan dat de rechter zal toetsen of de erfverpachter zijn bedongen toestemming voor overdracht door de erfpachter terecht heeft geweigerd, daaraan komt geen wijziging van het recht te pas, alleen een wijziging van de persoon van de erfpachter en daarbij kan de erfverpachter belang hebben. De rechtszekerheid vergt dan een wijziging bij rechterlijke uitspraak en niet eenzijdig door partijen en nu dat is geregeld in art. 5.7.1.8a NBW is een afzonderlijke bepaling als onderdeel van art. 5.7.1.3 NBW niet nodig.

Indien partijen echter in onderling overleg een bestemmingswijziging overeenkomen en die vastleggen in een notariële akte en inschrijven in de openbare registers, bestaat er geen probleem. In dat kader kunnen zich nog andere situaties voordoen rond een verzoek tot bestemmingswijziging:

> "Wel zijn m.i. situaties denkbaar dat de erfpachter krachtens redelijkheid en billijkheid bevoegd is aan de eigenaar een redelijke termijn te stellen, waarbinnen hij zich over een voorstel tot bestemmingswijziging kan uitlaten op straffe van dit voorstel niet meer te kunnen aanvaarden, of van schadevergoeding, wanneer de erfpachter schade heeft geleden doordat hij gedurende lange-

95 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1042, Brief aan de Minister van Justitie van de Koninklijke Notariële Broederschap van 23 april 1976 ter aanbieding van het rapport inzake het gewijzigd ontwerp van wet voor Boek 5 Nieuw B.W., p. 16.

96 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1092, Voorbereidende notities titel 5.7, Mr. W. Snijders, 16 juni 1976, p. 2.

re tijd met de mogelijkheid van toestemming tot wijziging rekening heeft moeten houden en hem aldus is belet een redelijk alternatief voor de zonder deze wijziging voor hem niet meer bruikbare zaak te vinden."[97]

De vraag of bepaalde erfpachtvoorwaarden, die een ander toestemmingsvereiste inhouden dan al aan de orde was gekomen, geoorloofd zijn moet worden behandeld aan de hand van art. 3.2.10 lid 4 NBW en art. 6.5.1.3 NBW. Snijders refereert hier aan het latere art. 3:44 lid 4 BW, de vernietiging van een rechtshandeling wegens misbruik van omstandigheden,[98] en aan de op dat moment nog niet uitgewerkte regeling over algemene voorwaarden. Al met al waren er voldoende alternatieven en daarmee argumenten tegen een vervangende machtiging van de kantonrechter bij toestemming voor bestemmingswijziging.

In het gewijzigd ontwerp werd de toestemming voor bestemmingswijziging gehandhaafd, maar verviel de voorwaarde dat de wijziging moest leiden tot waardevermindering van de onroerende zaak. Dat voor alle wijzigingen in beginsel toestemming was vereist vormde echter geen reden om, net als bij vruchtgebruik, het weigeren van de toestemming te vervangen door de rechterlijke machtiging. Voor een wijziging van de inhoud van een erfpachtrecht was voorzien bij de imprévision-regeling. Bovendien konden partijen in de vestigingsakte de toestemming voor bestemmingswijziging anders regelen. De wettelijke regeling sloot daarmee beter aan op de praktijk van de stedelijke erfpacht. In art. 5.7.1.3 NBW over de inhoud van het recht wordt bij het gewijzigd ontwerp een toestemmingsvereiste opgenomen voor het wijzigen van de bestemming van de zaak. Toestemming voor overdracht of splitsing moet bij vestiging worden bedongen, maar toestemming voor bestemmingswijziging is op grond van de wet steeds vereist tenzij partijen anders hebben afgesproken. Toestemming voor het door de erfpachter verrichten van een handeling in strijd met de bestemming van de zaak wordt op verzoek van overheden als erfverpachter niet langer gekoppeld aan de vermindering van de waarde van de zaak.

Tijdens de behandeling van de Invoeringswet kwam De Jong terug op de kwestie van de vervangende machtiging bij bestemmingswijziging. De Jong achtte de beperking van de vervangende rechterlijke machtiging tot bepaalde vormen van toestemming ongewenst en bepleitte uitbreiding van deze vorm van rechtsbescherming naar alle vormen van toestemming binnen erfpachtverhoudingen:

"Gelet op het voorgaande zou het mijns inziens gewenst zijn de regeling van artikel 5.7.1.5 uit te breiden en in titel 5.7.1 één algemene regeling op te nemen, welke ertoe strekt de erfpachter de mogelijkheid te geven in geval zijn bevoegdheid met betrekking tot de beschikking over het recht of het genot van de grond is ingeperkt en (rechts)handelingen alleen met toestemming van de eigenaar kunnen worden verricht, daarvoor de vervangende machtiging van de kantonrechter te vragen. Een dergelijke regeling zou tegemoet komen aan de wens tot verbetering van de

97 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1092, Voorbereidende notities titel 5.7, Mr. W. Snijders, 16 juni 1976, p. 2-3.
98 Vgl. het pleidooi van Vonck 2011a, p. 113.

rechtsbescherming van de burger in geval van privaatrechtelijk maar bestuurlijk gericht optreden van de overheid."[99]

Uit de notities van regeringscommissaris Snijders blijkt dat deze het voorstel voor een algemene regeling niet wenselijk achtte omdat dit onder het mom van het 'weigeren van toestemming' zou kunnen leiden tot een redelijkheidstoetsing van de gehele inhoud van het erfpachtrecht:

'(…) hiertegen [zijn] bezwaren (…) aan te voeren. Bovendien is niet duidelijk aan welke andere toestemmingsvoorschriften gedacht wordt. In titel 5.7 staan er niet meer, hetgeen op de gedachte brengt dat de bedoeling is dit bij elke weigering van toestemming door de eigenaar voor wat de erfpachter in verband met zijn recht wil, vervanging door machtiging van de kantonrechter mogelijk moet zijn. M.i. gaat dat veel te ver; het zou immers neerkomen op een toetsing van de gehele erfpacht aan redelijkheid, zodra maar verschil van mening tussen partijen bestaat en de eigenaar weigert "toestemming" te geven voor wat de erfpachter zich gedacht had.'[100]

Zo algemeen was de regeling door De Jong echter niet bedoeld, haar aanbeveling betreft vooral toestemming voor bestemmingswijziging en andere (rechts)handelingen die verband houden met de beschikkingsmacht van de erfpachter over zijn recht en/of de onroerende zaak. Een algemene regeling voor vervangende machtiging voor (rechts)handelingen die de bevoegdheid van de erfpachter om over zijn recht of de onroerende zaak te beschikken lijkt nog steeds een goed idee.

4.3.4 Samenvatting wetsgeschiedenis

Voor de splitsing van erfpachtrechten door overdracht van een deel ervan was altijd al toestemming van de erfverpachter vereist en dit toestemmingsvereiste werd in het NBW gecodificeerd op verzoek van gemeentelijke grondeigenaren. In de appartementenwet uit 1952 was vastgelegd dat voor de splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten altijd voorafgaande toestemming van de grondeigenaar nodig was, ook dit toestemmingsvereiste werd overgenomen in het NBW. Er lag een stedelijke problematiek aan ten grondslag en ook de voorafgaande toestemming was geïnspireerd door een publiekrechtelijke regeling in het belang van de volkshuisvesting. De toestemming voor overdracht van een erfpachtrecht werd primair ingevoerd om de erfverpachter een extra verhaalsmogelijkheid te bieden en greep te houden op de persoon van de opvolgend erfpachter waarbij met name werd gedacht aan de solvabiliteit van de opvolger. De toestemming voor bestemmingswijziging werd gecodificeerd zonder het vereiste dat door die wijziging de waarde van de onroerende zaak achteruit zou gaan, eveneens op verzoek van gemeentelijke grondeigenaren. Het beginsel dat de erfverpachter bij het geven of weigeren van zijn toestemming gehouden was aan de beginselen van de goede trouw werd vastgelegd in de bevoegdheid van de erfpachter vervangende machtiging te verzoeken aan de kantonrechter. Die machtiging werd eerst ingevoerd voor de appartementensplitsing en overgenomen voor

99 De Jong 1984b, p. 16-17.
100 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 288, Mr. W. Snijders, 'Notitie bij Ontwikkelingen in het gemeentelijk grondbeleid, verslag derde kwartaalvergadering Vereniging voor Bouwrecht op 12 december 1985', *Bouwrecht* 1986, p. 161 e.v., 1 juli 1986, p. 2.

de rechtshandelingen splitsing en overdracht van een erfpachtrecht, maar niet voor bestemmingswijziging. Bij bestemmingswijziging is niet zozeer de beschikkingsbevoegdheid van de erfpachter over zijn recht aan de orde, maar een wijziging van de inhoud van het erfpachtrecht en daarvoor kent de wet de imprévision-regeling. Ondanks pleidooien hiertoe uit de literatuur is bij bestemmingswijziging afgezien van een vervangende machtiging. Met het instrument toestemming kreeg de erfverpachter een machtspositie over het recht van de erfpachter, wiens recht in gelijke mate werd beperkt door het toestemmingsvereiste. Ten aanzien van overdracht en splitsing is het evenwicht enigszins hersteld door de mogelijkheid vervangende toestemming te vragen. Voor bestemmingswijziging is deze mogelijkheid niet gegeven. Hierna wordt de rechtspraak over de drie wettelijke vormen van toestemming bij erfpachtverhoudingen onderzocht.

4.4 Toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht

De twee vormen van splitsing van een erfpachtrecht kennen een afzonderlijke wettelijke regeling en worden daarom apart behandeld. De splitsing van een erfpachtrecht in meerdere delen wordt ook wel verticale splitsing genoemd.[101] Hierbij wordt een bestaand recht verdeeld in meerdere erfpachtrechten. De splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten wordt ook wel horizontale splitsing genoemd. Hierbij blijft één erfpachtrecht bestaan, waar alle appartementsgerechtigden een aandeel in hebben en naar rato van hun aandeel bijdragen in de canon.

4.4.1 Splitsing in meerdere erfpachtrechten

De bevoegdheid van de erfpachter tot splitsing van zijn recht in twee of meer delen gevolgd door overdracht van een deel van het recht werd onder het OBW impliciet aangenomen op grond van art. 775 OBW dat bepaalde dat de canon ondeelbaar was.[102] Toestemming voor splitsing was aanvankelijk niet wettelijk vereist, maar werd vanaf het begin toegepast bij stedelijke erfpacht.[103] Die praktijk, met het doel versnippering van cultuurgrond te voorkomen, was reden voor de codificatie van de toestemming voor splitsing in het NBW, in de vorm van

101 Zie onder meer Huijgen 2013.

102 Diephuis 1886b, p. 47: "Over het regt tot splitsing, waardoor verschillende deelen van dien grond bij verschillende erfpachters in gebruik komen, spreekt de wet niet; dat regt (…) wordt door haar voor den erfpachter stilzwijgend aangenomen en als onafhankelijk van des eigenaars toestemming erkend." De stilzwijgende aanname werd bevestigd door Goudeket 1915a, onder verwijzing naar het Ontwerp 1820, het Ontwerp 1898 en Rb. Amsterdam 13 oktober 1887, *W*. 5498 (*Hobbelink/Wildschut en Prinsen*) (over een recht gevestigd onder het oudvaderlands recht) en door Asser/Scholten 1945, p. 315.

103 Art. 11 van de Voorwaarden waarop gronden in erfpacht kunnen worden uitgegeven 1896 van de gemeente Amsterdam: "De erfpachter is niet bevoegd, zonder goedkeuring en medewerking van Burgemeester en Wethouders, den hem in erfpacht uitgegeven grond te splitsen en zijn recht op een gedeelte daarvan aan derden over te dragen." Plantenga 1957, p. 39 stelde dat het verbod van splitsing zonder toestemming in bijna alle gemeentelijke erfpachtbepalingen voorkwam en ook bij agrarische erfpacht essentieel was en daar aansloot bij het splitsingsverbod uit de Wet vervreemding landbouwgronden.

regelend recht.[104] Voorafgaande toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht door overdracht van een deel ervan is ook tegenwoordig nog regel.[105] Er is vrijwel geen gepubliceerde rechtspraak over. Het hof Den Haag oordeelde dat de vervangende machtiging voor toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht op een bedrijventerrein terecht was geweigerd door de gemeentelijke grondeigenaar vanwege het uitvoerig gedocumenteerde beleid voor de herstructurering van het betreffende bedrijventerrein.[106] Dit beleid was erop gericht versnippering van percelen tegen te gaan, een reden die exact aansloot bij de ratio van toestemming voor splitsing.

In een Antilliaanse zaak werd een notaris aansprakelijk gesteld voor de schade die de koper van twee erfpachtrechten had geleden nadat de bank het gehele erfpachtrecht executoriaal had verkocht.[107] Het bleek dat de splitsing door overdracht van twee delen van het erfpachtrecht achteraf ongeldig was, dat de notaris ten onrechte had vermeld dat de erfpachtrechten onbezwaard waren en had nagelaten toestemming van het Land Sint Maarten als grondeigenaar te vragen.[108] Een kadastrale splitsing van het perceel betekent nog geen goederenrechtelijke splitsing van het op het perceel gevestigde erfpachtrecht in de zin van art. 5:91 lid 2 BW.

4.4.2 Splitsing in appartementsrechten naar NBW

Voor de splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten is altijd toestemming vereist. Bij de wetswijziging in 1972 werd de verplichte toestemming onder druk van de erfpachtgemeenten gehandhaafd onder toevoeging van de ver-

---

104 PG Boek 5 BW, p. 311 (MvT RO): "Teneinde versnippering van cultuurgrond te voorkomen, wordt bij de uitgifte in erfpacht van ontginningsgronden veelal bepaald, dat de erfpachter niet bevoegd is zonder toestemming van de eigenaar zijn recht te splitsen door de erfpacht op een of meer delen van de zaak over te dragen. In de meeste stedelijke erfpachtsvoorwaarden treft men een dergelijk beding eveneens aan; ook hier kan de eigenaar er een gerechtvaardigd belang bij hebben, dat de exploitatie van een als één geheel in erfpacht uitgegeven stuk grond in één hand blijft. De ondergetekende acht het gewenst in het nieuwe eerste lid vast te leggen, dat zodanig in de akte van vestiging opgenomen beding tot gevolg heeft, dat de erfpachter in afwijking van de hoofdregel van artikel 3.4.2.1 zijn recht niet zonder toestemming van de eigenaar kan splitsen door het voor een of meer van de zaak, waarop zijn recht rust, over te dragen."

105 Een voorbeeld van voorafgaande toestemming voor verkaveling biedt HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3970 (*VvE Bungalowpark De Keizerskroon*) waar een perceel grond met de bestemming recreatiepark in erfpacht werd uitgegeven met toestemming voor splitsing door overdracht van het recht in 213 delen.

106 Hof Den Haag 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3564, *NJF* 2009/63 (*Bevago/Rotterdam*). In deze zaak werd primair toestemming voor splitsing ex art. 5:91 lid 2 BW en subsidiair toestemming voor splitsing in appartementsrechten ex art. 5:106 lid 7 BW gevorderd. Vgl. Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/225.

107 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 7 april 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:61, met gevoegde zaken ECLI:NL:OGHACMB:2017:161 van dezelfde datum en ECLI:NL:OGHACMB:2017:168 van 12 mei 2017. Art. 5:91 van het betreffende wetboek is identiek aan art. 5:91 BW. Vgl. over de splitsing van een met hypotheek bezwaarde zaak Tweehuysen 2016, p. 195-201.

108 Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 7 april 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:61, r.o. 2.33: "Een overdracht van de erfpacht op een gedeelte van de grond is zonder toestemming ongeldig. De bepaling in de vestigingsakte dat toestemming vereist is, heeft dus zaaksgevolg. Zie artikel 5:92 lid 2 BW ('niet zonder toestemming van de eigenaar kan splitsen') [dit moet zijn art. 5:91 lid 2]. In het midden kan blijven of de ongeldigheid voortvloeit uit de onoverdraagbaarheid dan wel het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid." Bij dit tussenarrest werden partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over een groot aantal vragen waaronder de vraag gesteld in r.o. 2.37 sub f: "Zijn er andere vormen van goederenrechtelijke splitsing dan door overdracht, toedeling en verhypothekering?" Deze vragen kwamen in het eindarrest, waarbij de splitsing ongeldig werd beoordeeld en de vordering tegen de notaris wegens beroepsfouten werd toegewezen, niet meer aan de orde, Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 24 juli 2018, ECLI:NL:OGHACMB:2018:134, met gevoegde zaken ECLI:NL:OGHACMB:2018:142 en ECLI:NL:OGHACMB:2018:143 van dezelfde datum.

vangende machtiging van de kantonrechter in art. 875a lid 6 OBW en later art. 5:106 lid 7 BW om de erfpachter enige bescherming tegen willekeur te bieden.[109] De toepassing van het toestemmingsvereiste als instrument voor volkshuisvestingsbeleid werd in de rechtspraak met een beroep op de wetsgeschiedenis gesanctioneerd.[110] Het in deze zaak beoogde doel van de weigering, het behoud van sociale huurwoningen, wordt tegenwoordig bereikt met toepassing van de Huisvestingswet zodat de privaatrechtelijke weg van het toestemmingsvereiste voor dit doel is afgesloten.[111] Het levert misbruik van bevoegdheid op indien de gebruiker van een standplaats zowel een publiekrechtelijke vergunning als privaatrechtelijke toestemming behoeft en de vergunning wel wordt verleend, maar de toestemming benodigd om van die vergunning gebruik te kunnen maken wordt geweigerd, tenzij zwaarwegende belangen zich tegen dat gebruik verzetten.[112] Op algemene belangen waarvoor geen exclusieve publiekrechtelijke regeling bestaat kan wel een beroep worden gedaan bij de weigering van privaatrechtelijke toestemming voor appartementensplitsing.

Uit de rechtspraak over art. 875a lid 6 OBW en art. 5:106 lid 7 BW blijkt dat de formulering 'kennelijk zonder redelijke grond' betekent dat de kantonrechter de weigering van toestemming slechts marginaal mag toetsen.[113] De weigering is redelijk indien de (gemeentelijke) grondeigenaar aantoonbaar de belangen van de erfpachter bij splitsing heeft meegewogen in zijn besluit en daarbij het algemeen belang zwaarder heeft laten wegen.[114] De kantonrechter treedt niet in de beleidsvrijheid van gemeenten om de vereiste toestemming vanwege publiekrechtelijke belangen te weigeren.[115]

---

109 Zie ook Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/374. De kritiek die er ook was bij invoering van art. 875a lid 6 OBW is echter niet verstomd. Venemans 1997, p. 45-46 vraagt zich af welk rechtmatig belang de erfpachtgemeenten hebben om zich langs privaatrechtelijke weg tegen een splitsing te verzetten en pleit voor afschaffing van art. 5:106 lid 7 BW.

110 HR 23 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5850, *NJ* 1977/409, m.nt. W.M. Kleijn (*Reggezuid*).

111 Vonck 2013, p. 106-107, onder verwijzing naar HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8946, *NJ* 2006/445, m.nt. M.R. Mok (*Doetinchem*).

112 HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327, m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*). De Hoge Raad formuleert de maatstaf in r.o. 3.4.1: "Nu de Gemeente aan Geschiere een publiekrechtelijke vergunning heeft verleend tot het innemen van een staanplaats op de locatie waarvan de Gemeente eigenaar is, heeft zij bij de uitoefening van haar bevoegdheid als eigenaar van de desbetreffende grond tot het al of niet verlenen van privaatrechtelijke toestemming, tot uitgangspunt te nemen dat Geschiere door de verlening van de vergunning is gerechtigd tot het gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning. Daarom levert een weigering door de Gemeente van die toestemming aan Geschiere voor het door hem beoogde gebruik van de locatie overeenkomstig de vergunning, misbruik van bevoegdheid op, tenzij sprake is van zo zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen dat gebruik, dat niet gezegd kan worden dat de Gemeente wegens onevenredigheid tussen haar belang bij weigering en het belang van Geschiere, niet tot die weigering heeft kunnen komen."

113 Mertens 1989, p. 46. Het maakt daarbij niet uit of de grondeigenaar een overheidsinstantie of een particulier is, Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:106 BW, aant. 7.1: 'Weigering van toestemming door de grondeigenaar' (online, bijgewerkt 8 december 2017).

114 Ktr. Amsterdam 15 oktober 1974, ECLI:NL:KTGAMS:1974:AC4341, *NJ* 1976/22 (*erfpachter/Amsterdam*) waarin de machtiging werd geweigerd en de voorwaarde canonverhoging niet kennelijk onredelijk werd geacht; in de bespreking van dit vonnis in *WPNR* 1978/5422, p. 111-112 wordt het standpunt ingenomen dat canonherziening een ongeoorloofde voorwaarde voor het verlenen van toestemming voor splitsing in appartementsrechten is; Ktr. Den Haag 17 oktober 1979, ECLI:NL:KTGSGR:1979:AJ0452, *Prg*. 1980/1429 (*Belderbos/'s-Gravenhage*) waarin de machtiging werd verleend.

115 In Ktr. Den Haag 11 april 1983, ECLI:NL:KTGSGR:1983:AC1942, *NJ* 1984/158 (*Schuitemaker-Rog c.s./'s-Gravenhage*) werd de machtiging verleend. Vgl. Hof Den Haag 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3564, *NJF* 2009/63 (*Bevago/Rotterdam*), r.o. 5 waarin de formulering van de maatstaf vrijwel identiek was aan die van Ktr. Amsterdam 15 oktober 1974, *NJ* 1976/22.

De marginale toetsing staat een toetsing aan maatstaven van redelijkheid en billijkheid echter niet in de weg.[116] Uit een arrest uit 1981 bleek dat in die zaak de belangenafweging onvoldoende was getoetst omdat het hof had nagelaten een verweer van de erfpachter tegen de voorwaarde canonverhoging te onderzoeken en het antwoord op die vraag had kunnen leiden tot een onredelijke verzwaring van de verplichtingen van de erfpachter.[117] Een erfverpachter handelt dus in strijd met de goede trouw indien hij aan toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten een voorwaarde verbindt die zal leiden tot onevenredige verzwaring van de verplichtingen van de erfpachter, ook indien die voorwaarde wordt gesteld in het algemeen belang.[118] Uit de formulering van de Hoge Raad blijkt dat het gaat om de vraag of de erfpachter een sterke verzwaring van zijn lasten had mogen verwachten:

> "Bij een bevestigende beantwoording van die vraag [had Strauss erop mogen vertrouwen dat de gemeente conform haar beleid uit 1969 zou handelen en aan toestemming de voorwaarde zou verbinden dat de AB1955 van toepassing werden] zou het aan de splitsingsvergunning verbinden van voorwaarden waarbij de canon verhoogd wordt van *f* 1751 tot *f* 15 296 en deze canon door toepasselijkverklaring van de Algemene Bepalingen 1966 geindexeerd wordt (r.o. 3 van 's Hofs arrest, punten 4, 5 en 6), een zodanige verzwaring van de verplichtingen van de erfpachter meebrengen dat de gemeente in redelijkheid niet tot haar door Strauss aangevochten beslissing zou hebben kunnen komen."[119]

Het gaat wat ver om aan die formulering conclusies te verbinden aangaande het evenwicht in de rechten en verplichtingen die partijen aan de rechtsverhouding kunnen ontlenen, maar er was wel sprake van een disbalans die niet volgde uit de tussen partijen geldende afspraken.[120] Een dergelijke rechtvaardigheidsoverweging lijkt ook ten grondslag aan dit arrest te liggen.

Tussentijdse canonherziening berust niet altijd op de geldende erfpachtvoorwaarden, maar kan ook indirect plaatsvinden. De gemeente Amsterdam voerde in 1999 een bijzondere beleidsregel in. Indien een erfpachter op grond van art. 5:106 lid 7 BW of een voorloper daarvan, voornemens is zijn erfpachtrecht te splitsen in appartementsrechten, verbindt de gemeente als erfverpachter aan haar toestemming de voorwaarde dat de bestemming van de woningen in de splitsingsak-

116 Zie Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/377: "In ieder geval zal de rechter mogen toetsen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur; dit geldt ook voor de burgerlijke rechter, aldus blijkt uit HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727 (*Ikon-arrest*)."

117 HR 24 april 1981, *NJ* 1982/84, r.o. 5. Daarmee ging het arrest over de werking van de goede trouw, vgl. Kleijn, *NJ* 1982/84, par. 3 en Asser/Beekhuis 1957, p. 147.

118 Omgekeerd dient bij de belangenafweging ook rekening te worden gehouden met mogelijke kostenstijgingen voor de erfverpachter als gevolg van de splitsing, zie Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/377a: 'Onzes inziens zal de kantonrechter in dit geval [voorwaarde canonverhoging] kunnen oordelen dat de gemeente haar toestemming kennelijk zonder redelijke grond weigert, tenzij de gemeente kan aantonen dat de splitsing zou leiden tot een verhoging van de tevoren door haar te maken kosten', en Scheltema 1975, p. 521.

119 HR 24 april 1981, *NJ* 1982/84, r.o. 5.

120 Vgl. Wolters 2013 die stelt dat het gebrek aan evenwicht tussen de betrokken belangen in het algemeen van invloed zal zijn op de werking van de redelijkheid en billijkheid. En op p. 285: "Een verschil in de omvang van de belangen tast de geldigheid van een overeenkomst niet aan. Het Nederlandse recht kent geen *iustum pretium*-eis. De achterliggende gedachte is echter springlevend. Alle overwegingen over partijautonomie ten spijt (…). Een evenwichtige verdeling van de rechten en plichten is rechtvaardiger dan een onevenwichtige verdeling."

te zal worden gewijzigd in 'koopwoning'.[121] Dit beleid was bedoeld om de praktijk te beheersen van particuliere eigenaren of erfpachters die blokken met huurwoningen opkochten, splitsten in appartementsrechten om deze daarna per appartementsrecht door te verkopen. De maatregel moest voorkomen dat door dit uitponden teveel huurwoningen aan het sociale woningbestand werden onttrokken. De achterliggende gedachte is dat de bestemming huurwoning minder waarde heeft is dan de bestemming koopwoning. Het curieuze aan deze gang van zaken is dat de oorspronkelijke bestemming van de onroerende zaak uit de vestigingsakte veelal 'wonen' was en bij splitsing dus niet wijzigde. De bestemmingswijziging bij appartementensplitsing kan wel leiden tot een onverwachte canonherziening indien in de taxatierapporten ter gelegenheid van de daarop volgende canonherziening bij het einde van een tijdvak naar waarheid en op grond van de opgave van het stadsdeel wordt opgegeven dat de betrokken woningen worden verhuurd. Die canonverhoging is louter het gevolg van een papieren wijziging die aansluit bij de feitelijke situatie en niet bij de bestemming uit de vestigingsakte.

Voor verschillende erfpachters was deze beleidsregel reden om niet in te stemmen met bestemmingswijziging in de CHET-akte.[122] Dat gold bijvoorbeeld voor een flatexploitatievereniging, erfpachter van een bouwblok met 24 woningen, in conflict met een notaris die ten onrechte gebruikmaakte van een eerder voor een ander doel afgegeven volmacht.[123] De erfpachter had niet ingestemd met de canonherziening op basis van de bestemming huurwoning, maar raakte er door de fout van de notaris toch aan gebonden. Bij de daarop volgende splitsing van een aantal woningen in appartementsrechten werd de canon fors verhoogd wat een negatieve invloed had op de koopprijs van de appartementsrechten. De erfpachter stelde zich op het standpunt dat de bestemming van de onroerende zaak bij gelegenheid van de canonherziening einde termijn ten onrechte was gewijzigd. Het hof bevestigde het oordeel van de rechtbank dat sprake was van onbevoegde vertegenwoordiging na consultatie van een deskundige die vaststelde dat de canon bij herziening op basis van bestemming koopwoning na splitsing lager uitkwam dan de canon die bij herziening op basis van bestemming huurwoning was

121 'Erfpachtbeleid inzake splitsing in appartementsrechten voor niet-woningcorporaties', in: *Gemeenteblad Amsterdam* 2011, afd. 3B, nr. 96, waarbij per 1 september 2011 het besluit van 12 januari 1998 over hetzelfde onderwerp werd vervangen. Bij de stelselwijziging in 2016-2017 bleef het beleid verticale splitsing van erfpachtrechten grotendeels ongewijzigd zoals blijkt uit 'Vaststellen van het aanvullend erfpachtbeleid voor bestaande erfpachtrechten', in: *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, nr. 143786 van 16 augustus 2017. Bij dit besluit werd het beleid uit 2011 per 1 januari 2018 ingetrokken en vervangen door het herziene erfpachtbeleid inzake splitsing in appartementsrechten (bijlage 4) waarbij de vereiste bestemmingswijziging naar koopwoning gehandhaafd bleef, zie onder meer <www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/nieuw-beleid/splitsing-apprecht/>, geraadpleegd op 14 juni 2018.

122 Met de term CHET-akte wordt de notariële akte aangeduid waarmee bij voortdurende erfpachtrechten een bepaalde wijziging van het erfpachtrecht, namelijk de canonherziening aan het einde van een tijdvak wordt vastgelegd. Dit betreft de canon die vanaf het begin van het volgende tijdvak en gedurende dat hele tijdvak zal gelden. Deze wordt aan het einde van een tijdvak bepaald.

123 Rb. Amsterdam 7 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0352 (*Flatexploitatievereniging/notaris*) en Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:98 (*Flatexploitatievereniging/notaris*). Het tweede taxatierapport ten behoeve van de CHET in 2002 ging uit van de bestemming huurwoningen, r.o. 3.1.5. Bij de splitsing in appartementsrechten in de periode 2005-2007 werd de canon op grond van de verplichte wijziging van de bestemming naar koopwoningen flink verhoogd, r.o. 3.1.15.

vastgesteld en die na splitsing in appartementsrechten werd verhoogd vanwege de bestemmingswijziging.[124]

De procedure en de beleidsregel zijn bedoeld om de praktijk rond uitponding van huurwoningen te beheersen. Al sinds de invoering van de appartementenwet in 1952 was op grond van de wet toestemming voor appartementensplitsing vereist en werd daaraan in de praktijk ook veelal de voorwaarde canonherziening verbonden. De voorwaarde canonverhoging is niet redelijk indien deze leidt tot een onredelijke verzwaring van de verplichtingen van de erfpachter.[125] Een erfverpachter handelt in strijd met de goede trouw indien aan toestemming voor splitsing in appartementsrechten een voorwaarde wordt verbonden die tot onevenredige verzwaring van de verplichtingen van de erfpachter leidt, ook indien die voorwaarde wordt gesteld in het algemeen belang.[126] Sinds 2018 stelt de gemeente Amsterdam bij splitsing in appartementsrechten de canon per appartementsrecht vast op basis van de WOZ-waarde bij woningen of de vloeroppervlakte bij bedrijven.[127]

4.4.3 Samenvatting toestemming voor splitsing

De twee besproken uitspraken over toestemming voor splitsing tonen dat het zinvol is onderscheid te maken tussen de verbintenis die op grond van het recht rust op de erfpachter om toestemming voor splitsing te vragen en de eenzijdige rechtshandeling van de erfverpachter om die toestemming te verlenen of gemotiveerd te weigeren. In de Rotterdamse zaak werd het weigeren van toestemming voor splitsing beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In de belangafweging woog het algemeen belang van de gemeente, kenbaar uit het gepubliceerde beleid ten aanzien van de herstructurering van het bedrijventerrein, zwaarder dan het belang van de erfpachter bij splitsing, mede omdat de reden van weigering aansloot bij de ratio van de wettelijke regeling. In de Antilliaanse zaak was de erfpachter zijn verplichting om toestemming voor splitsing te vragen aan de erfverpachter niet nagekomen zodat een geëffectueerde splitsing achteraf ongeldig bleek. Of de erfverpachter die toestemming desgevraagd zou hebben verleend of geweigerd kan uit de gepubliceerde uitspraken niet achterhaald worden.

De rechtspraak over toestemming voor appartementensplitsing betreft het verlenen of weigeren van toestemming voor splitsing in appartementsrechten en deze toestemming wordt in beginsel marginaal getoetst. Het wettelijk toestemmingsvereiste voor splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten faciliteert met name de gemeentelijke grondeigenaar die deze toestemming gebruikt in dienst van het huisvestingsbeleid. Gezien het relatief kleine aantal erfpachtgemeenten dat deze toestemming altijd opneemt in de algemene erfpachtvoorwaar-

124 Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:98, r.o. 3.4.4.
125 HR 24 april 1981, *NJ* 1982/84, m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1981:AG4180 (*Strauss/Amsterdam*), r.o. 5.
126 Omgekeerd dient bij de belangenafweging ook rekening te worden gehouden met mogelijke kostenstijgingen voor de grondeigenaar als gevolg van de splitsing, zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels *5* 2008/377a en Scheltema 1975, p. 521.
127 Art. 6 Beleid splitsing in appartementsrechten van erfpachtrechten, gemeente Amsterdam.

den zou naar mijn mening het afzonderlijke wettelijke toestemmingsvereiste van art. 5:106 lid 7 BW kunnen vervallen. Indien het toestemmingsvereiste van art. 5:91 lid 2 BW ook de appartementensplitsing omvat kan de feitenrechter de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW analoog toepassen en een voorwaarde of weigering die niet berust op een publiekrechtelijk belang ook inhoudelijk toetsen. Voor beide vormen van toestemming voor splitsing zijn te weinig uitspraken beschikbaar om daaruit algemene regels af te leiden.

4.5 Toestemming voor overdracht van een erfpachtrecht

Het wettelijk toestemmingsvereiste van art. 5:91 lid 1 BW voor overdracht van een erfpachtrecht werd als regelend recht ingevoerd in 1992, eveneens op verzoek van de erfpachtgemeenten. In de wetsgeschiedenis is opgemerkt dat het de gemeenten:

> '(…) mogelijk [moet] worden gemaakt enige invloed uit te oefenen op de persoon van de opvolger. Het kan gemeenten niet onverschillig zijn, wie op industrieterreinen of in havengebieden als erfpachters gaan optreden.'[128]

Erfverpachters kunnen bij overdracht dus eisen stellen aan de opvolgend erfpachter. Dat de opvolgend erfpachter vooral de canon moet kunnen betalen lijkt inmiddels vanzelf te spreken. De ratio van het toestemmingsvereiste is dat erfverpachters enige greep kunnen houden op het gebruik van de onroerende zaak via de persoon die de zaak langdurig in gebruik krijgt. De redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW is met directe werking in de wet opgenomen ter bescherming van de erfpachter tegen onredelijke toepassing van het nieuwe toestemmingsvereiste en om de overdraagbaarheid van erfpachtrechten te waarborgen.[129] Voorafgaand aan de codificatie was het toestemmingsvereiste voor overdracht geen algemeen gangbare praktijk en dat is sindsdien niet gewijzigd. De grote erfpachtgemeenten hanteren deze voorwaarde alleen voor bepaalde bestemmingen.[130] Kleinere erfpachtgemeenten bedingen doorgaans wel toestemming voor overdracht, net als de Staat en grondeigenaren in landelijke gebieden.[131]

---

128 PG Boek 5 BW, p. 312 (VV en MvA). Vgl. ook PG Boek 5 Inv. BW, p. 1073-1075. Een voorbeeld van een zaak waarin een gemeente als erfverpachter toestemming voor overdracht weigerde vormt Rb. Rotterdam 5 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7280 (*AIM/ABN AMRO)*, waarin de reden van de weigering gelegen was in de persoon van de opvolgend erfpachter, r.o. 2.15: "Reden voor de weigering is dat de gemeente recent nieuwe informatie heeft ontvangen (…) waaruit blijkt dat de enig aandeelhouder en enig bestuurder van Koper, meerdere malen is veroordeeld voor strafbare feiten en thans ook als verdachte betrokken is bij verschillende strafrechtelijke onderzoeken." In deze zaak speelde ook nog een forse canonachterstand als gevolg van financiële problemen bij de verkopende erfpachter.

129 PG Boek 5 BW, p. 312 (VV), onder verwijzing naar Houwing 1957, p. 280.

130 De voorbeelden genoemd in PG Boek 5 BW, p. 312 komen niet toevallig uit stedelijke erfpacht voor industriële en havendoeleinden, daar werd het toestemmingsvereiste in de praktijk al gesteld. Voor de bestemming wonen zijn de erfpachters vrij hun recht over te dragen, mits zij in de overdrachtsakte bepaalde gegevens opnemen en de gemeente in kennis stellen van de persoon van de nieuwe erfpachter.

131 Plantenga 1957, p. 35-40. Treurniet 1957, p. 110-112, 126-131, 157-158, 166-168, 183 en 188-191. De Jong 1984a, p. 283-296. Vgl. de bijlagen bij Van Velten e.a. 1995, p. 167-229 (AB 1994 Amsterdam, AB 1993 Rotterdam, AB 1986 herzien 1993 Den Haag, Fagoed 1994, Bureau Beheer Landbouwgronden).

Hierna volgt een bespreking van de jurisprudentie over toestemming bij overdracht aan de hand van een aantal kwesties dat bij de redelijkheidstoetsing centraal staat. In deze jurisprudentie zijn om te beginnen een paar zaken verhelderd. In het kader van de redelijkheidstoets bij toestemming voor overdracht dient in ieder geval, net als bij toestemming voor splitsing, een belangenafweging plaats te vinden.[132] Daarnaast is bepaald dat alleen de zittende erfpachter een vervangende machtiging kan verzoeken en dat de opvolgend erfpachter daartoe niet bevoegd is ook al heeft hij evengoed belang bij een rechtsgeldige overdracht.[133] Bij de overdracht van een appartementsrecht dat is ontstaan door splitsing van een erfpachtrecht geldt dat het betreffende aandeel in het erfpachtrecht eveneens moet worden overgedragen, wat betekent dat de erfverpachter voorwaarden kan stellen aan die overdracht indien daar in de erfpachtvoorwaarden in is voorzien.[134]

4.5.1 Financiële voorwaarden

In een arrest uit 2010 oordeelde het hof Leeuwarden dat de erfverpachter die aan zijn toestemming voor overdracht van een erfpachtrecht de voorwaarde verbond dat de vervreemdende erfpachter hem een deel van de winst ter hoogte van € 150.000,- zou betalen, onredelijk handelde omdat deze voorwaarde in strijd was met de kennelijke bedoeling van de wet(gever) en 'reeds hierom als een weigering zonder redelijke gronden [moet] worden aangemerkt'.[135] Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis stelde het hof vast dat de erfverpachter aan de toestemming voor overdracht uitsluitend voorwaarden mocht verbinden die de persoon van de volgende erfpachter betroffen en/of de wijze waarop de in erfpacht gegeven grond mocht worden gebruikt.[136] De redelijkheidstoets van het hof beperkte zich dus tot de twee onderwerpen die in de parlementaire geschiedenis als voorbeeld werden genoemd. Een financiële voorwaarde kwam naar het oordeel van het hof niet overeen met de ratio van het toestemmingsvereiste.

Het onderliggende belang van de erfverpachter bij deze voorwaarde bleek uit het oordeel in eerste aanleg.[137] De kantonrechter had een volle toetsing uitgevoerd van de inhoud van de voorwaarde en achtte de weigering mede onredelijk omdat de erfverpachter een waarde opeiste die hem niet toekwam. Dat de winst die de

---

132 Rb. Leeuwarden 5 december 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB9762 (*Staatsbosbeheer/Vereniging Terschellinger Erfpachters c.s.*), r.o. 2.9 oordeelde dat uit art. 5:91 lid 4 BW 'volgt dat het criterium om toestemming te weigeren een redelijke grond moet zijn, hetgeen duidt op een belangenafweging tussen verpachter en erfpachter'.

133 Rb. Amsterdam 16 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA7417 (*koper/erfpachter*). De opvolgend erfpachter kan wel de medewerking van de zittende erfpachter bij het verzoek tot vervangende machtiging afdwingen indien hij daar belang bij heeft.

134 Rb. Arnhem 2 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD3489 (*appartementseigenaars/Wageningen*). De overdracht van een aandeel in het onverdeelde erfpachtrecht moet worden gezien als de gedeeltelijke overdracht van het erfpachtrecht zodat de grondeigenaar bevoegd is de canon aan te passen, r.o. 7. Art. 5:91 lid 3 BW bepaalt dat indien een dergelijk appartementsrecht wordt overgedragen, de voorwaarden uit art. 5:91 lid 1 en 2 BW ook gelden mits deze zijn opgenomen in de splitsingsakte. Zie PG Boek 5 Inv. BW, p. 1074.

135 Hof Leeuwarden 14 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM4071, *NJ* 2010/236 (*Bosman c.s./Pier*), r.o. 7.

136 Hof Leeuwarden 14 januari 2010, *NJ* 2010/236, r.o. 5-7 onder verwijzing naar PG Boek 5 BW, p. 312. In deze passage wordt het criterium 'de wijze waarop de in erfpacht gegeven grond moet worden gebruikt' overigens niet genoemd. Het gebruik volgt in de regel uit de bestemming vermeld in de vestigingsakte.

137 Rb. Groningen 17 september 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BJ7373, *RVR* 2009/121 (*koper/erfpachter*).

erfpachter maakte bij overdracht van zijn recht deels aan de erfverpachter zou toekomen was niet in de vestigingsakte voorzien en kon ook niet als vruchttrekking worden gebaseerd op art. 5:90 BW. Tegengesteld aan de stelling van de erfverpachter dat deze winst als waardevermeerdering van de onroerende zaak mede aan hem diende toe te komen, oordeelde de kantonrechter dat de waarde(vermeerdering) van de betrokken onroerende zaak onlosmakelijk deel uitmaakte van die zaak en dus toekwam aan de rechthebbenden op die zaak al naar gelang het recht dat zij op die zaak hadden. De erfpachter had gedurende de looptijd van zijn recht het genot van de onroerende zaak waarop zijn recht gevestigd was en zijn genot omvatte tevens de waarde van de zaak. Indien de erfpachter bij verkoop van zijn recht winst kon maken, kwam die winst aan hem toe en niet aan de erfverpachter. Bij verkoop van de bloot eigendom of na afloop van het erfpachtrecht zou de volledige waardevermeerdering aan de erfverpachter toekomen.[138] Dit was eventueel anders geweest indien partijen in de vestigingsovereenkomst een duidelijke regeling hadden opgenomen over de verplichting tot betaling bij overdracht van (een deel van) de door de erfpachter gerealiseerde winst, maar een dergelijke regeling was niet overeengekomen. Nu de wet zwijgt over voorwaarden verbonden aan toestemming voor overdracht en in de parlementaire geschiedenis alleen enige voorbeelden van voorwaarden werden genoemd, mag worden aangenomen dat een financiële voorwaarde in beginsel met recht aan toestemming voor overdracht kan worden verbonden.

Bezwaring van een erfpachtrecht met hypotheek kan niet aan een verbod of toestemming van de erfverpachter onderworpen worden, aldus de rechtbank Leeuwarden.[139] Dat geldt eveneens indien deze toestemming uitsluitend dient om te voldoen aan de voorwaarde dat de eigendom of het gebruiksrecht van een bij legaat verworven herenhuis niet in rooms-katholieke handen mag vallen. De voorwaarde dat de opvolgend erfpachter behoort tot een bepaalde religie betreft wel de persoon van de erfpachter, maar houdt geen verband met het gebruik van het perceel en past daarom evenmin in de ratio van het toestemmingsvereiste. Daarnaast is het de vraag of de voorwaarde heden ten dage niet als discriminatoir verworpen moet worden.[140] De stelling dat het bezwaren van een erfpachtrecht met een recht van hypotheek niet aan toestemming van de erfverpachter kan worden onderworpen lijkt mij onjuist. Indien partijen bij de vestigingsakte een dergelijk ongewoon toestemmingsvereiste afspreken, waarvan het belang voor de erfverpachter overigens niet direct in het oog springt, dan is zo'n beding in beginsel geldig. Een verbod op bezwaren met een recht van hypotheek lijkt gezien art. 3:227 e.v. BW niet goed mogelijk.

138 Rb. Groningen 17 september 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BJ7373, r.o. 7.

139 Rb. Leeuwarden 23 september 2002, ECLI:NL:RBLEE:2002:AE8144 (*erfpachters/Doopsgezinde Gemeente Leeuwarden*), r.o. 4: "Uit artikel 5:91 van het Burgerlijk Wetboek volgt dat bepaald kan worden dat de erfpacht niet zonder toestemming van de Gemeente [i.c. de Doopsgezinde Gemeente Leeuwarden] kan worden overgedragen of toebedeeld. A contrario vloeit hier naar het oordeel van de voorzieningenrechter uit voort dat het recht om de erfpacht te bezwaren niet aan toestemming kan worden gebonden." Vgl. PG Boek 5 BW, p. 313 waar expliciet staat dat toestemming niet geldt voor bezwaring van een erfpachtrecht met hypotheek.

140 Wegens strijd met art. 3:40 BW, vgl. Struycken 2007, p. 642. De voorwaarde dateerde uit 1940.

4.5.2 Wijziging bestemming bij overdracht

De weigering van een verzoek om toestemming voor overdracht kan redelijk zijn indien de erfpachter zijn recht wil overdragen aan een opvolgend erfpachter die een andere bestemming aan de onroerende zaak wil geven.[141] Het hof Arnhem oordeelde dat in de belangenafweging tussen erfverpachter en erfpachter, een verhouding waarop de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn, in dit geval aan het belang van de erfverpachter meer gewicht toekwam. De erfverpachter hoefde zich geen gewijzigde bestemming te laten opdringen, temeer niet nu er een mogelijke verplichting aan verbonden was de herbouwde opstallen bij het einde van het recht tegen de waarde ervan over te nemen.[142] Dat de erfpachter ten tijde van de overdracht in 2006 geen belang meer had bij de in 1963 afgesproken bestemming van de onroerende zaak, behoorde tot zijn bedrijfsrisico. Het hof stelde terloops vast dat de door de bestemmingswijziging bij overdracht, dus tijdens de looptijd van het erfpachtrecht, mogelijk te realiseren meerwaarde van de onroerende zaak aan de grondeigenaar toekomt.[143] Maar in beginsel kan een koper van het erfpachtrecht de bestemming van de onroerende zaak niet wijzigen, hij koopt het recht met de bestaande inhoud en wijziging van de bestemming vormt een redelijke grond voor de erfverpachter om toestemming voor overdracht te weigeren. Het is zelfs de vraag of er geen sprake is van vestiging van een nieuw recht indien aankomend erfpachter en erfverpachter overeenkomen de bestemming van de zaak bij gelegenheid van die overdracht te wijzigen. Een dergelijke wijziging zal in ieder geval bij notariële akte moeten worden vastgelegd en worden ingeschreven in de openbare registers.

4.5.3 Beëindiging erfpachtrecht

De voorwaarde dat het recht ter gelegenheid van de overdracht aan een volgende erfpachter wordt beëindigd en een nieuw recht onder nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden wordt gevestigd dat vervolgens aan de opvolger wordt overgedragen is in strijd met het goederenrechtelijk karakter van het erfpachtrecht en daarom onredelijk. De Hoge Raad wees op 5 februari 2010 twee vrijwel identieke beschikkingen van deze strekking waarin tevens een belangrijke aanwijzing voor de toetsing in het kader van art. 5:91 lid 4 BW is opgenomen.[144]

De erfpachter in deze zaak wilde zijn recht ongewijzigd overdragen zonder de substantiële canonverhoging die de nieuwe erfpachtvoorwaarden met zich mee zouden brengen. Bij zijn verzoek om vervangende machtiging deed hij een beroep op de van toepassing zijnde algemene erfpachtvoorwaarden waarin enerzijds een uitputtende regeling over de hoogte van de canon was opgenomen en

141 Hof Arnhem 28 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK8628 (*Aviko*).

142 Hof Arnhem 28 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK8628, r.o. 4.14. Het recht had bij overdracht nog een looptijd van twee jaar. Dat de koper voor zijn omvangrijke investeringen uiteraard een veel langere gebruiksperiode in gedachten had werd niet meegewogen.

143 Hof Arnhem 28 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK8628, r.o. 4.11. De vraag aan wie de meerwaarde van de onroerende zaak toekomt komt aan de orde in par. 4.8.2.

144 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *TBR* 2010/93, m.nt. F.J. Vonck (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*) en HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0871 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*).

anderzijds een uitputtende regeling voor wijziging van de algemene voorwaarden. De voorwaarde die de erfverpachter verbond aan toestemming voor overdracht doorkruiste deze regeling. Het openbreken en beëindigen van het recht vóór het einde van de looptijd teneinde canonherziening te kunnen toepassen was naar de mening van de erfpachter in strijd met de erfpachtvoorwaarden en daarom onredelijk. De kantonrechter zag echter materieel weinig verschil tussen overdracht en beëindiging van het recht en oordeelde dat de voorwaarde redelijk was.[145] Het hof oordeelde daarentegen dat de voorwaarde niet redelijk was omdat deze ertoe zou leiden dat het erfpachtrecht onoverdraagbaar zou worden, wat in strijd was met het goederenrechtelijk karakter van het erfpachtrecht:

> "De aan [verzoekster] toekomende bevoegdheid tot vervreemding van zijn recht wordt met de door het Hoogheemraadschap gestelde voorwaarde teniet gedaan, nu deze voorwaarde behelst dat hij zijn recht dient te beëindigen. Nog los van de vraag (…), brengt het enkele gegeven dat het bestaande erfpachtrecht moet worden beëindigd, en dat de nieuwe erfpachter een nieuw recht verkrijgt, mee *dat van een overdracht van dat recht geen sprake is*. De door het Hoogheemraadschap gestelde voorwaarde is dan ook in strijd met het goederenrechtelijke karakter van het erfpachtrecht."[146]

Omdat een erfverpachter echter wel bevoegd is voorwaarden aan zijn toestemming voor overdracht te verbinden en de erfpachter had verzocht om ongewijzigde overdracht van zijn erfpachtrecht verleende het hof toch geen vervangende machtiging. De Hoge Raad casseerde omdat deze voorwaarde er naar het oordeel van het hof toe zou leiden dat het erfpachtrecht, in strijd met het goederenrechtelijk karakter van beperkte rechten, onoverdraagbaar zou worden, dat was in zichzelf al voldoende grond voor de onredelijkheid van de voorwaarde:

> "In het in rov. 3.17 neergelegde oordeel van het hof dat de door het Hoogheemraadschap gestelde voorwaarde *in strijd is met het goederenrechtelijke karakter van het erfpachtrecht* ligt besloten dat die voorwaarde onredelijk is. Het hof had het verzoek van [verzoeker] dan ook kunnen toewijzen, onvoorwaardelijk dan wel onder voorwaarden die het hof redelijk achtte. De omstandigheid dat [verzoeker] toestemming voor ongewijzigde overdracht verzocht stond daaraan niet in de weg."[147]

---

145 De uitspraak van de kantonrechter is niet gepubliceerd, maar de overwegingen van de kantonrechter in de zaak met nummer 11382 zijn deels kenbaar uit de beschikking van het hof, gepubliceerd in ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *NJ* 2010/242, r.o. 3.16: "De kantonrechter heeft (…) overwogen dat de verschillen tussen enerzijds overdracht onder aanpassing van de voorwaarden en anderzijds beëindiging van het bestaande recht gevolgd door vestiging van een nieuw recht op gelijkelijk aangepaste voorwaarden *onvoldoende wezenlijk* zijn om tot het door [verzoekster] bepleite gevolg te kunnen leiden." Nadruk toegevoegd. Dat gevolg was de onoverdraagbaarheid van het erfpachtrecht. In de conclusie van de A-G wordt in par. 3 nog genoemd dat de kantonrechter de nieuwe methode van canonberekening niet onredelijk achtte en in par. 6 blijkt dat het hof van opvatting was dat de voorwaarde ook de hoogte van de canon of de berekeningsmethode daarvan kon betreffen, aldus de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2010:BK0870.

146 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, r.o. 3.17 van de beschikking van het hof. Nadruk toegevoegd. Vgl. Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/224 waarin Bartels stelt dat overdraagbaarheid als een wezenlijk kenmerk van het erfpachtrecht kan worden beschouwd.

147 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, r.o. 3.9. Nadruk toegevoegd.

Het hof had dus niet eerst kunnen oordelen dat de gestelde voorwaarde onredelijk is en vervolgens de machtiging niet verlenen.[148] De Hoge Raad geeft daarnaast enige maatstaven voor de toetsing van een verzoek op grond van art. 5:91 lid 4 BW. De rechter dient bij een verzoek om vervangende machtiging een volle redelijkheidstoetsing uit te voeren: of de weigering of de gestelde voorwaarde redelijk is dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval en bij de uitleg spelen objectieve gezichtspunten zoals de tekst van de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden een doorslaggevende rol. Indien aan die toestemming voorwaarden zijn verbonden dient de rechter tevens te onderzoeken of die voorwaarden redelijk zijn. Zijn de voorwaarden onredelijk dan kan de rechter de gevraagde machtiging verlenen, onvoorwaardelijk of onder de voorwaarden die de rechter redelijk acht.[149] Hierin komt de beschermingsgedachte die aan art. 5:91 lid 4 BW ten grondslag ligt tot uiting, de bepaling is ter bescherming van de erfpachter tegen willekeur van de zijde van de erfverpachter in de wet opgenomen.[150]

Het goederenrechtelijk karakter van het erfpachtrecht brengt mee dat zowel partijen als derden moeten kunnen vertrouwen op de ingeschreven voorwaarden. Het hof Den Haag dat na verwijzing over de zaak oordeelde acht de voorwaarde beëindiging van het erfpachtrecht bij gelegenheid van overdracht onredelijk op grond van de inhoud van het recht en de omstandigheden van het geval.[151] Vanuit de erfpachter bezien is onredelijk dat hij zijn recht moet verkopen met een fikse canonverhoging in het vooruitzicht die de koopprijs zal drukken, terwijl voor de erfverpachter die canonherziening juist de reden is de voorwaarde te bedingen. Uitleg van de geldende erfpachtvoorwaarden, die immers voor de gehele duur van het recht van kracht zullen blijven, biedt in dit geval de oplossing. De drie relevante bepalingen uit de onderhavige voorwaarden, gelezen in objectieve zin en in het licht van elkaar, leren dat in dit geval de erfverpachter voorwaarden mag stellen aan toestemming voor overdracht of splitsing, maar dat deze voorwaarden geen betrekking kunnen hebben op canonherziening omdat daarvoor een uitputtende regeling bestaat die geldt tot het einde van de looptijd van het recht. Pas na afloop van de vastgestelde tijdsduur kunnen nieuwe algemene voorwaarden op het recht van toepassing worden. De toestemmingsvoorwaarde is in strijd met de geldende erfpachtvoorwaarden en vormt daarmee een inbreuk op het recht van de erfpachter wat reden is om de gevraagde machtiging te verlenen.

4.5.4 De persoon van de opvolgend erfpachter

In sommige gevallen is vooral de overdracht aan een bepaalde opvolgende erfpachter onaanvaardbaar voor de erfverpachter. Zo werd het verzoek om toestem-

148 De Hoge Raad spreekt niet zelf een oordeel uit over de redelijkheid van de gestelde voorwaarde, algemene erfpachtvoorwaarden zijn immers geen recht in de zin van art. 79 RO (r.o. 3.4 en par. 11 conclusie A-G), maar geeft slechts aan dat indien het hof van oordeel is dat de voorwaarde onredelijk is, de machtiging dient te worden verleend. Anders: Huijgen & Rijpert 2011, Pleysier 2010 en Hoofs 2011, die allen van mening zijn dat de Hoge Raad zelf van oordeel is dat de voorwaarde beëindiging recht onredelijk is.

149 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, r.o. 3.9. Zie ook de conclusie van plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, ECLI:NL:PHR:2010:BK0870, par. 19 en De Jong & Ploeger 2008, p. 51-52.

150 De Jong & Ploeger 2008, p. 51.

151 Hof Den Haag 28 september 2010, zaaknummer 200.061.148/11395 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*). Dit arrest is niet gepubliceerd, maar kenbaar uit Huijgen & Rijpert 2011, par. 4.

ming voor overdracht geweigerd in het geval van een aflopend bedrijfsmatig erfpachtrecht waaraan omvangrijke opleveringsverplichtingen voor de erfpachter waren verbonden.[152] De erfverpachter had er belang bij dat de contractuele oplevering zou geschieden door de erfpachter die sinds de uitgifte in 1931 het perceel in gebruik had gehad en die daarop bedrijfsgebouwen, leidingen en andere zaken had aangebracht. De beoogde nieuwe erfpachter, een woningcorporatie, beschikte niet over dezelfde kennis ten aanzien van de mogelijke verontreiniging van de bodem en de aanwezigheid van asbest in de opstallen. De kantonrechter beschouwde de koopovereenkomst als een poging van de erfpachter om onder zijn opleveringsverplichting uit te komen en wees het verzoek om vervangende machtiging af.[153] Dat het erfpachtrecht daarmee onoverdraagbaar werd was onder de gegeven omstandigheden van ondergeschikt belang omdat van het oorspronkelijke gebruiksrecht feitelijk alleen nog de opleveringsverplichting resteerde.

Of de toestemming op redelijke gronden wordt geweigerd kan naar het oordeel van de kantonrechter niet uitsluitend gelegen zijn in de persoon van de opvolgende erfpachter, dat is een te beperkte uitleg van art. 5:91 lid 4 BW.[154] Er kunnen ook andere redelijke gronden voor een weigering bestaan: "Noch de tekst van de wet, noch de wetsgeschiedenis, noch de jurisprudentie bieden aanknopingspunten voor een ander oordeel."[155] Naar mijn mening is er in dit geval echter geen sprake van een andere weigeringsgrond. Feitelijk gaat het in deze zaak om het moment van de overdracht, om een vrijwel geëindigd recht dat niet opnieuw zou worden uitgegeven en om bezwaren tegen het uitvoeren van de opleveringsverplichting door een ander dan de zittende erfpachter. De weigeringsgrond betreft daarmee juist de persoon van de opvolgend erfpachter, geheel conform de wetsgeschiedenis.

4.5.5 Canonherziening als voorwaarde

Een van de meest voorkomende voorwaarden die erfverpachters aan toestemming voor overdracht verbinden is canonherziening. Soms is dit regelrecht in strijd met de algemene erfpachtvoorwaarden en soms is canonherziening daarin specifiek als voorwaarde opgenomen. Omdat bij overdracht de waarde van het recht op zich niet wijzigt ligt een dergelijke canonherziening niet direct voor de hand. Erfverpachters beargumenteren de canonherziening met een beroep op de gestegen grondwaarde, via de canonherziening bij overdracht delen zij zich tussentijds een deel van de grondwaardestijging toe door de canon opnieuw te berekenen aan de hand van de actuele grondwaarde. Dit zou een onderdeel kunnen zijn van stedelijke erfpacht waar vaak als doelstelling was opgenomen dat de gestegen grondwaarde aan de gemeenschap diende toe te komen, maar juist de grote gemeenten hanteren het toestemmingsvereiste bij overdracht niet of alleen voor bepaalde bestemmingen omdat het grote aantal transacties van erfpacht-

152 Rb. Amsterdam (ktr.) 28 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0640 (*Stork/Staat*). Op niet nakomen van de opleveringsverplichtingen stond bovendien een forse boete.
153 Rb. Amsterdam (ktr.) 28 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0640, r.o. 15.
154 Deze opvatting is met instemming begroet door de redactie van RVR in de 'wenk' bij het vonnis in *RVR* 2013/41, de NJ-redactie in de aantekening onder de uitspraak in *NJ* 2013/534 en door Bos, *JBO* 2014/66.
155 Rb. Amsterdam (ktr.) 28 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0640, r.o. 9.

rechten in de grote steden een onevenredig grote administratieve last met zich zou brengen.

Een belangrijk arrest over dit onderwerp betreft een zaak waarin de erfverpachter onredelijk handelde jegens de erfpachter door in strijd met de geldende erfpachtvoorwaarden als voorwaarde voor toestemming voor overdracht van het recht een herziening van de canon te eisen.[156] De sterk verhoogde canon zou voor vijftien jaar vaststaan. Het gevolg was dat alle aspirant-kopers afhaakten en het recht onverkoopbaar werd. De rechtbank oordeelde dat de voorwaarde die de erfverpachter aan zijn toestemming voor overdracht verbond op grond van een objectieve uitleg van de erfpachtvoorwaarden niet redelijk was.[157] Ook het hof stelde aan de hand van een objectieve uitleg van de vestigingsakte vast dat de voorwaarde canonherziening bij toestemming voor overdracht onredelijk was in de zin van art. 5:91 BW nu de akte een uitputtende regeling voor canonherziening bevatte en de erfpachter en/of derden zoals aspirant-erfpachters daarom niet bedacht hoefden te zijn op canonherziening ter gelegenheid van de overdracht van het recht.[158] Het toestemmingsvereiste uit de akte werd daarbij gelezen in het licht van de uitputtende regeling voor canonherziening in diezelfde akte. Net als in de zaak waarin de voorwaarde beëindiging van het erfpachtrecht werd gesteld, was ook in dit oordeel de inhoud van het erfpachtrecht, objectief uitgelegd, doorslaggevend. Zowel de rechtbank als het hof was van oordeel dat de voorwaarde onredelijk was en het erfpachtrecht zonder deze voorwaarde kon worden overgedragen.[159] Het hof oordeelde bovendien dat de canonvaststellingsprocedure op onjuiste wijze was gevolgd waaruit eveneens volgde dat de voorwaarde onredelijk was. De rechtscolleges verbonden echter niet hetzelfde rechtsgevolg aan deze constatering. Op de vordering tot schadevergoeding wordt in par. 4.7 ingegaan.

In een vergelijkbare zaak, waarin dezelfde erfverpachter aan zijn toestemming voor overdracht eveneens de voorwaarde canonherziening verbond waardoor ook dit erfpachtrecht vrijwel onverkoopbaar werd, oordeelde de rechtbank dat het handelen van de erfverpachter niet onrechtmatig was.[160] De voorwaarde was in dit geval opgenomen in de vestigingsakte en werd door de erfpachter onvoldoende bestreden zodat de rechtbank geen aanleiding zag voor een oordeel over

156 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, *RVR* 2012/43 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, *TBR* 2015/153, m.nt. W.J.E. van der Werf (*erfpachters/Staatsbosbeheer*).

157 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, r.o. 5.3.

158 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.9-4.10. Zie r.o. 3.1 voor het toestemmingsbeding uit de vestigingsakte: "Artikel 12. 1. Zonder schriftelijke toestemming van de Staat is het niet geoorloofd de rechten van erfpacht en opstal geheel of gedeeltelijk te vervreemden." In de artikelen 3 en 4 wordt een uitputtende regeling gegeven voor canonindexering (elke drie jaar) en canonherziening (elke vijftien jaar).

159 In dezelfde zin en onder verwijzing naar deze uitspraak oordeelde de Rb. Midden-Nederland 25 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2943 (*erfpachters/Utrechts Monumentenfonds*), over een aangekondigde voorwaarde tot canonverhoging verbonden aan toestemming voor overdracht. Ook deze voorwaarde was in strijd met de in de vestigingsakte opgenomen regeling van canonherziening.

160 Rb. Overijssel 18 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2364 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*). Op deze zaak is reeds ingegaan in par. 3.5.6.

de rechtmatigheid van de voorwaarde.[161] Daarmee lijkt de kenbaarheid van de voorwaarde belangrijker dan de inhoud ervan. Dat een voorwaarde voor toestemming in de vestigingsakte is opgenomen en de grondeigenaar deze conform de akte had toegepast wil echter nog niet zeggen dat die voorwaarde altijd redelijk is. In hoger beroep beschouwde het hof de canonherzieningsvoorwaarde als een schriftelijk beding waarover tussen partijen niet was onderhandeld, paste zoals gezien ambtshalve Richtlijn 93/13/EEG toe en kwam tot het oordeel dat het een onredelijk bezwarend beding in de zin van art. 6:233 sub a BW betrof.[162] Het beding was oneerlijk in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG omdat het beding 'het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen ten nadele van de consument aanzienlijk en ongerechtvaardigd [verstoorde]'. Deze inhoudelijke toets doet denken aan de het criterium van de onevenredige verzwaring van de lasten van de erfpachter uit het arrest uit 1981.[163] Het hof vernietigde ambtshalve de voorwaarde canonherziening en vervolgde met een oordeel omtrent de vordering van de erfpachter op schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen van de erfverpachter. In dit kader voerde het hof een toets uit op grond van art. 5:91 lid 4 BW en kwam tot het oordeel dat de kantonrechter deze voorwaarden eveneens als onredelijk terzijde zou hebben geschoven, waarbij tevens betekenis toekwam aan het onevenredig hoge voordeel dat de erfverpachter ten deel zou vallen en het onevenredig hoge nadeel voor de erfpachter in de vorm van een onverkoopbaar recht of een veel lagere koopprijs van het erfpachtrecht. Daarnaast had de wetgever volgens het hof de toestemmingsregeling niet bedoeld om tussentijds de financiële voorwaarden waaronder de uitgifte was geschied te wijzigen.[164] Dat lijkt me echter niet geheel juist omdat de wetgever juist bewust heeft nagelaten voorwaarden of weigeringsgronden op te nemen in de wet of de toelichting daarop, anders dan een paar voorbeelden. In beginsel ben ik het met Vonck en Pavillon eens waar zij in hun bespreking van dit arrest stellen dat de redelijkheid van de voorwaarde afhangt van de omstandigheden van het geval en dat partijen in de erfpachtvoorwaarden de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW niet kunnen uitschakelen.[165] De erfpachter uit deze zaak mocht zijn recht overdragen zonder de voorwaarde canonherziening. Nu het recht inmiddels executoriaal was verkocht restte de veroordeling tot schadevergoeding.

161 Rb. Overijssel 18 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2364, r.o. 5.2.1. Ook in de toepassing van de voorwaarde had de grondeigenaar naar het oordeel van de rechtbank niet onrechtmatig gehandeld, nu de erfverpachter betekenis hechtte en mocht hechten aan een taxatie van de grondwaarde. Dat deze taxatie achteraf ondeugdelijk bleek doordat drie deskundigen de grondwaarde op een lagere waarde vaststelden doet er volgens de rechtbank niet aan af dat de grondeigenaar niet onrechtmatig handelde door de voorwaarde te stellen (r.o. 5.2).

162 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, *RVR* 2015/120 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), r.o. 6.2-6.7, bevestigd in Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*).

163 HR 24 april 1981, *NJ* 1982/84.

164 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, r.o. 2.5.8: "Van de te verlenen toestemming als instrument om tussentijds (eenzijdig) de contractueel voor langere tijd vastgelegde hoogte van de canon te wijzigen rept de wetsgeschiedenis niet." En in r.o. 2.6.2: "De wetgever heeft de in beginsel vrije bevoegdheid tot overdracht van erfpacht niet op onnodige wijze willen inperken. In de omstreden voorwaarde wordt die vrije overdracht beperkt omwille van een doel (tussentijdse prijsverhoging) waarvoor artikel 5:91 BW niet is geschreven en met een effect dat als eenzijdig en onevenwichtig dient te worden gekwalificeerd."

165 Pavillon & Vonck 2018, p. 82-83.

Uit de tot nu toe besproken jurisprudentie blijkt dat een voorwaarde die op grond van de algemene erfpachtvoorwaarden expliciet aan toestemming voor overdracht kan worden verbonden op grond van art. 6:233 sub a BW kan worden vernietigd of op grond van 6:248 lid 2 BW buiten toepassing dient te blijven. Indien de toestemming voor overdracht zonder een contractuele voorwaarde wordt geweigerd kan de toestemming op grond van art. 5:91 lid 4 BW worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter, eventueel onder voorwaarden. Voor een bespreking van de vraag wat een richtlijnconforme interpretatie van art. 5:91 lid 4 BW zou kunnen inhouden verwijs ik naar par. 3.5.7.

In een zaak waarin in de vestigingsakte canonverhoging bij overdracht was bedongen 'met ingang van de datum van vervreemding' oordeelde het hof Den Bosch dat de erfverpachter niet redelijk handelde door de canonverhoging ook te eisen van de vervreemdende erfpachter.[166] Het beding was eveneens geformuleerd als een 'kan'-bepaling waarin ook het wettelijke redelijkheidsvereiste was opgenomen:

> "Artikel 9 (incidentele wijziging van de canon) Wijziging van de canon kan plaatsvinden in de navolgende gevallen: (…) c. bij vervreemding van het erfpachtrecht, als bedoeld in artikel 10, zulks met ingang van de datum van vervreemding.(…).
> Artikel 10. 1. Het erfpachtrecht mag zonder schriftelijke toestemming van NS niet worden overgedragen (…) 2. NS mag de in lid 1 vereiste toestemming niet zonder redelijke gronden weigeren."[167]

Het was geoorloofd de canonverhoging aan de opvolgend erfpachter op te leggen, maar in strijd met de voorwaarden en dus onredelijk om de vervreemdende erfpachter te laten betalen voor de waardestijging van de onroerende zaak gedurende de periode dat deze rechthebbende was geweest.[168] De erfverpachter moest zich ook in dit geval aan zijn eigen voorwaarden houden.

4.5.6 Samenvatting toestemming voor overdracht

Uit de besproken jurisprudentie over toestemming voor overdracht kunnen de volgende criteria worden afgeleid. In beginsel staat het de erfverpachter vrij in de vestigingsakte te bedingen dat het erfpachtrecht niet zonder zijn toestemming kan worden overgedragen, dat blijkt uit art. 5:91 lid 1 BW. Aan die toestemming voor overdracht kan de erfverpachter op grond van art. 3:38 BW voorwaarden verbinden. De wet bevat geen bepalingen over welke voorwaarden of welke weigeringsgronden redelijk zijn, dat dient aan de hand van de vestigingsakte en de omstandigheden van het geval te worden bepaald. De erfpachter kan de weigeringsgrond of de voorwaarde ter toetsing voorleggen aan de kantonrechter die op

166 Hof Den Bosch 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:199 (*Alliance c.s./NS*). In vervolg op Rb. Den Bosch 11 juni 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD3567 (*NS/Alliance c.s.*).

167 Rb. Den Bosch 11 juni 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD3567, r.o. 2.1.2.

168 Hof Den Bosch 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:199, rov. 4.15. Het was niet redelijk dat de erfverpachter achteraf de afgekochte canon wenste te verhogen: "Een dergelijke betaling acht het hof geen redelijke grond voor het verlenen van toestemming tot vervreemding, nu daarmee naast de in artikel 5:85 lid 2 BW geregelde verplichting een gelijksoortige geldelijke verplichting zou worden gecreëerd."

grond van art. 5:91 lid 4 BW een vervangende machtiging kan verlenen, eventueel onder voorwaarden.

De wetgever heeft geen limitatieve opsomming van weigeringsgronden gegeven, alleen als voorbeeld genoemd dat de weigering gelegen kan zijn in de persoon van de opvolgend erfpachter. Dat kan diverse aspecten betreffen, waaronder de vraag of de opvolger in staat is de (achterstand in) canon te betalen en/of andere verplichtingen uit het erfpachtrecht kan nakomen. Andere weigeringsgronden dan de persoon van de erfpachter zijn ook mogelijk. Een voorwaarde verbonden aan toestemming is onredelijk indien deze ertoe leidt dat het erfpachtrecht onoverdraagbaar wordt. Canonherziening en andere financiële voorwaarden zijn in beginsel niet onredelijk, mits deze berusten op duidelijke afspraken uit de vestigingsakte en geen doorkruising vormen van andere regelingen uit de vestigingsakte.

Indien de voorwaarden die kunnen worden verbonden aan toestemming voor overdracht in de vestigingsakte zijn opgenomen, kan sprake zijn van algemene voorwaarden en kan het beding worden getoetst aan art. 6:233 sub a BW, welke bepaling in het geval van consumenten richtlijnconform moet worden uitgelegd. Deze toetsing kan leiden tot vernietiging van het beding.[169] De voorwaarde mag dan niet worden toegepast en eerdere toepassingen waren onrechtmatig. Anderzijds is zo'n voorwaarde voorzienbaar en handelt de erfverpachter conform de erfpachtvoorwaarden indien hij aan toestemming voor overdracht de bewuste voorwaarde verbindt, maar de omstandigheden kunnen maken dat het stellen van de voorwaarde toch onredelijk is.[170] Een voorwaarde die in strijd is met (een objectieve uitleg van) de geldende erfpachtvoorwaarden kan eveneens onredelijk zijn.[171] De weigering van toestemming voor overdracht aan een opvolgend erfpachter die voornemens is de bestemming van de onroerende zaak te wijzigen in afwijking van de erfpachtvoorwaarden, is redelijk. En een weigering van toestemming voor overdracht op grond van een belangenafweging in het licht van alle omstandigheden van het geval is redelijk indien de erfpachter met de overdracht eigenlijk onder een contractuele verplichting probeert uit te komen. Een voorwaarde die leidt tot onoverdraagbaarheid van het erfpachtrecht is echter in strijd met het goederenrechtelijk karakter van het recht en daarmee onredelijk.[172] Partijen dienen zich kortom aan de afgesproken erfpachtvoorwaarden te houden mits deze redelijk zijn en toepassing in de omstandigheden van het geval niet tot een onevenredige verzwaring van de lasten van een der partijen leidt.

---

169 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097 en Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437.

170 Rb. Overijssel 18 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2364.

171 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870 en ECLI:NL:HR:2010:BK0871, Hof Den Bosch 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:199, Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803 en Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108.

172 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870 en ECLI:NL:HR:2010:BK0871. Zie ook Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*) en Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*), waarin het feit dat een beding uit particuliere erfpachtvoorwaarden de onoverdraagbaarheid van het erfpachtrecht teweegbracht voldoende was om dit beding wegens strijd met art. 6:233 sub a BW te vernietigen. Deze uitspraken zijn besproken in de par. 3.5.2 en 3.5.8. De overdraagbaarheid van het erfpachtrecht speelt ook een rol bij de beoordeling van de redelijkheid van de weigering toestemming voor overdracht te verlenen, Rb. Noord-Holland 4 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:8469 (*erfpachter/Enkhuizen*), r.o. 5.4 en 5.7.

In de behandelde uitspraken ligt de nadruk op de toetsing van een weigering toestemming te verlenen, met name op de weigering toestemming te verlenen indien een bepaalde daaraan verbonden voorwaarde niet wordt opgevolgd. Bij deze volle toetsing aan alle omstandigheden van het geval voert de rechter in alle gevallen een belangenafweging uit. De jurisprudentie heeft enige regels ontwikkeld die hierboven zijn weergegeven. In het verlengde van par. 3.5.7 wil ik kort beoordelen of in de hierboven behandelde casus sprake kan zijn van een richtlijnconforme interpretatie van art. 5:91 lid 4 BW. Ik beperk mij tot de zaken die op grond van de hoedanigheid van partijen onder de reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG gebracht kunnen worden. De zaak van het hoogheemraadschap uit par. 4.5.3 dat als voorwaarde voor toestemming voor overdracht beëindiging van het erfpachtrecht bedong, valt qua hoedanigheid wel onder de richtlijn, maar temporeel niet omdat het recht in ieder geval in 1991 al bestond.[173] De voorwaarde die het hoogheemraadschap aan toestemming voor overdracht verbond was niet opgenomen in de algemene erfpachtvoorwaarden, maar in een besluit dat het hoogheemraadschap na de vestiging van het recht had genomen. Dit beleid was aan de erfpachters bekend gemaakt, maar maakte geen deel uit van hun recht. In rechte werd getoetst of de erfverpachter ten eerste bevoegd was toestemming voor overdracht te bedingen, ten tweede of hij bevoegd was aan die toestemming voorwaarden te verbinden, ten derde of die bevoegdheid ook een voorwaarde omvatte die kon leiden tot canonherziening en ten vierde of de bewuste canonherziening redelijk was. De eerste twee vragen werden bevestigend beantwoord en de zaak strandde op de derde vraag: in de erfpachtvoorwaarden waren alle gelegenheden waarbij de canon kon worden herzien limitatief opgesomd zodat de erfverpachter niet bevoegd was die voorwaarde te stellen.[174] Maar daarnaast werd de voorwaarde dat het recht zou worden beëindigd ook inhoudelijk beoordeeld en dit oordeel leidde tot een aanwijzing van de Hoge Raad dat

> '(…) de rechter die moet beslissen op een verzoek als bedoeld in art. 5:91 lid 4 BW, [dient] te onderzoeken of de eigenaar de vereiste toestemming zonder redelijke gronden weigert. Dat brengt mee dat hij, in een geval waarin de eigenaar een voorwaarde aan zijn toestemming verbindt, moet onderzoeken *of die voorwaarde redelijk is*.'[175]

Dat onderzoek naar de redelijkheid van de voorwaarde is een inhoudstoetsing waarbij de maatstaf van Richtlijn 93/13/EEG kan worden toegepast in de vorm van de aanzienlijke verstoringstoets, de bedingen van de indicatieve lijst en de vergelijkingsmethode. De uitkomst zal in dit geval niet anders uitvallen nu de onredelijkheid van de voorwaarde reeds volgt uit het wettelijk stelsel en de toets aan Richtlijn 93/13/EEG dit hooguit ondersteunt door te wijzen op de aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen partijen. Enige twijfel heb ik hierbij wel omdat art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG tot voorwerp van toetsing maakt 'een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld', en het rekt de reikwijdte van de richtlijn wel erg ver op als voorwaarden die een erfverpachter stelt op grond van zijn latere beleid voor dit doel als inhoud van het erf-

173 Conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, par. 2.
174 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, r.o. 3.6.
175 HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, r.o. 3.9. Nadruk toegevoegd.

pachtrecht worden beschouwd. Ook in het geval van het onverkoopbare erfpachtrecht voerde de rechtbank een inhoudstoetsing uit naar de redelijkheid van de voorwaarde canonverhoging en ook daar stuitte de voorwaarde af op een uitputtende regeling voor canonherziening in de vestigingsakte.[176] Het hof onderschreef die conclusie en oordeelde dat de erfverpachter in dit geval niet bevoegd was de canon te herzien bij gelegenheid van overdracht,[177] zodat ook dit oordeel eigenlijk bleef steken bij de bevoegdheidsvraag. In beide gevallen volstond een goederenrechtelijke beoordeling in het licht van derdenwerking en overdraagbaarheid om de onredelijkheid van het onthouden van toestemming voor overdracht vast te stellen. Niet ondenkbaar is dat in gevallen waarin de bevoegdheid buiten twijfel staat het evenwicht tussen partijen meer gewicht in de schaal zal leggen bij de beoordeling van de redelijkheid van een voorwaarde voor toestemming voor overdracht.

4.6 Toestemming voor bestemmingswijziging

De bestemming van een in erfpacht uitgegeven zaak wordt bij vrijwel alle uitgiftes vastgelegd in de vestigingsakte. De erfpachter is op grond van art. 5:89 lid 2 BW niet bevoegd de bestemming uit de akte te wijzigen zonder voorafgaande toestemming van de erfverpachter en dit verbod wordt in algemene erfpachtvoorwaarden vaak herhaald en dan verbonden met een boetebeding. Het toestemmingsvereiste van art. 5:89 lid 2 BW was voor 1992 niet wettelijk geregeld, maar de bestemming van een in erfpacht uitgegeven zaak werd ook voor die datum veelal bepaald in de vestigingsakte en het was ook al voor 1992 gebruikelijk, met name bij stedelijke erfpacht, dat de erfpachter toestemming van de grondeigenaar behoefde voor wijziging van de bestemming.[178] Dit toestemmingsvereiste dient het belang van de erfverpachter bij behoud van de bestemming van de zaak. Een erfverpachter die uitbreiding of wijziging van het bij vestiging afgesproken ge-

176 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, r.o. 5.3.
177 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.8-4.9.
178 Onder het OBW was het genot van de erfpachter ruimer geformuleerd. Op grond van art. 768 lid 1 OBW mocht de erfpachter geen handelingen verrichten die zouden leiden tot waardevermindering van de grond. Asser/Beekhuis 1963, p. 264: “Bedoeld is [met art. 768 lid 1 OBW], dat de zelfstandigheid van de zaak niet mag worden aangetast, indien dit tot waardevermindering zou leiden. Wijziging van de bestemming is dus op zichzelf niet verboden, indien deze niet waardevermindering tengevolge heeft.” De Jong 1984a, p. 307: “Art. 5.7.1.3 lid 2 NBW stelt een andere beperking aan het genot van de erfpachter (…) Deze bepaling gaat verder dan de genoemde beperking in het huidige recht (…) In de praktijk zal het verschil tussen huidig en komend recht weinig uitmaken. Vrijwel steeds wordt ex art. 782 BW in algemene en bijzondere voorwaarden bepaald dat het de erfpachter verboden is (behoudens toestemming van de gemeente) de bestemming van het perceel te wijzigen.” PG Boek 5 BW, p. 308 (TM): “De toestemming van de eigenaar om aan de zaak een andere bestemming te geven of een handeling in strijd met de bestemming van de zaak te verrichten, kan een toestemming ad hoc zijn, die haar kracht verliest als daarvan niet terstond gebruik wordt gemaakt.” Een voorbeeld van een weigering de bestemming van een perceel te wijzigen van woonruimte in kantoorruimte onder het regime van de AB1915 Amsterdam betrof Raad van State 12 januari 1981, *BR* 1981/514, ECLI:NL:RVS:1981:AT0671.

bruik weigert onder verwijzing naar de afspraken in de vestigingsakte staat in beginsel in zijn recht.[179]

Voor wijziging van de bestemming vond de wetgever het niet nodig om de erfpachter de mogelijkheid te bieden de toestemming te vervangen door een machtiging van de kantonrechter. De reden daarvoor is niet geheel duidelijk en wordt betreurd door De Jong omdat veel conflicten juist gaan over een wijziging van de bestemming:

> "Artikel 5.7.1.3, lid 2, NBW welke wijziging van de bestemming van de grond eveneens afhankelijk maakt van de toestemming van de grondeigenaar kent echter de regeling van de vervangende rechterlijke machtiging niet. De reden hiervan is onduidelijk. Juist hier zou een dergelijke regeling zo nuttig zijn. De praktijk wijst immers uit dat vooral bestemmingswijzigingen en de daardoor mogelijk veranderde economische waarde van het recht – meer dan de overdracht – bron van conflicten zijn tussen de gemeente-eigenaar en de erfpachter."[180]

In de parlementaire geschiedenis van art. 5:89 BW werd oorspronkelijk en aansluitend op art. 768 OBW uitgegaan van een verbod op waardeverminderende handelingen die de erfpachter niet mocht verrichten in strijd met de bestemming van de zaak. Omdat de overheid als erfverpachter ook gebruiksbeperkingen stelde in het algemeen belang die niet direct verband hielden met de waarde van de grond is deze voorwaarde later vervallen.[181] De reden om deze vorm van toestemming wettelijk te regelen is behandeld in par. 4.3.3.

Het is niet altijd eenvoudig vast te stellen of sprake is van bestemmingswijziging. In de recreatieve sfeer had een erfverpachter een perceel op een Waddeneiland uitgegeven voor het stichten van een woning met bijgebouw en maximaal elf vakantiewoningen.[182] De erfverpachter eiste canonverhoging op het moment dat de erfpachter vanaf het perceel in strijd met de afgesproken bestemming tevens fietsen aan derden ging verhuren. Rechtbank en hof achtten fietsenverhuur niet in strijd met de bestemming uit de vestigingsakte van het erfpachtrecht.[183] In cassatie werd het oordeel van het hof betwijfeld omdat het onbegrijpelijk was en werd het geschil verwezen. Pas nadat was vastgesteld of de fietsenverhuur in strijd was met de bestemming uit de akte kon de vraag aan de orde komen of de canonverhoging vanwege die bestemmingswijziging rechtmatig was.

---

179 Bijvoorbeeld Rb. Den Haag 29 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2610 (*De Lucht/Staat*). In dit geval werd toestemming voor uitbreiding van een wegrestaurant naar de andere zijde van de snelweg geweigerd omdat deze uitbreiding van het gebruik niet in de erfpachtakte en/of de vergunningen was voorzien en ook niet uit de omstandigheden kon worden afgeleid. De erfpachter deed vergeefs een beroep op de jarenlang bestaande rechtsverhouding. Minder duidelijk was een verbod op het gebruik van een 'bouwterrein' voor commerciële activiteiten zonder toestemming waarbij aan de hand van een uitleg van de erfpachtovereenkomst volgens de Havilexnorm werd geoordeeld dat commerciële activiteiten vanuit containers niet waren toegestaan, maar dezelfde activiteiten vanuit een gebouw wel, Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 februari 2017, ECLI:NL:OGEABES:2017:43 (*Bonaire International Airport/Dabboussi*).

180 De Jong 1984b, p. 16.

181 PG Boek 5 BW, p. 309 (MvA). De Jong & Ploeger 2008, p. 48 betreuren het ontbreken van de rechterlijke machtiging: "De rechtsbescherming van de erfpachter/burger tegen de eigenaar/overheid zou daarbij kunnen verbeteren."

182 Hof Leeuwarden 9 april 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AF7231 (*Haantjes/Damstra en Andele*) en HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, *NJ* 2005/41 (*Haantjes/Damstra en Andele*).

183 Conclusie A-G Wesseling-van Gent bij HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, par. 1.15 en 2.20 en HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, r.o. 3.2.2.

4.6.1 Canonherziening bij bestemmingswijziging

Indien de erfpachter het gebruik of de bestemming van de onroerende zaak wijzigt door bijvoorbeeld zijn woning uit te breiden met een dakkapel of een woning met vergunning om te vormen tot kantoor, verandert daarmee dikwijls de waarde van het gebruik van de onroerende zaak. Zo heeft kantoorruimte doorgaans een hogere verhuurwaarde dan woonruimte. Op grond van art. 5:89 lid 2 BW is voor die wijziging toestemming van de erfverpachter vereist en deze bedingt bij die toestemming veelal dat de waarde van het recht opnieuw wordt vastgesteld en de canon aan die nieuwe waarde wordt aangepast. De gedachte hierachter is dat indien door toedoen van de erfpachter de waarde van het gebruiksrecht en daarmee de canongrondslag wijzigt, de erfverpachter recht heeft op een deel van de waardestijging die daarvan mogelijk het gevolg is. De canonherziening dient in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar te zijn en mag bovendien de bestaande afspraken niet doorkruisen. Indien de erfpachter bij wijziging van het gebruik blijft binnen de grenzen van zijn gebruiksrecht is canonherziening onredelijk. Een afweging die meespeelt is dat de erfpachter de bestemmingswijziging zelf in de hand heeft. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat de erfverpachter een financiële voorwaarde in de vorm van canonherziening aan zijn toestemming mag verbinden mits die voorwaarde van tevoren bekend is, niet in strijd is met andere erfpachtvoorwaarden en de verhoging redelijk is. Wat is redelijk?

Uit twee vroege en niet-gepubliceerde uitspraken kan worden afgeleid dat de voorwaarde canonherziening bij wijziging van de bestemming van de onroerende zaak in beginsel niet onredelijk is indien een gemeente als erfverpachter deze toestemming in de algemene erfpachtvoorwaarden heeft bedongen.[184] Aan het verlenen van die toestemming mogen dan ook uit beleidsoverwegingen voorwaarden worden gesteld indien de gemeente dat nodig vindt. Bij de toetsing wordt sinds het arrest Amsterdam/Ikon aangehaakt bij het redelijkheidscriterium en/of de goede trouw.[185] Dit arrest handelde over de weigering van de gemeente Amsterdam om op grond van de AB 1915 toestemming te verlenen voor het wijzigen van de bestemming van een pand van woning naar bedrijfsruimte.[186] De gemeente beriep zich op haar beleid gericht op het versterken van de woonfunctie in de betreffende buurt en het tegengaan van de vestiging van kantoren en bedrijven. De erfpachter voerde een opsomming van gevallen aan waarin de toestemming wel was verleend en deed een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel:

184 De Jong 1984a, p. 254-255. De besproken uitspraken zijn Rb. Rotterdam 1 juni 1973, nr. 3006/70 (*Schiedam/Centro*) en Rb. Amsterdam 1 november 1978, nr. 76.4014 (*Amsterdam/Van Veeren*), inmiddels kenbaar uit Hof Amsterdam 7 mei 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AS6637, *BR* 1994, p. 861, m.nt. J. de Jong, (*Amsterdam/Göbel-Van Veeren*).

185 Reeds volgens Bloembergen 1972, p. 28 diende de overheid bij het verlenen van privaatrechtelijke toestemming de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.

186 HR 27 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5565, *NJ* 1987/727, m.nt. M. Scheltema (*Amsterdam/Ikon*). Het arrest is vooral bekend vanwege het oordeel dat een overheidsinstantie zich bij privaatrechtelijk handelen dient te houden aan de (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

> "Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen – in acht te nemen."[187]

Volgens A-G Franx toetste het hof het beroep van Ikon terecht aan de goede trouw en wel door middel van een toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Het maakt verschil of de erfverpachter een overheidsinstantie of een particulier is. Beide zijn weliswaar gebonden aan de privaatrechtelijke norm van de goede trouw of redelijkheid en billijkheid, maar bij overheden heeft deze norm een iets andere inhoud en dient de rechter marginaal in plaats van volledig te toetsen. De Hoge Raad casseerde op een technisch punt. Het is niet duidelijk of het hof met de vaststelling dat de gemeente voorheen 'in gevallen als de onderhavige vergunning tot bestemmingswijziging placht te geven' doelt op de toestemming tot woningonttrekking op grond van art. 56 Woningwet of op de toestemming tot bestemmingswijziging op grond van de erfpachtsverhouding.

Indien de erfverpachter toestemming voor bestemmingswijziging verleent is dat veelal onder de voorwaarde dat de erfpachtcanon zal worden herzien. De veronderstelling die daaraan ten grondslag ligt is dat het erfpachtrecht door de wijziging meer waard zal worden als gevolg waarvan de grondslag voor de canon zal wijzigen. De voorwaarde moet eerst en vooral blijken uit de geldende erfpachtvoorwaarden, de erfverpachter mag geen misbruik maken van zijn bevoegdheid de voorwaarde te stellen en daarnaast wordt de redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW analoog toegepast bij de beoordeling of toestemming voor bestemmingswijziging is vereist.

In een vroege Amsterdamse zaak, een uitgifte onder toepassing van de AB 1915, toetste het hof het beleid van de gemeente om bij bestemmingswijziging canonverhoging als voorwaarde te stellen. De rechtbank had geoordeeld dat de erfverpachter op grond van het erfpachtcontract aan de vergunning tot bestemmingswijziging de voorwaarde canonverhoging mocht verbinden en het hof bevestigde dat oordeel:

> "De toepasselijke Algemene Bepalingen, met name artikel 9, aanhef en onder a, sluiten immers geenszins de mogelijkheid uit, dat de vergunning afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de erfpachter een verhoging van de canon aanvaardt, waarin voor het deel van het betrokken onroerend goed waarvan de bestemming wordt gewijzigd rekening wordt gehouden met de hogere gebruikswaarde en tevens met de geldontwaarding en de gestegen grondprijzen."[188]

De bepaling uit de algemene erfpachtvoorwaarden sloot niet uit dat er voorwaarden aan de vergunning konden worden verbonden, bijvoorbeeld de voorwaarde canonverhoging. De gemeente stelde dat de verhoging van de canon niet alleen was gebaseerd op de hogere gebruikswaarde van de onroerende zaak die door de

187 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727, r.o. 3.3.

188 Hof Amsterdam 7 mei 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AS6637, *BR* 1994, p. 861, m.nt. J. de Jong (*Amsterdam/Göbel-Van Veeren*), r.o. 4.4. Art. 9 aanhef en sub a AB 1915 luidde: "Het is den erfpachter niet veroorloofd: a de bestemming van den grond en van den daarop te stichten opstal te veranderen zonder voorafgaande schriftelijke vergunning van Burgemeester en Wethouders, welke vergunning ook voor bepaalden tijd of tot wederopzeggens toe kan worden verleend."

erfpachter was bewerkstelligd, een pand met uitsluitend de bestemming winkel was meer waard dan een pand waarin naast een winkel ook een woning was gevestigd, maar ook op de geldontwaarding en de gestegen grondprijzen. De gemeente verbond de voorwaarde canonverhoging sinds het midden van de zestiger jaren aan de vergunning tot bestemmingswijziging 'wegens de voortgaande geldontwaarding en de stijging van de grondprijzen' en berekende deze canonverhoging volgens een bepaalde formule waarvan de factoren berustten op economisch-statistisch onderzoek.[189] Het hof velde een inhoudelijk oordeel over het beleid en de canonberekening en achtte dit redelijk en in het algemeen belang:

> "4.6. Het hof is van oordeel *dat deze beleidswijziging en de sedertdien gehanteerde formule de toets der redelijkheid kunnen doorstaan* en geen inbreuk maken op het gelijkheidsbeginsel, noch op het vertrouwensbeginsel. Het nieuwe beleid dient tevens het algemeen belang dat zich ertegen verzet om de erfpachter een afwijking van de bestemming ingevolge het erfpachtcontract toe te staan teneinde de gebruikswaarde van onroerend goed op erfpachtgrond te verhogen zonder dat de Gemeente daarvoor een passende compensatie ontvangt, waarin tevens de gevolgen van de geldontwaarding en de gestegen grondprijzen zijn verwerkt.
> 4.7. Het hof neemt hierbij in aanmerking enerzijds dat een herziening van de canon als voorwaarde voor een vergunning tot wijziging van de bestemming de erfpachter de vrijheid laat die voorwaarde niet te aanvaarden en zijn verzoek hem deze vergunning te verlenen in te trekken en anderzijds *dat het aanvragen van een vergunning voor een bestemmingswijziging tot op zekere hoogte het erfpachtcontract openbreekt en partijen brengt in een onderhandelingspositie die vergelijkbaar is met die bij de uitgifte van gronden in erfpacht, waarin de Gemeente in beginsel vrij is de canon vast te stellen, uitgaande van de actuele grondprijzen*."[190]

De gevraagde wijziging van het recht, een andere bestemming van de onroerende zaak dan afgesproken bij vestiging, brak 'tot op zekere hoogte' het erfpachtcontract open en het gevolg daarvan was dat partijen als het ware opnieuw onderhandelden over vestiging. In die situatie stond het de gemeente vrij een canon vast te stellen op basis van de actuele grondprijzen. De erfpachter had deze onderhandelingssituatie zelf bewerkstelligd, het hoger beroep van de gemeente was daarom gegrond en het was redelijk dat de erfpachter gebonden raakte aan de canonverhoging aan de hand van de inflatie en de grondprijzen.[191] De Jong merkte in een noot onder het arrest op dat in andere gevallen van stedelijke erfpacht meestal niets geregeld was over canonverhoging bij bestemmingswijziging, laat staan hoe die berekend diende te worden.[192] In het algemeen kunnen op grond van art. 3:38 BW aan toestemming voorwaarden worden verbonden.[193] Het is wel de vraag in hoeverre een verzoek om bestemmingswijziging partijen in een onderhandelingssituatie brengt die vergelijkbaar is met die bij uitgifte van gronden indien de erfverpachter zoals in dit geval de gemeente Amsterdam nauwkeurige

189 Hof Amsterdam 7 mei 1992, *BR* 1994, p. 861, r.o. 4.5 en 4.11.
190 Hof Amsterdam 7 mei 1992, *BR* 1994, p. 861, r.o. 4.6-4.7. Nadruk toegevoegd.
191 Hof Amsterdam 7 mei 1992, *BR* 1994, p. 861, r.o. 4.8. Het hof achtte de gebruikte formule voor het berekenen van de canonherziening eveneens redelijk.
192 De noot van De Jong in *BR* 1994, p. 861 geeft tevens enige details van de berekeningssystematiek.
193 Art. 3:38 BW: "1. Tenzij uit de wet of uit de aard van de rechtshandeling anders voortvloeit, kan een rechtshandeling onder een tijdsbepaling of een voorwaarde worden verricht. 2. De vervulling van een voorwaarde heeft geen terugwerkende kracht." Voor erfpachtvoorwaarden is dit uitdrukkelijk vastgesteld in PG Boek 5 BW, p. 314.

regels heeft vastgesteld over de voorwaarden waaronder die toestemming zal worden verleend. Er valt dan niet veel te onderhandelen en de erfpachter heeft niet de keuze wel of niet met de uitgifte akkoord te gaan, hij bevindt zich juist in een gebonden situatie. Wel staat vast dat de bepalingen uit de algemene erfpachtvoorwaarden over canonherziening bij het einde van een tijdvak niet van toepassing zijn 'vanwege het verschil in de feiten die de aanleiding vormen tot de canonherziening'. Het beleid diende in ieder geval te worden getoetst aan de redelijkheid en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[194] Canonverhoging als voorwaarde voor bestemmingswijziging was inmiddels staand beleid bij stedelijke erfpacht, aldus De Jong.[195] Dit geldt nog steeds. Bij eeuwigdurende erfpacht zoals toegepast in Den Haag, Utrecht en Amsterdam kan de canon niet meer periodiek worden verhoogd, maar nog wel worden aangepast indien het gebruik of de bestemming van de onroerende zaak wijzigt indien als gevolg daarvan waardestijging optreedt.[196]

Wijziging van de bebouwing valt ook onder art. 5:89 lid 2 BW. In de zogenoemde Amsterdamse dakopbouwzaken over de uitbreiding van woningen werd primair getoetst aan de geldende erfpachtvoorwaarden en beoordeeld of de gemeente geen misbruik maakte van haar bevoegdheid voorwaarden aan toestemming te verbinden. Er was sprake van *détournement de pouvoir* indien de gemeente alleen bereid was de publiekrechtelijke bouwvergunning en de privaatrechtelijke toestemming voor de gebruikswijziging te verlenen indien de erfpachter akkoord ging met canonverhoging.[197] Er moest sprake zijn van een aantoonbare waardestijging[198] die hoger was dan de kosten van de verbouwing.[199] Indien de erfpachter echter zonder noemenswaardige protesten meewerkte aan het tot stand komen van een nieuwe erfpachtovereenkomst, was er sprake van wilsovereenstemming ondanks dat de gemeente misbruik maakte van haar bevoegdheid en moest de

194 Noot De Jong in *BR* 1994, p. 861: "Het Hof acht in dit kader de vergelijking met de in de Algemene bepalingen uitvoerig geregelde herziening van de canon na ommekomst van een tijdvak, vanwege het verschil in de feiten die aanleiding vormen tot de canonherziening onjuist. Door deze opstelling schept het Hof de ruimte om de door de gemeente Amsterdam in deze sedert de jaren zestig ingezette beleidswijziging te sanctioneren. Wel wordt dit beleid door Hof en Rechtbank getoetst aan de redelijkheid en ingevolge het Ikon-arrest (HR 27 maart 1987 *BR* 1987, p. 533, m.nt. P. de Haan *NJ* 1986/727, m.nt. MS) en art. 3:14 BW – ook aan de beginselen van behoorlijk bestuur."

195 Uit de noot van De Jong in *BR* 1994, p. 861 bleek dat de vier grote steden hun algemene erfpachtvoorwaarden hadden aangepast aan het nieuwe BW: "De voorwaarden bevatten thans alle een aparte regeling omtrent de mogelijkheid tot het opleggen van een financiële voorwaarde bijv. bij wijziging van het gebruik of de bestemming van de grond en opstallen die een economische meerwaarde oplevert. Deze kan de vorm aannemen van een verhoging van de canon, maar ook – nu de canon geen essentiale meer is van het erfpachtsrecht – de betaling van een bedrag ineens."

196 Zie bijvoorbeeld art. 12.1 AB 1986/1993/2008 's-Gravenhage: "Herziening van de grondwaarde en als gevolg daarvan de canon geschiedt uitsluitend naar aanleiding van een door de erfpachter voorgenomen en door burgemeester en wethouders krachtens artikel 16, 17 en 20 goedgekeurde wijziging van het gebruik van de grond en/of de opstallen die een economische meerwaarde van de grond oplevert." Zo ook art. 7.1 AB 1989 Utrecht: "Naar aanleiding van een door de erfpachter voorgenomen en door Burgemeester en Wethouders goedgekeurde wijziging van het gebruik van het perceel grond en/of een wijziging van de opstallen, is de gemeente gerechtigd van de erfpachter de betaling te vorderen van de uit die wijziging voortvloeiende economische meerwaarde van het erfpachtrecht." In gelijke zin art. 20 lid 3 AB 2016 Amsterdam: "De gemeente kan de canon, of de betaalde afkoopsom als de canon eeuwigdurend is afgekocht, herzien als de waarde van het erfpachtrecht verandert als gevolg van de wijziging waarvoor de erfpachter op grond van deze Algemene Bepalingen vrijstelling of toestemming verzoekt."

197 Een voorbeeld van een dakopbouw zaak vormde Rb. Amsterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BC7678 (*erfpachters/Amsterdam*).

198 Hof Amsterdam 9 juni 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:BX8554 (*Amsterdam/erfpachters*).

199 Rb. Amsterdam 24 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH5471 (*erfpachters/erfverpachter*). Zie voor een vergelijkbaar geval Rb. Amsterdam 31 juli 2002, *JBN* 2004/59 (*Amsterdam/erfpachter*).

canonverhoging betaald worden.[200] De gestegen waarde van de onroerende zaak als gevolg van de inspanningen van de erfpachter diende dus ook aan de erfverpachter ten goede te komen via canonverhoging als voorwaarde voor toestemming. In 2005 heeft de gemeente Amsterdam haar beleid ten aanzien van woningverbetering en uitbreiding herzien waarna het aantal rechtszaken is afgenomen.[201]

Ook in Friesland deed zich een geval voor van een gemeente die als erfverpachter aan de privaatrechtelijke toestemming voor nieuwbouw op een in erfpacht uit te geven perceel de voorwaarde verbond dat de canon aanzienlijk zou worden verhoogd.[202] Daarmee handelde de erfverpachter onrechtmatig jegens de erfpachter omdat voor deze canonverhoging geen grondslag in de erfpachtvoorwaarden bestond.[203]

Ook de bestemming van een bedrijfspand kan in de loop der tijd wijzigen.[204] In een andere Amsterdamse zaak was toestemming voor bestemmingswijziging verleend zodat in het gebouw dat voorheen als garage en showroom was gebruikt voortaan ook horeca en andere activiteiten zouden kunnen plaatsvinden. Op grond van een objectieve uitleg van de algemene erfpachtvoorwaarden werd vastgesteld dat aan die bestemmingswijziging nadien geen canonverhoging kon worden verbonden nu die voorwaarde geen verband hield met de bestemmingswijziging. De bevoegdheid om al dan niet in te stemmen met een bestemmingswijziging heeft immers als doel te voorkomen dat de zaak een ongewenste bestemming zal krijgen, maar is niet bedoeld om 'via een omweg' de termijn waarvoor de erfpachtcanon vaststond te bekorten, aldus de rechtbank.[205] Omdat de erfverpachter de toestemming voor bestemmingswijziging onvoorwaardelijk

200 Rb. Amsterdam 24 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH1381 (*erfpachters/Amsterdam*) en Rb. Amsterdam 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1000 (*erfpachter/Amsterdam*).

201 Wanneer bij een woning de uitbreiding binnen de bestaande bebouwing valt wordt in het lopende erfpachttijdvak geen canonverhoging in rekening gebracht. Bij het begin van een nieuw tijdvak wordt de uitgebreide bebouwing wel meegewogen. Vgl. Rb. Amsterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BC7678, r.o. 2.16 en 'Erfpachtbeleid inzake bebouwingswijziging' (B&W-besluit 29 juni 2010), *Gemeenteblad Amsterdam* 2010, 3B, 114. Aan de toestemming van de erfverpachter is de voorwaarde verbonden dat de erfpachter de 'aanbieding' van de gemeente aanvaardt. In die aanbieding is onder meer de canonverhoging opgenomen en deze geldt als titel voor de notariële akte waarmee de bebouwingswijziging wordt vastgelegd en ingeschreven.

202 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10344 (*erfpachter/De Fryske Marren*).

203 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10344, r.o. 4.25: "Het hof stelt vast dat op grond van artikel 9 van de erfpachtsvoorwaarden de erfpachter de opstal op zijn perceel naar haar uiterlijke gedaante niet mag wijzigen zonder voorafgaande toestemming van burgemeester en wethouders. Dat betekent dat burgemeester en wethouders bij het beoordelen van de vraag of een wijziging van de opstal kan worden toegestaan niet vrij zijn in het stellen van voorwaarden. Zij mogen uitsluitend voorwaarden stellen *die betrekking hebben op de uiterlijke gedaante van de opstal*. Ook aan artikel 8 van de erfpachtsvoorwaarden kan, anders dan door de Gemeente bij pleidooi is betoogd, de bevoegdheid tot het stellen van een financiële voorwaarde als de onderhavige niet worden ontleend. De vereiste toestemming van burgemeester en wethouders in deze bepaling ziet op *'andere opstallen of getimmerten'* en niet op de vakantiewoning zelf, nog daargelaten of aan het oprichten van genoemde bouwwerken wel een financiële voorwaarde mag worden verbonden. Verder is gesteld, noch gebleken dat de erfpachtsovereenkomst zoals vervat in de notariële akte van 20 juli 1959 anderszins een grondslag biedt voor het stellen van een financiële voorwaarde. *Door aan hun toestemming de voorwaarde tot verhoging van de canon te verbinden hebben burgemeester en wethouders misbruik van hun bevoegdheid gemaakt en daarmee onrechtmatig gehandeld ten opzichte van [appellante]*. Dit onrechtmatig handelen van de Gemeente kan haar ook worden toegerekend." Nadruk toegevoegd.

204 Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT8289 (*Amsterdam/Wibautstraat*) en Hof Amsterdam 6 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY3243 (*Amsterdam/Wibautstraat*).

205 Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT8289, r.o. 6.16 en 6.22.

had verleend kon geen latere grondslag voor een eenzijdig opgelegde canonherziening worden vastgesteld.[206]

4.6.2 Gebruik conform bestemming

De gemeente Zoetermeer weigerde als erfverpachter een door de erfpachter van een in 2001 gebouwde ijs- en evenementenhal gevraagde wijziging in de vorm van een beperking van het gebruik.[207] De huurder van de erfpachter die de hal exploiteerde had verzocht om sluiting van een deel van de ijshal gedurende een seizoen wegens teruglopende belangstelling voor de schaatssport en een benodigde renovatie. De gevorderde nakoming van het afgesproken gebruik en de onderhoudsverplichtingen werd door de voorzieningenrechter toegewezen nu de gemeente niet onredelijk handelde of misbruik van recht maakte door nakoming van de gebruiksafspraken te eisen, er geen sprake was van onvoorziene omstandigheden en de exploitatie geheel voor rekening en risico van de erfpachter kwam.[208]

De gemeente Den Haag verbood als erfverpachter het gebruik van een erfpachtrecht voor een andere bestemming dan die uit de vestigingsakte.[209] De stichting had het recht met de bestemming bedrijfsruimte gekocht en was daar maatschappelijke activiteiten gaan organiseren. De erfverpachter constateerde dat het pand werd gebruikt als gebedsruimte en ontmoetingsplaats en stelde dat de erfpachter zich aan het afgesproken gebruik uit de vestigingsakte diende te houden. De voorzieningenrechter wees het verbod toe, dat in het gewijzigde bestemmingsplan gebruik voor maatschappelijke dienstverlening was toegestaan maakte dat niet anders.[210]

4.6.3 Samenvatting toestemming voor bestemmingswijziging

De wettelijke regeling gaat uit van het belang van de erfverpachter. De erfpachter mag het bestaande recht op een belangrijk punt, de bestemming van de onroerende zaak, alleen met toestemming van de erfverpachter openbreken. Dat brengt de erfverpachter in een positie van overwicht in onderhandelingsmacht, hij kan in feite alle voorwaarden bedingen die hij wil mits het in de gegeven omstandigheden niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de erfpachter aan deze voorwaarden wordt gebonden. Bij deugdelijk en volgens de

---

206 Hof Amsterdam 6 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY3243, r.o. 3.7.3 en 3.8.1-3.8.6.

207 Rb. Den Haag (vzr) 14 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10451 (*Zoetermeer/Aprisco*).

208 Rb. Den Haag (vzr) 14 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10451, r.o. 4.4-4.6. Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht in een zaak waarin de gemeente als erfverpachter jegens een opvolgend erfpachter nakoming van de bestemmingsbepalingen uit de vestigingsakte mocht eisen ook al was de huidige erfpachter er niet in geslaagd die na te komen, Rb. Utrecht (vzr) 26 juni 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AH8718 (*Winkel van Sinkel/Utrecht*).

209 Rb. Den Haag (vzr) 2 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12628 (*Den Haag/erfpachter*).

210 Rb. Den Haag (vzr) 2 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12628, r.o. 4.3-4.5. De erfpachter had geen verzoek tot bestemmingswijziging gedaan, terwijl daar in de vestigingsakte wel in voorzien was. Vgl. Hof Amsterdam 21 november 1985, ECLI:NL:GHAMS:1985:AS9098, *BR* 1986/453 (*erfpachters/Amsterdam*), waarin aan de woonbestemming uit de vestigingsakte uit 1927 mocht worden vastgehouden, het jarenlang bedrijfsmatig gebruik met medeweten van de erfverpachter stond daar niet aan in de weg. Vgl. ook Hof Den Haag 8 oktober 1987, ECLI:NL:GHSGR:1987:AS8040, *BR* 1988/609 (*Metterwoon/'s-Gravenhage*) waar toestemming tot gebruik als kantoor op grond van de Woningwet geen belemmering vormde om jegens een opvolgende erfpachter vast te houden aan de woonbestemming uit de vestigingsakte.

regels opgesteld, vastgelegd en bekendgemaakt beleid, zoals bij stedelijke erfpacht voorkomt, zal over het algemeen, indien ook conform dat beleid wordt gehandeld, geen sprake zijn van strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

De jurisprudentie over bestemmingswijziging kan als volgt worden samengevat. In alle gepubliceerde zaken was een gemeente als erfverpachter betrokken en werd de weigering van toestemming getoetst of de voorwaarde canonherziening verbonden aan de toestemming voor een wijziging van het gebruik van de onroerende zaak. Die toetsing omvatte een belangenafweging en geschiedde aan de hand van de omstandigheden van het geval. Maar als de rechter vaststelde dat de gemeente conform haar beleid had gehandeld en dat ook in redelijkheid had kunnen doen moest de erfpachter met zwaarwegende argumenten komen om gelijk te krijgen, zoals een geslaagd beroep op het gelijkheidsbeginsel. In beginsel dienen erfpachter en erfverpachter zich aan de in de vestigingsakte afgesproken bestemming te houden. Indien de erfpachter een ander gebruik van de zaak wil maken en/of de bebouwing wil wijzigen kan dat alleen met toestemming van de erfverpachter en aan die toestemming kunnen voorwaarden verbonden worden. Die voorwaarden dienen te berusten op de geldende erfpachtvoorwaarden en de erfverpachter mag zijn toestemming niet zonder redelijke grond onthouden. Een gemeentelijke grondeigenaar mag zich op publiekrechtelijke regelingen beroepen mits daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen en de belangen van de erfpachter bij het besluit tot weigering aantoonbaar zijn meegewogen. De criteria voor de toepassing van art. 5:91 lid 4 BW worden aldus analoog toegepast op de toestemming voor bestemmingswijziging. Een specifiek criterium voor bestemmingswijziging is dat de aan de toestemming te verbinden voorwaarden verband dienen te houden met de bestemmingswijziging.[211] Zoals eerder bepleit en op grond van de analoge toepassing zou het naar mijn mening zinvol zijn de wet aan te passen zodat art. 5:91 lid 4 BW ook kan worden toegepast op toestemming voor bestemmingswijziging.

4.7 Rechtsgevolgen van een onredelijke voorwaarde

Aan het stellen van een onredelijke voorwaarde verbindt art. 5:91 lid 4 BW het specifieke gevolg dat de vereiste toestemming op verzoek vervangen kan worden door een machtiging van de kantonrechter.[212] Het toestemmingsbeding uit de erfpachtvoorwaarden blijft dan intact en het recht blijft overdraagbaar. Andere rechtsgevolgen van onredelijk handelen kennen geen specifieke regeling, maar berusten op het algemeen vermogensrecht en zijn in de jurisprudentie aan de orde gekomen. Een aantal zaken wordt hieronder besproken.

In een geval waarin pas na de overdracht werd geconstateerd dat de beëindiging van het recht als voorwaarde voor toestemming voor overdracht niet vereist was,

211 Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT8289 en Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10344.

212 Met de bedoeling het absolute karakter van het toestemmingsvereiste voor overdracht of splitsing te temperen, PG Boek 5 BW, p. 314 (MvA). Zie ook Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 572.

kon de verkrijgende erfpachter zijn teveel betaalde canon als onverschuldigde betaling terugvorderen.[213] De erfverpachter had weliswaar inbreuk gemaakt op het recht van de vorige erfpachter en niet op dat van de verkrijger, maar omdat de erfverpachter had geprofiteerd van de hogere canonopbrengst en de nieuwe erfpachter geen compensatie had aangeboden achtte de rechtbank onrechtmatig handelen ook jegens de nieuwe erfpachter bewezen. Dat de erfverpachter als overheidsorganisatie daarbij het zorgvuldigheidsbeginsel had geschonden vormde een belangrijke factor in het oordeel van de rechtbank. De erfverpachter behoort zijn eigen algemene voorwaarden te kennen en de betrokkenen bij de overdracht, ook de notaris en de makelaar, hadden erop mogen vertrouwen dat het toestemmingsvereiste terecht was gesteld. De rechtbank kwam in dit geval niet toe aan een beoordeling van de redelijkheid van de aan de toestemming verbonden voorwaarde omdat de toestemming in zijn geheel niet vereist was. In een terzijde merkte de rechtbank op dat de gestelde voorwaarde ook op zichzelf genomen onredelijk was onder verwijzing naar de hierboven besproken arresten van de Hoge Raad van 5 februari 2010.

Een onredelijke voorwaarde kan naast vervangende toestemming ook leiden tot een verbintenis tot schadevergoeding indien de erfpachter als gevolg van de weigering of de ten onrechte gestelde voorwaarde schade heeft geleden. Zo stelde de erfpachter van het onverkoopbare landhuis de erfverpachter aansprakelijk voor zijn schade die hij beraamde op het verschil tussen de verkoopprijs die hij had kunnen verkrijgen zonder de voorwaarde canonherziening en de prijs waarvoor hij uiteindelijk zijn recht zou kunnen verkopen.[214] De rechtbank was van oordeel dat de erfverpachter wel een onredelijke voorwaarde aan toestemming voor overdracht had gesteld, maar dat dat nog niet betekende dat de erfverpachter door het stellen van die voorwaarde onrechtmatig jegens de erfpachter had gehandeld.[215] De erfpachter had onvoldoende gesteld om onrechtmatig handelen aan te kunnen nemen. Het hof oordeelde daarentegen dat de schade als gevolg van de gestelde voorwaarde wel aannemelijk was en wees de vordering tot schadevergoeding toe met de volgende motivering:

> "Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, mede in onderling verband bezien, heeft Staatsbosbeheer gehandeld in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen mede beheersen. Hij is daardoor toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenissen. Voor de daardoor geleden schade is hij aansprakelijk."[216]

Ik kan instemmen met het resultaat van dit oordeel, maar vind de motivering niet helder. Het hof lijkt schadevergoeding op grond van art. 6:74 BW toe te kennen nu gesproken wordt over toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van verbin-

---

213 Rb. Amsterdam 19 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV7472 (*erfpachters/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*). In dit geval was in de erfpachtvoorwaarden abusievelijk alleen toestemming vereist voor overdracht van een deel van het erfpachtrecht en niet voor overdracht van het gehele recht.

214 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, *RV'R* 2012/43 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), r.o. 3.1-3.2 en Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, *TBR* 2015/153, m.nt. W.J.E. van der Werf (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), r.o. 4.13.

215 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, r.o. 5.6: "Het enkele feit dat SBB een voorwaarde heeft gesteld die – naar thans wordt geoordeeld – niet redelijk is, brengt echter niet met zich dat hij door het stellen van die voorwaarde onrechtmatig jegens [eisers] heeft gehandeld."

216 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, rov. 4.12.

tenissen. In dit geval had het redelijkheidsoordeel echter moeten leiden tot de conclusie dat de erfverpachter misbruik van zijn bevoegdheid tot toestemming had gemaakt of inbreuk had gemaakt op het recht van de erfpachter verschoond te blijven van ongeoorloofde beperkingen op de beschikkingsmacht over zijn recht, waarmee de schadevergoeding gebaseerd zou worden op art. 6:162 BW.[217] Ik heb mij afgevraagd hoe het hof kwam tot de aanvullende in plaats van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en doe hierbij een poging tot reconstructie.

De wet bevat in titel 5.7 BW geen specifieke regeling voor het geval de erfpachter als gevolg van een onredelijke voorwaarde schade heeft geleden en de erfpachtvoorwaarden voorzien daarin meestal evenmin. De vordering tot schadevergoeding dient te worden beoordeeld aan de hand van het algemeen vermogensrecht. In de parlementaire geschiedenis van art. 5:91 lid 4 BW is opgemerkt dat het weigeren van toestemming zonder enig redelijk belang misbruik van bevoegdheid kan opleveren[218] en dat de eigenaar bij het verlenen van goedkeuring voor de vervreemding gebonden is aan de goede trouw.[219] Met die goede trouw wordt nu het algemeen rechtsbeginsel van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid bedoeld.[220] Het belang van de erfpachter dient dus op grond van de analoge toepassing van art. 1374 lid 3 OBW en op grond van de bedoeling van de wetgever te worden meegewogen bij de beslissing van de erfverpachter zijn toestemming voor bijvoorbeeld overdracht te weigeren. De erfpachter in dit geval deed een beroep op de hierboven geconstateerde gronden ter onderbouwing van zijn stelling dat de voorwaarde onredelijk was omdat deze de onoverdraagbaarheid van het recht tot gevolg had en bovendien in strijd was met een exclusieve regeling uit de erfpachtvoorwaarden. Rechtbank en hof oordeelden dat de erfverpachter een onredelijke voorwaarde had verbonden aan zijn toestemming voor overdracht en dat die toestemming vervangen diende te worden door de rechterlijke machtiging. In plaats daarvan vorderde de erfpachter schadevergoeding. Kan een dergelijke eis op grond van art. 5:91 lid 4 BW worden toegewezen?

Het hof constateert dat de erfverpachter bij zijn toestemmingsbeslissing gebonden is aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Als gesproken wordt over de 'eisen' van redelijkheid en billijkheid wordt daarmee de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:2 lid 1 BW en 6:248 lid 1 BW

217 Schelhaas 2017, p. 120-122 beschrijft de rechtsfiguur misbruik van bevoegdheid ex art. 3:13 BW als een species van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, waarvoor geen afzonderlijk toetsingskader of rechtsgevolg bestaat, wel een verschillend en specifieke invalshoek. Het hof constateerde wel dat de erfverpachter onbevoegd had gehandeld, Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.9.

218 PG Boek 5 BW, p. 311 (MvT): "Opgemerkt wordt nog dat het weigeren der toestemming zonder enige redelijk belang misbruik van bevoegdheid (…) kan opleveren." Deze opmerking komt uit de memorie van toelichting op het Regeringsontwerp uit 1957 en betreft toestemming voor splitsing. Voor toestemming voor overdracht kan hetzelfde worden aangenomen.

219 PG Boek 5 BW, p. 312 (VV 25 oktober 1961): "Hij [de eigenaar] mag zijn toestemming niet in strijd met de goede trouw weigeren."

220 Rijken 1994, p. 27: "De overgang van het oude naar het nieuwe recht kon vlekkeloos verlopen, omdat tussen de aanvullende werking van de billijkheid/goede trouw naar oud BW en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid naar nieuw BW geen verschil bestaat." Zie ook Schelhaas 2017, p. 2.

bedoeld.[221] De aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid kan een zelfstandige bron van verbintenissen zijn, naast de wet en de gewoonte.[222] Indien aan de voorwaarde voor aanvullende werking dat de overeenkomst of de rechtsverhouding een leemte vertoont is voldaan, is het aan de rechter de rechtsverhouding aan te vullen.[223] Ook in goederenrechtelijke verhoudingen kunnen de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid een correctiemechanisme vormen voor gevallen waarin geen regeling bestaat of een bestaande regeling onevenredig nadelig uitpakt voor een der betrokkenen.[224] In navolging van Struycken zou ik in dit geval echter eerder opteren voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, met name in de vorm van misbruik van bevoegdheid nu de erfverpachter een onredelijk gebruikmaakte van zijn bevoegdheid toestemming voor overdracht te verlenen. Met de verwijzing naar de 'eisen' van redelijkheid en billijkheid zet het hof ons echter op het spoor van de aanvullende werking.

In deze zaak oordeelt het hof dat de erfverpachter heeft gehandeld in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding van partijen mede beheersen door onredelijke voorwaarden te stellen aan zijn toestemming voor overdracht van het erfpachtrecht. De redelijkheidstoetsing van art. 5:91 lid 4 BW omvat een directe toets aan de eisen en maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Om te komen tot een toerekenbare niet-nakoming van een verbintenis zou de volgende verbintenis geconstrueerd kunnen worden. Op de erfverpachter rust op grond van het erfpachtrecht de verplichting jegens de erfpachter zijn toestemming voor overdracht niet op onredelijke gronden te weigeren of onredelijke voorwaarden aan die toestemming voor overdracht te verbinden.[225] Door de voorwaarde canonherziening te stellen en de canonherzieningsprocedure bovendien onjuist toe te passen kwam de erfverpachter zijn uit redelijkheid en billijkheid op grond van de wet voortvloeiende verbintenis niet na, namelijk de verbintenis om de bedongen toestemming voor overdracht niet op onredelijke gronden aan deze erfpachter te weigeren. Als gevolg van de aan de erfverpachter toerekenbare tekortkoming in de nakoming van die verbintenis had de erfpachter schade geleden en op grond van art. 6:74 BW was de erfverpachter dan verplicht de schade die de erfpachter daardoor had geleden te vergoeden.

Door het aannemen van de directe werking van redelijkheid en billijkheid en de daaruit volgende verbintenis voor de erfverpachter kwam het hof bij het toewij-

221 Rijken 1994, p. 4. Wordt de term 'maatstaven' of de frase 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' gebruikt dan duidt dat op toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 lid 2 BW en art. 6:248 lid 2 BW. Schelhaas 2017, p. 6 en 11.

222 Schelhaas 2017, p. 5-6.

223 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/380 en Schelhaas 2017, p. 46-49. De bedoelde leemte betreft de regeling van schadevergoeding als gevolg van een ten onrechte gestelde voorwaarde aan toestemming voor overdracht.

224 Struycken 2007, p. 741-742 bespreekt de opvattingen in de literatuur over de afbakening van beide bepalingen in het licht van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid ter correctie van onredelijkheden in (goederenrechtelijke) verhoudingen en concludeert dat het vermogensrecht ruimte biedt voor 'toetsing van de wijze waarop een bevoegdheid met betrekking tot een goed wordt uitgeoefend', en op p. 745: "De redelijkheid en billijkheid en het daarmee verwante leerstuk misbruik van bevoegdheid creëren ook in het goederenrecht gedragsnormen die worden ingevuld op basis van de verhouding tot een ander in de omstandigheden van een concreet geval."

225 Eventueel kan deze verplichting beschouwd worden als een kwalitatieve verbintenis uit de wet waarop de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW van toepassing zijn.

zen van de schadevergoedingsvordering niet toe aan de gronden onrechtmatige daad wegens inbreuk op het erfpachtrecht of misbruik van bevoegdheid. Naar mijn mening is dit een omslachtige en onnodige constructie van een verbintenisrechtelijk georiënteerde regeling waarbij de directe werking van redelijkheid en billijkheid zou leiden tot een verbintenis tussen erfpachter en erfverpachter. Die constructie bestaat al en de verbintenis tot vergoeding van schade ook. De toetsingskaders voor de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid vertonen geen verschillen.[226] Zowel een inbreuk op een recht als misbruik van bevoegdheid leidt tot een verplichting tot vergoeding van schade die als gevolg van de inbreuk of het misbruik is geleden, met als grondslag onrechtmatige daad.[227] De redelijkheidstoets van art. 5:91 lid 4 BW kan leiden tot het oordeel dat sprake is van misbruik van bevoegdheid en dat kan weer grond vormen voor de toekenning van schadevergoeding. De machtiging vervangt de toestemming van een bepaalde erfverpachter gericht tot een bepaalde erfpachter, en dit is een eenzijdige rechtshandeling die, zoals in par. 4.2 geconstateerd, een verbintenisrechtelijke rechtsfiguur is.[228] Uit de toestemming of de vervangende machtiging vloeien echter geen verbintenissen voort.[229] De grondslag voor de vervangende machtiging kan ook leiden tot het toekennen van een vordering tot schadevergoeding, als een verschillend rechtsgevolg en volgens de regels van Boek 6 BW. Naar mijn mening had het hof als grondslag voor schadevergoeding beter kunnen kiezen voor de goederenrechtelijke regeling uit misbruik van bevoegdheid ex art. 3:13 BW als species van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of eventueel voor de inbreuk op een zakelijk recht ex art. 3:296 jo. 5:85 lid 1 BW, al leiden deze tot hetzelfde doel. De hoogte van de schade en het causaal verband dienen in een afzonderlijke schadestaatprocedure te worden vastgesteld.[230]

Een eenvoudige vorm van schadevergoeding kwam voor in een zaak waarin de overdracht van het erfpachtrecht, als gevolg van het ten onrechte onthouden van toestemming door de erfverpachter, later plaatsvond dan afgesproken en de

226 Schelhaas 2017, p. 120.
227 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 388, onder verwijzing naar Meijers 1912.
228 Vgl. Bloembergen 1971, p. 14. Ook een niet-verklaren van de erfverpachter vormt grond voor het verlenen van een vervangende machtiging.
229 De kantonrechter kan aan zijn machtiging wel voorwaarden verbinden, HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, r.o. 3.9, en uit die voorwaarden kunnen wel verbintenissen van partijen jegens elkaar voortvloeien.
230 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.13: “De conclusie hieruit is dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is en de vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure derhalve toewijsbaar. Of er conditio sine qua non verband bestaat tussen de in 2008 ten onrechte opgelegde voorwaarde met de voorgespiegelde toekomstige canon van ruim € 60.000 en het besluit van de aspirant-kopers [persoon 4] en [persoon 5] in 2008 respectievelijk 2009 af te zien van aankoop staat nu nog niet vast. De schadestaatrechter dient dit te onderzoeken.”

koopprijs dus later werd ontvangen.[231] Het hof stelde deze schade in redelijkheid vast op de wettelijke rente over de verschuldigde koopprijs gedurende de periode dat betaling van de koopprijs was uitgebleven.[232]

Uit de schaarse gepubliceerde jurisprudentie over gevallen waarin de erfpachter schade had geleden als gevolg van de onredelijke weigering van toestemming of een onredelijke voorwaarde verbonden aan toestemming kan worden afgeleid dat de erfverpachter aansprakelijk kan worden gesteld voor die schade. De meest voor de hand liggende grondslag voor die schadevergoedingsplicht wordt gevormd door de goederenrechtelijke onrechtmatige daad uit misbruik van bevoegdheid, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of inbreuk op een zakelijk recht. Een schadevergoedingsplicht op grond van tekortschieten door de erfverpachter in een wettelijke verplichting zijn bedongen toestemming voor overdracht niet op onredelijke gronden te onthouden lijkt een alternatieve route.[233] Teveel betaalde canon dient als onverschuldigd betaald te worden teruggegeven. De schade door een te laat betaalde koopprijs kan worden vastgesteld op de wettelijke rente. Schade door een gemiste overdracht of overdracht tegen een veel lagere verkoopprijs dient bij staat te worden opgemaakt.

4.8 Conclusies toestemmingsvereiste

De criteria voor de beoordeling van het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen volgen uit het goederenrechtelijk systeem, de wettelijke regeling van het recht van erfpacht (inclusief de bedoeling van de wetgever) en de geldende erfpachtvoorwaarden, aangevuld met de toepassing van redelijkheid en billijkheid waarbij de omstandigheden worden meegewogen waaronder toestemming wordt geweigerd of de toestemming aan voorwaarden wordt gebonden. Het onthouden van toestemming en de aan toestemming verbonden voorwaarden dienen daarmee ook inhoudelijk door de rechter te worden beoordeeld. Een relevante nog niet beantwoorde vraag voor de redelijkheid van een financiële voorwaarde betreft de vraag aan wie de waardeverandering van de onroerende zaak gedurende de looptijd van het erfpachtrecht toekomt. De door de erfpachter geleden schade als gevolg van een onredelijke voorwaarde kan op de grondslag van onrechtmatige daad worden vergoed, maar kan eveneens worden toegewezen op grond van toerekenbaar tekortschieten door de erfverpachter in zijn wettelijke

231 Hof Den Bosch 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:199 (*Alliance c.s./NS*). Voor overdracht van het erfpachtrecht was toestemming vereist, maar de aan die toestemming verbonden financiële voorwaarde had geen grondslag in de vestigingsakte, r.o. 4.15: "NS heeft van Alliance bijbetaling geëist van een zeer aanzienlijk bedrag. Naar het oordeel van het hof is dit niet redelijk, aangezien de canon in 1988 reeds was afgekocht voor een periode van 99 jaar, terwijl NS bij overdracht van het recht van erfpacht aan Alliance in 2002 geen wijziging van de canon heeft bedongen. Gesteld noch gebleken is dat de herziening gerechtvaardigd is vanwege een wijziging in het gebruik van de betreffende opstal dan wel in de opstal zelf. De eis van NS komt er op neer dat van Alliance alsnog een verhoogde canon wordt gevraagd over de reeds verstreken periode waarin Alliance erfpachter was (maar die canon niet is gevraagd) en/of over de periode na vervreemding aan Homco. Een dergelijke betaling acht het hof geen redelijke grond voor het verlenen van toestemming tot vervreemding, nu daarmee naast de in artikel 5:85 lid 2 BW geregelde verplichting een gelijksoortige geldelijke verplichting zou worden gecreëerd."

232 Hof Den Bosch 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:199, r.o. 4.25.

233 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108., r.o. 4.12.

verplichting zijn bedongen toestemming voor overdracht van het erfpachtrecht niet op onredelijke gronden te onthouden.

4.8.1 Criteria redelijkheidstoetsing

Uit bovenstaande jurisprudentie leid ik drie criteria af voor de toepassing van het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen. Aan deze criteria wordt pas toegekomen nadat is vastgesteld dat de erfverpachter bevoegd is toestemming te verlenen, eventueel bevoegd is die toestemming voorwaardelijk te verlenen en eventueel bevoegd is bepaalde voorwaarden aan die toestemming te verbinden. Indien dat het geval is, dan is het weigeren van toestemming voor splitsing, overdracht of bestemmingswijziging van een erfpachtrecht of het verbinden van voorwaarden aan die toestemming ten eerste onredelijk indien het gevolg van de weigering of de voorwaarde is dat het erfpachtrecht onoverdraagbaar wordt. Onoverdraagbaarheid is in strijd met het goederenrechtelijk karakter van het erfpachtrecht. Een tweede vorm van onredelijkheid doet zich voor indien de erfverpachter bij het weigeren van toestemming handelt in strijd met de bedoeling van de wetgever en voorwaarden stelt die geen verband houden met het afgesproken gebruik van de onroerende zaak. Het is in beginsel niet onredelijk toestemming voor splitsing te weigeren om versnippering van het gebruik van de onroerende zaak te voorkomen en hierbij kan een publiekrechtelijk belang de grondslag vormen. Het is in beginsel niet onredelijk toestemming voor overdracht te weigeren omdat de persoon van de opvolgend erfpachter dan wel het door die rechtsopvolger beoogde gebruik van de onroerende zaak niet overeenstemt met (de afgesproken inhoud van) het recht. Hierbij is vooral de solvabiliteit van de opvolger van belang. Het is in beginsel niet onredelijk toestemming voor bestemmingswijziging te weigeren indien de beoogde bestemming afwijkt van de vestigingsakte. Ten derde kan sprake zijn onredelijkheid indien de erfverpachter of de erfpachter in strijd met de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden handelt. Dit volgt uit het algemene beginsel van vermogensrecht dat de gemaakte afspraken over het erfpachtrecht gedurende de hele looptijd van het recht van kracht blijven en alleen eenzijdig gewijzigd kunnen worden indien dat in de vestigingsakte is bedongen. Bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden mogen naar inhoud niet onredelijk bezwarend zijn en bij consumentenverhoudingen niet in strijd komen met Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Ten aanzien van een in de vestigingsakte bedongen toestemming gelden de gemaakte afspraken, aangevuld met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Daarnaast geldt in alle gevallen dat de erfverpachter bij zijn beslissing de toestemming te weigeren of daaraan voorwaarden te verbinden de belangen van de erfpachter aantoonbaar dient mee te wegen. Het rechtsgevolg van onredelijke weigering van toestemming is de vervangende machtiging van de kantonrechter waarmee de rechtshandeling alsnog rechtsgeldig kan plaatsvinden. Het gevolg van een onredelijke voorwaarde is dat die voorwaarde buiten beschouwing blijft en de toestemming onvoorwaardelijk wordt verleend. De kantonrechter kan aan zijn vervangende machtiging de voorwaarden verbinden die hij nodig acht, daarvan zijn echter geen voorbeelden gevonden. Indien uitvoering is gegeven aan

niet vereiste toestemming en/of een onredelijke voorwaarde dient de erfverpachter de daardoor ontstane schade te vergoeden, onder omstandigheden kan dat ook de schade van de opvolgend erfpachter betreffen. De erfverpachter moet bereid zijn tot compensatie indien een voorwaarde tot gevolg heeft dat de lasten van de erfpachter aanmerkelijk worden verzwaard. Indien de erfpachter als gevolg van een weigering van toestemming en/of een onredelijke voorwaarde schade lijdt is de erfverpachter verplicht die schade te vergoeden op grond van misbruik van bevoegdheid dan wel de eisen en maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Hieronder volgt een korte bespreking van de criteria.

Overdraagbaarheid. De weigering van toestemming of de aan toestemming verbonden voorwaarden kunnen in beginsel niet ertoe leiden dat een erfpachtrecht onoverdraagbaar wordt of dat anderszins de goederenrechtelijke aard van het recht geweld wordt aangedaan. Vonck acht een financiële voorwaarde in beginsel niet in strijd met het goederenrechtelijke systeem[234] en dat geldt naar zijn mening evenmin voor de voorwaarde beëindiging van het recht door overdracht aan de erfverpachter.[235] De erfpachter kan het recht immers overdragen en de erfverpachter behoudt invloed op de persoon van de volgende erfpachter bij de nieuwe uitgifte, geheel conform de bedoeling van de wetgever.[236] Het lijkt mij in beginsel juist om de belemmering van de overdraagbaarheid van het recht per geval te beoordelen en geen voorwaarde per definitie onredelijk te achten mits het gaat om een handelwijze die vooraf gekend is en die in zichzelf niet onredelijk is. Bij een aanbiedingsplicht zonder terugkoopverplichting kan de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht al in het gedrang komen.

Bedoeling wetgever. De bedoeling van de wetgever, het tweede criterium, dient naar mijn mening niet letterlijk, maar naar de strekking te worden opgevat. De ratio van het toestemmingsvereiste ligt primair in het belang van de erfverpachter bij handhaving van het afgesproken gebruik van de onroerende zaak en in de zekerheid dat door de erfpachter(s) aan de achterstallige en toekomstige canonverplichting zal worden voldaan. Dat belang vindt zijn grens in de redelijke toepassing van die bevoegdheid. Het oordeel van het hof Leeuwarden dat de wetge-

234 Vonck 2013, p. 31 acht de gedachte dat toestemming alleen de twee in de parlementaire geschiedenis genoemde zaken (persoon van de erfpachter en het gebruik van de grond) kan betreffen onjuist en maakt onderscheid tussen de redelijkheid van de voorwaarde en de redelijkheid van het inroepen van de voorwaarde. Vgl. Struycken 2007, p. 724-726.

235 Vonck 2010, in een noot onder het arrest van HR 5 februari 2010. Zie ook Vonck 2013, p. 27-33. Anders: Pleysier 2010, par. 9-12 is van mening dat de gestelde voorwaarde de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht belemmert en acht het standpunt van de kantonrechter in strijd met art. 5:91 BW. Het hoogheemraadschap leek uitsluitend te willen bereiken dat de verkrijgende erfpachter onder het nieuwe erfpachtregime zou gaan vallen en dat moet naar de mening van Pleysier als handelen tegen de bedoeling van de wet worden beschouwd. In dezelfde zin Hoofs 2011 en de redactie van *RAV* 2012/59 in een 'wenk' bij Rb. Amsterdam 19 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV7472.

236 Een voorbeeld vormen de erfpachtconstructies die aangeboden worden door woningcorporaties en bekend staan als 'maatschappelijk gebonden eigendom' of een vorm van 'kopen met korting'. Hierbij wordt een erfpachtrecht gevestigd en toestemming voor overdracht van dat recht verleend onder de opschortende voorwaarde dat de erfpachter zijn recht aanbiedt aan de uitgevende corporatie, die verplicht is het recht terug te kopen. Die aanbiedingsplicht dient tot waarborg dat bij beëindiging van het recht wordt afgerekend over de bij aanvang verleende korting. In Rb. Rotterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5912 (*Woonbron/erfpachter*), r.o. 4.8 werd de aanbiedingsplicht door de rechtbank niet onredelijk bezwarend geacht gezien de voordelen die voor de erfpachter er tegenover stonden. Zie o.m. Vonck 2007 en Vries-Kalff 1986. In par. 3.4.6 zijn enige voorbeelden van MGE-bedingen behandeld en in par. 6.4.3.6 komt opzegging van het recht wegens handelen in strijd met de zelfbewoningsplicht aan de orde.

ver geen financiële voorwaarden heeft bedoeld is inderdaad te beperkt,[237] er zijn meer voorwaarden mogelijk dan de voorbeelden die de wetgever heeft genoemd en er werd bewust voor gekozen niet een limitatief aantal weigeringsgronden in de wet of de toelichting op te nemen.[238] Weigeringsgronden en voorwaarden dienen betrekking te hebben op de inhoud van het betrokken erfpachtrecht. Een andersoortige voorwaarde kan alleen obligatoire werking hebben.

Rechtszekerheid. Het derde criterium, niet handelen in strijd met de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden, geldt voor beide partijen. Verschillende auteurs bepleiten een formele toets op dit punt. Zo acht Mollema een voorwaarde redelijk indien deze in de erfpachtvoorwaarden uitdrukkelijk geregeld is zodat van tevoren kenbaar is dat die voorwaarde aan toestemming voor overdracht zal worden verbonden.[239] De opvatting dat alle voorwaarden geoorloofd zijn mits deze vooraf duidelijk kenbaar zijn en conform de afspraken worden toegepast dient de in het goederenrecht benodigde rechtszekerheid, maar heeft naar mijn mening tot gevolg dat de ratio van het toestemmingsvereiste en de daarbij te betrachten redelijkheid ter bescherming van de belangen van de erfpachter te ver uit beeld geraakt. De redelijkheid van een weigering of voorwaarde voor toestemming dient ook beoordeeld te worden indien het betreffende beding tot in detail en van aanvang af in de erfpachtvoorwaarden staat omschreven.[240] Zowel het beding zelf als de toepassing ervan kunnen onredelijk zijn en dit moet worden vastgesteld aan de hand van de bedoeling van de wetgever, de uitleg van de erfpachtvoorwaarden, de algemene voorwaardenregeling en Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.[241] Deze instrumenten vormen allen een *lex specialis* van de redelijkheid en billijkheid die de toepassing van het toestemmingsvereiste in erfpachtverhoudingen beheerst. Bij de toepassing van het beding kunnen de omstandigheden van het geval maken dat onthouden van toestemming of het stellen van een voorwaarde onredelijk is. Andersom kan het weigeren van toestemming voor overdracht, splitsing of bestemmingswijziging onder omstandigheden redelijk zijn.

4.8.2 Waardestijging zaak

Onder de inhoudelijke toets valt ook de vraag of het toestemmingsvereiste kan worden gebruikt om tussentijdse waardevermeerdering van de onroerende zaak toe te delen aan de erfverpachter en dus voortijdig aan het vermogen van de erfpachter te onttrekken. Hierover zijn in de rechtspraak verschillende meningen te

---

237 Hof Leeuwarden 14 januari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM4071, *NJ* 2010/236 (*Bosman c.s./Pier*), behandeld in par. 4.5.1 en Vonck 2013, p. 31.

238 Zo ook Rb. Amsterdam (ktr.) 28 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0640 (*Stork/Staat*), r.o. 9.

239 Mollema 2013, p. 266 noot 129. Dit geldt naar haar mening ook indien het een financiële voorwaarde zoals canonherziening betreft. In dezelfde zin Vonck 2010, par. 7 (noot onder HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870). De voorwaarde canonherziening is in zichzelf niet onredelijk, maar dient wel uit de erfpachtvoorwaarden te blijken zodat de onredelijkheid bij deze casus ligt in de vereiste canonherziening zonder grondslag in de vestigingsakte die met zich brengt dat de erfpachter ‘een belangrijk deel van de waarde van zijn recht aan het hoogheemraadschap moet afstaan’.

240 De kantonrechter kan de voorwaarden immers terzijde stellen en de vervangende machtiging verlenen onder de voorwaarden die hij redelijk acht, HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870 en ECLI:NL:HR:2010:BK0871.

241 Zoals bijvoorbeeld bleek uit de ambtshalve toetsing van hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, uitvoerig besproken in par. 3.5.6.

vinden. Uit de behandelde uitspraken blijkt meerdere keren dat grote erfverpachters met behulp van het toestemmingsvereiste nieuw beleid op bestaande rechten willen toe passen met als doel tussentijds (een deel van) de waardestijging van de onroerende zaak aan zich te trekken. Dat is onredelijk indien zij daarbij in strijd met de geldende erfpachtvoorwaarden handelen. Uit de jurisprudentie wordt echter niet duidelijk of een voorwaarde die neerkomt op voordeelstoerekening aan de erfverpachter, met name van de waardestijging van de onroerende zaak gedurende de looptijd van het recht, indien toegepast conform de afspraken, in zichzelf redelijk of onredelijk is. En indien afspraken ontbreken, komt de waardestijging van de onroerende zaak dan aan de erfverpachter of de erfpachter toe? In sommige uitspraken wordt de stelling van de erfverpachter gehonoreerd dat de waarde altijd hem toekomt,[242] in andere uitspraken volgt de rechtbank de erfpachter die stelt dat de waardestijging onderdeel uitmaakt van zijn gebruiksrecht.[243] In de zaak waarin beëindiging van het erfpachtrecht als voorwaarde werd gesteld betrok het hof na verwijzing in zijn oordeel dat de waarborg tegen onvoorziene canonverhoging een zekere vermogenswaarde voor de erfpachter vertegenwoordigt omdat deze als gevolg van die waarborg een hogere prijs voor zijn erfpachtrecht kan krijgen.[244] Dit oordeel lijkt te onderschrijven dat de waarde van de onroerende zaak deel uitmaakt van het genot dat de erfpachter op grond van zijn beperkt recht toekomt en dat het opstrijken van de waardevermeerdering door de erfverpachter pas aan de orde komt bij heruitgifte na afloop van een recht en/of bij een voorzienbare tussentijdse canonherziening.[245] Het is dan onredelijk om de tussentijdse afdracht als voorwaarde voor de toestemming voor overdracht te stellen. Mij lijkt in beginsel correct dat de waardeverandering toekomt aan de rechthebbende op het gebruik van de zaak, tenzij uit de vestigingsakte blijkt dat expliciet anders is afgesproken. Het gebruiksrecht omvat immers conform art. 5:89 lid 1 BW hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar, voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald. Een partijafspraak dient daarenboven geen onevenredige verzwaring van de lasten van een der partijen bij de rechtsverhouding tot gevolg te hebben.[246] Daarnaast mag naar mijn mening ook ten aanzien van dergelijke financiële voorwaarden de bedoeling van de wetgever niet uit het oog verloren worden. De voorwaarde canonverhoging bij overdracht die uitsluitend is gericht op het tussentijds door de erfverpachter innen van de waardevermeerdering van de onroerende zaak en die geen verband houdt met het ge-

242 Dit standpunt wordt verwoord in Hof Arnhem 28 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK8628 (*Aviko*), r.o. 4.11: "Een [aan de verboden bestemmingswijziging] te ontlenen meerwaarde komt niet aan de erfpachter maar aan de grondeigenaar toe."

243 Bijvoorbeeld Rb. Groningen 17 september 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BJ7373, *RVR* 2009/121 (*koper/erfpachter*), r.o. 7: "De waarde (en de vermeerdering of vermindering daarvan) komt als onderdeel van de betreffende zaak toe aan de rechthebbenden, al naar gelang het recht dat zij op die zaak hebben. In het geval van A. geldt dat hij als erfpachter gedurende de duur van de erfpacht het genot heeft van de onroerende zaken – en dus ook van de waarde daarvan – waarop zijn recht gevestigd is."

244 Hof Den Haag 28 september 2010, zaaknummer 200.061.148/11395 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), niet gepubliceerd. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelt in zijn arrest van 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.8 dat: 'het goederenrechtelijk karakter van het erfpachtrecht met zich brengt dat aanmerkelijke wijzigingen van de canon een zekere vermogenswaarde vertegenwoordigen.'

245 De kantonrechter die oordeelde over het verzoek in eerste aanleg beschouwde de canonherziening als de kern van het geschil en had als beginsel uitgesproken dat deze voorwaarde redelijk was omdat de erfverpachter dan zou delen in de waardestijging van de onroerende zaak. Die waardestijging kwam in beginsel in zijn geheel toe aan de erfverpachter. Rb. Amsterdam 30 augustus 2006, EA 06-2520, r.o. 8, niet gepubliceerd.

246 Zie par. 7.4 voor een korte beschouwing over de voordeelstoerekening getoetst aan het recht op eigendom zoals opgenomen in art. 1 EP.

bruik van de grond dient om die reden als onredelijk te worden verworpen. Dat is alleen anders indien de erfverpachter bij de uitgifte het tussentijds innen van rendement heeft opgenomen in de vestigingsakte en dit rendement de doelstelling van uitgifte vormt. Bij splitsing en bestemmingswijzing kan dit eveneens anders liggen omdat daarbij het gebruik van de onroerende zaak betrokken kan zijn.

4.8.3 De verbintenisrechtelijke dimensie

In zaken over toestemming is meestal niet een verbintenis tussen partijen in geschil, maar het resultaat van een bedongen eenzijdige rechtshandeling. De grondslag van het toestemmingsvereiste bij erfpacht kan liggen in de wet, de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden. Sommige vormen van toestemming zijn wettelijk geregeld, maar dat belet de erfverpachter niet om ook andere vormen van toestemming te bedingen. Op de erfpachter rust een uit het recht voortvloeiende verplichting de erfverpachter om toestemming te vragen, als hij dat nalaat kan de overdracht of splitsing niet geldig worden verricht.[247] De erfverpachter heeft een ruime vrijheid om de toestemming te verlenen of te weigeren. Een toestemmingsvereiste dat is opgenomen in de vestigingsakte en voldoende verband houdt met het gebruiksrecht heeft zakelijke werking en geldt ook voor rechtsopvolgers. Het rechtsgevolg van het niet vragen van toestemming door de erfpachter is dat deze de beoogde (rechts)handeling niet geldig kan verrichten. Het rechtsgevolg van het weigeren van toestemming zonder redelijke grond door de erfverpachter is voor overdracht en splitsing wettelijk geregeld in art. 5:91 lid 4 BW, de erfpachter kan de kantonrechter dan om vervangende machtiging verzoeken. Bij andere vormen van toestemming ontbreekt de vervangende machtiging. Toestemming werkt tussen personen. De kantonrechter voert een volle redelijkheidstoetsing uit aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Aangenomen mag worden dat ook een weigering van toestemming voor bestemmingswijziging of andere bedongen toestemming aan de hand van de omstandigheden van het geval wordt beoordeeld. Toestemming voor bestemmingswijziging ex art. 5:89 lid 2 BW wordt getoetst naar analogie van de redelijkheidstoetsing van art. 5:91 lid 4 BW. Het verrichten van een rechtshandeling zonder de vereiste toestemming is een vorm van tekortschieten in de nakoming van de verplichtingen uit het erfpachtrecht en dit kan grond vormen voor opzegging van het erfpachtrecht op de grond van art. 5:87 lid 2 BW. Ook bij de toets van die opzegging worden de betrokken belangen afgewogen aan de hand van de omstandigheden van het geval.[248] De inhoud van de redelijkheidstoetsing is in de jurisprudentie tot stand gekomen en vertoont kenmerken van een toets aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW, eventueel in de vorm van misbruik van bevoegdheid. Bij de beoordeling van goederenrechtelijke verplichtingen komen de verbintenisrechtelijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan de orde. Omdat erfverpachters veelal overheidsorganisaties zijn spelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur via art. 3:14 BW ook een

247 Slechts een klein aantal uitspraken gaat over de verplichting voor de erfpachter toestemming te vragen, het grootste deel gaat over de uitoefening van de bevoegdheid tot het verlenen van toestemming door de erfverpachter.

248 De opzegging wegens ernstig tekortschieten wordt behandeld in par. 6.4.3.

rol. De in de recente jurisprudentie ontwikkelde regels op het gebied van toestemming bestaan uit de volle toetsing door de kantonrechter van de redelijkheid van de voorwaarde verbonden aan toestemming en/of het weigeren van toestemming, het verlenen van een machtiging tot overdracht onder voorwaarden en de richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW zoals beschreven in par. 3.5.7.

De erfpachter kan enige bescherming ontlenen aan de toestemmingsregeling. Het weigeren van toestemming en het stellen van voorwaarden in strijd met de overige inhoud van de vestigingsakte kan betekenen dat de voorwaarde buiten toepassing blijft en de toestemming alsnog verleend dient te worden. In die zin heeft de regeling betekenis voor de krachtsverschillen binnen de rechtsverhouding. Maar indien de erfverpachter een overheidsorganisatie is die zich houdt aan de afspraken uit de vestigingsakte en haar handelwijze bovendien baseert op een vaste en gepubliceerde beleidslijn, dient de erfpachter met goede argumenten te komen om zich met succes tegen een weigering van toestemming of voorwaarde te verzetten. In consumentenverhoudingen kunnen die argumenten ontleend worden aan het Europees recht. Een veelgestelde voorwaarde aan toestemming betreft herziening van de erfpachtcanon. Canonherziening in al zijn facetten vormt het onderwerp van het volgende hoofdstuk.

5 Canonherziening

In dit hoofdstuk wordt de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter ten aanzien van het onderwerp canonherziening bestudeerd en de hierbij in de praktijk optredende knelpunten onderzocht en in kaart gebracht. Ik beschouw als knelpunten de onderwerpen en kwesties met betrekking tot het erfpachtrecht waarvan de regeling door de wetgever is overgelaten aan de contractvrijheid, die aanleiding vormen tot rechtszaken en waarover in de doctrine geen eensluidend oordeel wordt gegeven.[1] In tegenstelling tot het toestemmingsvereiste is canonherziening niet in de wet geregeld, maar heeft de wetgever het bewust overgelaten aan de inzichten van partijen of zij een canon afspreken die herzien kan worden en op welke wijze die herziening dan dient plaats te vinden.

5.1 Inleiding canonherziening

Bij vrijwel alle erfpachtrechten wordt een canon geheven als een zakelijke tegenprestatie voor het gebruik van de onroerende zaak. Een zakelijke canon vormt voor de erfverpachter het rendement van het afstaan van het gebruik van de onroerende zaak, eventueel gerelateerd aan de kosten die de erfverpachter heeft moeten maken om de grond te verwerven en geschikt te maken voor uitgifte voor een bepaalde bestemming, zoals het bouwrijp maken van bouwgrond.[2] Voor de erfpachter vormt de canon de prijs voor het gebruiksrecht. De economische waarde van het gebruiksrecht voor beide betrokkenen wordt doorgaans bepaald door het bij de vestigingsakte toegestane gebruik. Over de hoogte van de aanvangscanon zal bij vestiging soms onderhandeld worden, voor de voorwaarden waaronder de canon op een later moment kan worden herzien is op dat moment doorgaans minder aandacht. Bedongen canonherzieningen vormen een belangrijk onderwerp van erfpachtgeschillen. De achtergrond van de conflicten is te vinden in de contractvrijheid ten aanzien van de frequentie en de methode van canonherziening en het gebrek aan een vaste en algemeen erkende norm voor het bepalen van een redelijke canon. De erfverpachter heeft daarmee in beginsel de vrijheid de canonherziening te bepalen die hem goeddunkt. De erfpachter die

1 In dit onderzoek komen alleen de juridische aspecten van de knelpunten bij canonherziening aan bod en worden geen taxatievraagstukken besproken. Het doel van het onderzoek is om ten aanzien van deze knelpunten te komen tot uitspraken over hoe de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter zou behoren te luiden. Ik sta daarbij een benadering voor in de lijn van de normatieve rechtswetenschap zoals voorgestaan door Smits 2015 en Smits 2009, p. 70-79.

2 Zie bijvoorbeeld Nelisse 2008, p. 82-84 over de canon als prijs in het stelsel van stedelijke erfpacht.

deze voorwaarden niet wil aanvaarden heeft meestal geen onderhandelingspositie.

Het OBW bevatte geen regeling over de hoogte van de canon en ook de huidige wet bepaalt niets over de hoogte van de canon bij aanvang van het recht of de herziening van de canon op andere momenten. Art. 5:85 lid 2 BW bepaalt alleen dat indien aan de erfpachter de verplichting wordt opgelegd aan de eigenaar op al dan niet regelmatig terugkerende tijdstippen een geldsom, die canon wordt genoemd, te betalen, dat die verplichting in de akte van vestiging moet worden opgenomen. De wettekst is neutraal ten aanzien van de inhoud of de omvang van de verplichting en beperkt zich tot een facultatieve verplichting bestaande uit een eventueel periodieke betaling van een geldsom. Een andere tegenprestatie kan ook worden bedongen, maar is dan geen canon.[3] Dat betekent dat canonherziening behoort tot het domein van de partijautonomie. Herziening van de canon volgt niet uit de wet, maar moet worden afgesproken.

Canonherziening is het gedurende de looptijd van een erfpachtrecht of aan het einde daarvan bij verlenging opnieuw vaststellen van de hoogte van de canon.[4] De canon wordt opnieuw berekend, bijvoorbeeld conform de afgesproken procedure en aan de hand van actuele gegevens over bijvoorbeeld de waarde van de grond. Canonherziening kan plaatsvinden op grond van de afspraken uit de vestigingsakte en/of de van toepassing zijnde algemene erfpachtvoorwaarden en dan is de bevoegdheid tot herziening voorzienbaar. Omdat de canon wettelijk geregeld is voldoet de herziening van de canon aan het voldoende verband-vereiste en heeft een canonherzieningsbeding zakelijke werking. Indien in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden geen afspraken over canonherziening zijn gemaakt kan de erfverpachter de canon alleen herzien met de instemming van de erfpachter. Een canonherziening vormt een wijziging van de inhoud van de rechtsverhouding die voor derdenwerking moet plaatsvinden bij notariële akte die wordt ingeschreven in de openbare registers.[5] In de praktijk komt een groot

3 PG Boek 5 BW, p. 293 (TM): "De canon kan alleen in een geldsom bestaan; aan een canon 'in voortbrengselen of vruchten' (artikel 767 lid 1 B.W., zie ook art. 194 ontwerp 1898 en de toelichting daarbij) bestaat geen behoefte." Een andere tegenprestatie kan wel worden overeengekomen en vormt dan een gewone verplichting voor de erfpachter. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 478-479: "De canon kan niet bestaan uit iets anders dan uit een bedrag in geld. De artikelen die de canon betreffen hebben dus geen betrekking op betalingen in natura zoals het afstaan van een deel van de oogst. Zo is het gedurende twee jaren in verzuim zijn met de betaling van de canon zonder meer een reden tot opzegging van de erfpacht, terwijl het gedurende die termijn niet betalen van een vergoeding in natura eerst moet worden gekwalificeerd als een 'in ernstige mate tekortschieten' in de nakoming van die verplichting (zie art. 5:87 lid 2)."

4 Deze omschrijving van canonherziening omvat alle herberekeningen op grond van niet-vooraf vaststaande gegevens en is breder dan die van De Jong & Ploeger 2008, p. 41 waar canonherziening slechts één van de drie vormen van canonaanpassing is: 'canonherziening: herberekening van de canon in verband met de wijziging van het prijspeil van onroerend goed en het rentepeil van langlopende geldleningen door hertaxatie van de grondprijs en door een renteconversie.'

5 Deze verplichting is niet wettelijk vastgelegd, maar wordt afgeleid uit het publiciteitsbeginsel zie onder meer De Jong & Ploeger 2008, p. 43, Vonck 2013, p, 201-202 en Bartels in Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/218a. De publiciteitseis dient het belang dat goederenrechtelijke verhoudingen voor derden kenbaar zijn, Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 62. Voor een uitvoerige bespreking van de verschillende vormen van wijziging van erfpachtrechten Vonck 2013, p. 169-233.

aantal varianten voor en bestaat geen consensus over de wijze waarop de canon dient te worden vastgesteld en herzien.[6]

Canonherziening wordt doorgaans bedongen als een bevoegdheid van de erfverpachter. In dit hoofdstuk onderscheid ik verschillende situaties en vormen waarin van die bevoegdheid gebruik kan worden gemaakt. Afgesproken kan zijn dat de canon periodiek wordt herzien gedurende de looptijd van een tijdelijk recht of bij het begin van een nieuw canontijdvak bij een voortdurend recht. De verlenging van een tijdelijk recht en de omzetting van een tijdelijk in een voortdurend recht zijn meestal aanleidingen om de canon opnieuw vast te stellen. Het kan van te voren bepaald zijn volgens welke maatstaf de canon opnieuw wordt vastgesteld, maar vaker ontbreekt een maatstaf of is alleen bepaald dat de canon zal worden herzien door deskundigen in de vorm van bindend advies. Canonherziening kan ook plaatsvinden bij gelegenheid van een bepaalde gebeurtenis die zich gedurende de looptijd van het recht voordoet, zoals wijziging van de bestemming van de onroerende zaak of splitsing of overdracht van het erfpachtrecht.[7] Samenhangend met de vraag wanneer de canon kan worden herzien is de vraag of en wanneer de erfverpachter eenzijdig nieuwe erfpachtvoorwaarden van toepassing kan verklaren omdat nieuwe voorwaarden veelal een andere manier van canon vaststellen inhouden. De bevoegdheid kan de vorm hebben van een algemene wijzigingsbevoegdheid voor de erfverpachter, bijvoorbeeld om periodiek de erfpachtvoorwaarden aan te kunnen passen aan de veranderde inzichten. Het kan ook de vorm hebben van een specifieke wijziging van de hoogte en/of de grondslag van de canon op bepaalde tijdstippen of bij bepaalde gebeurtenissen. De lange duur van erfpachtrechten zorgt er regelmatig voor dat bepalingen over canonherziening moeten worden uitgelegd.

Bij de verschillende varianten van canonherziening is de vraag of de canon kan worden herzien en op welke wijze dat zal gebeuren in verschillende mate voorzienbaar en bepaalbaar. Omdat canonherziening in de praktijk veelal een niet onaanzienlijke canonverhoging inhoudt vormen onvoorzienbare en onbepaalbare vormen van canonherziening een belemmering voor de financiering van erfpachtrechten. De Nederlandse Vereniging van Banken heeft in 2013 een richtlijn uitgebracht ten behoeve van financiële dienstverleners voor de financiering van erfpachtrechten van particuliere erfverpachters.[8] Volgens deze bancaire richtlijn zijn rechten waarbij de verwachte lastenontwikkeling voor de erfpachter onaanvaardbaar is of niet van tevoren bekend niet financierbaar. Dit is bijvoorbeeld het

6 Nelisse 2008, p. 26 constateert alleen al een groot aantal varianten binnen stedelijke erfpacht: “De voornaamste verschillen tussen de stelsels hebben betrekking op de canon. Iedere regeling kent zijn eigen bepalingen omtrent het soort canon, vast of variabel, de vaststelling van de hoogte van de canon, de aanpassing van de canon en eventuele mogelijkheden om de canon af te kopen.” Vgl. De Koe 2013 over verschillende methoden voor de waardering van verschillende aspecten van erfpachtrechten, waaronder de canon, in het landelijk gebied.

7 Canonherziening als voorwaarde voor toestemming voor overdracht of bestemmingswijziging is behandeld in respectievelijk par. 4.5.5 en par. 4.6.1. Vaak is in de erfpachtvoorwaarden alleen bepaald dat toestemming is vereist en dat daar voorwaarden aan verbonden kunnen worden, niet dat die voorwaarden onder meer of vooral kunnen bestaan uit canonherziening. In de praktijk is canonherziening of het van toepassing verklaren van nieuwe algemene voorwaarden die een canonherziening inhouden de meest toegepaste voorwaarde. De vraag die zich dan voordoet is of de voorwaarde redelijk is.

8 Bron: <www.nvb.nl/thema-s/wonen/200/particuliere-erfpacht.html>, geraadpleegd op 15 juni 2018. De bancaire richtlijn vormt een aanvulling op de eerder gepubliceerde criteria voor de financierbaarheid van erfpachtrechten gevestigd vóór 1 april 2012. De richtlijn kwam eerder aan de orde in par. 3.5.2 en 3.5.8.

geval indien de erfverpachter de voorwaarden op ieder moment kan wijzigen. Voor de beoordeling van de erfpachtvoorwaarden van bestaande rechten is in samenwerking met het notariaat een toets ontwikkeld. Aan de hand van het resultaat van die toets, die een notariële opinie wordt genoemd, kunnen banken de mogelijkheden voor hypothecaire financiering van het erfpachtrecht beoordelen. De banken stellen onder meer voorwaarden aan canonherzieningsbepalingen en in het navolgende zal een aantal malen naar deze vorm van zelfregulering verwezen worden.

Omdat de canonverplichting een kwalitatieve verbintenis voor de erfpachter jegens de erfverpachter is, staat buiten twijfel dat op geschillen over canonbetaling het verbintenissenrecht van toepassing is.[9] Uit de uitoefening van een bevoegdheid tot canonherziening kan voor de erfpachter een verbintenis tot betaling van de herziene canon voortvloeien en ook op die verplichting is het verbintenissenrecht van toepassing. Geschillen gaan zelden over de betalingsverplichting op zich, maar betreffen meestal de uitoefening van de bevoegdheid tot canonherziening, zowel de bevoegdheid zelf als de wijze waarop de bevoegdheid wordt uitgeoefend. Indien de wijzigingsbevoegdheid obligatoir met de erfpachter is afgesproken is daarop het verbintenissenrecht van toepassing. Indien de wijzigingsbevoegdheid in de vestigingsakte is bedongen, deel uitmaakt van het zakelijk recht en daarmee ook geldt voor rechtsopvolgers, is het de vraag of het verbintenissenrecht van toepassing is. Een erfverpachter die op een ander dan het afgesproken moment of op een andere dan afgesproken wijze gebruikmaakt van zijn bevoegdheid tot canonherziening kan geen rechtsgeldige canonherziening bewerkstelligen. Indien de bevoegdheid tot canonherziening is opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden is daarop afd. 6.5.3 BW van toepassing, in consumentenverhoudingen aangevuld met Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De vorm van de canonherzieningsbepaling bepaalt daarmee welk recht van toepassing is op de uitoefening van de canonherzieningsbevoegdheid. Dat lijkt niet geheel logisch en onderzocht zal worden of de rechtspraak aan dit onderscheid vasthoudt.

5.1.1 Voorbeelden canonherziening

Erfverpachters die de canon willen herzien zonder dat daarvoor een grondslag bestaat vinden geen gehoor bij de rechter. De hoogte van de canon maakt daarbij geen verschil. Indien in de vestigingsakte canonherziening alleen bij bepaalde gebeurtenissen is voorzien kan de erfverpachter de canon niet ook op een ander moment verhogen. Deze geschillen over de uitoefening van de bevoegdheid tot canonherziening door de erfverpachter worden door de rechter getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, op grond van art. 6:248 lid 2 BW of art. 5:97 BW en aan de hand van de omstandigheden van het geval.

9 PG Boek 5 BW, p. 300 (TM): “In het ontwerp volgt het karakter [van de canon] uit de artikelen 5 en 11 van deze afdeling. Op de erfpachter rust een qualitatieve verbintenis, die met het erfpachtsrecht overgaat.” Daarnaast kent de erfpachttitel in art. 5:87 lid 2 BW aan de erfverpachter de bevoegdheid toe het erfpachtrecht op te zeggen indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen.

Voorbeeld 1. Een gemeente als erfverpachter handelde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar door de erfpachter van een aantal agrarische erfpachtrechten een factuur voor een verhoogde canon te sturen op een moment dat canonverhoging nog niet aan de orde was en de erfpachter nog geen verhoging hoefde te verwachten.[10] De kantonrechter wees de vorderingen van de erfverpachter af.[11] Ik vermoed dat voor de canonverhoging geen grondslag in de vestigingsakte was te vinden en dat aan een eventuele reden die de gemeente voor de verhoging opgaf voorbij werd gegaan onder verwijzing naar die akte. Op het moment dat een erfverpachter een herziene canon in rekening brengt dient zijn bevoegdheid tot canonherziening dus onomstotelijk vast te staan.

Voorbeeld 2. In een zaak waarin de Hervormde Gemeente Eemnes optrad als erfverpachter werd het erfpachtrecht lang geleden en tegen een vaste canon gevestigd.[12] De erfverpachter probeerde vergeefs op grond van art. 5:97 BW een wijziging van de canon te bewerkstelligen omdat zij wenste te profiteren van de opgetreden waardeontwikkelingen als gevolg van (hyper)inflatie. De vordering stuitte af op het overgangsrecht en gebrek aan grondslag en belang.[13] Er was geen sprake van een onvoorziene omstandigheid die zich na 1 januari 1992 had voorgedaan omdat het verband tussen uitgifte en armenzorg al eerder door de erfverpachter was verlaten.[14] Ook de waardestijging als gevolg van de prijsontwikkeling na 1992 of de inflatie vormden geen onvoorziene omstandigheden nu de erfverpachter in 1875 een eeuwigdurend recht had gevestigd:

> "De rechtbank neemt in dit verband aan dat bij de vestiging van het onderhavige eeuwigdurend erfpachtrecht rekening is gehouden met de omstandigheid dat na de vestiging ooit sprake zou kunnen zijn van inflatie die zou kunnen leiden tot het stijgen van de waarde van het erfpachtrecht en de woningen. Het niet kunnen profiteren van toekomstige waardeontwikkelingen moet derhalve geacht worden te zijn verdisconteerd in de vestigingsakte. In dit verband maakt het geen verschil of de waardestijging het gevolg is van gewone inflatie of hyperinflatie en of de waardestijging (ongekend) groot of klein is."[15]

Bovendien was niet gebleken dat de erfverpachter 'een te beschermen belang heeft bij het wijzigen van de erfpachtcanon'. Dat de erfverpachter in plaats van de erfpachter wenste te profiteren van de waardeontwikkeling van de onroerende

---

10 HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9594, *NJ* 2002/299 (*Geboers/Asten*), HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9595 (*Geboers/Asten*) en HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9597 (*Geboers/Asten*). In de vestigingsakte was afgesproken dat de canon bij verlenging van het recht kon worden verhoogd. De erfpachter was van mening dat de verhoging onjuist was berekend. In hoger beroep en cassatie stonden de bevoegdheidsvraag en de appellabiliteit centraal. Deze arresten zijn ook besproken in par. 2.4.3.1.

11 Zo blijkt uit de conclusie van A-G Wesseling-van Gent, ECLI:NL:PHR:2002:AD9594, ECLI:NL:PHR:2002:AD9595 en ECLI:NL:PHR:2002:AD9597, bij HR 19 april 2002, par. 1.7.

12 Rb. Utrecht 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0342 (*Hervormde Gemeente Eemnes/erfpachters*). De erfverpachter had in 1875 een perceel in eeuwigdurende erfpacht uitgegeven tegen een vaste lage canon van *f* 7,50 per jaar die werd gemotiveerd door het toen gevoerde beleid ten behoeve van minderbedeelden.

13 Art. 169 Overgangswet NBW: "Een erfpacht die op het tijdstip van het in werking treden van de wet reeds bestond, kan niet uit hoofde van artikel 97 lid 1 van Boek 5 worden opgeheven. In geval van een vordering tot wijziging houdt de rechter geen rekening met omstandigheden die zich voor dit tijdstip hebben voorgedaan." In de toelichting werd expliciet gewezen op canonuitholling door inflatie: 'Bij de tweede zin denke men aan een canon die voor de inwerkingtreding door inflatie is uitgehold; in zo'n geval zal artikel 5.7.1.8a [5:97 BW] met het oog daarop geen toepassing kunnen vinden, maar hoogstens op verdere uitholling na de inwerkingtreding', PG Ow, p. 147. Zie ook PG Boek 5 BW, p. 323.

14 Rb. Utrecht 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0342, r.o. 4.5.

15 Rb. Utrecht 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0342, r.o. 4.6.

zaak was naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende 'om te kunnen concluderen dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid van Hervormde Gemeente Eemnes niet kan worden gevergd dat de erfpachtcanon ongewijzigd blijft'.[16] Ten overvloede overwoog de rechtbank dat de huidige erfpachter een aanzienlijk bedrag aan zijn rechtsvoorganger had betaald zodat niet iedere erfpachter profiteerde van iedere waardestijging:

> "Overigens kan de rechtbank Hervormde Gemeente Eemnes ook niet volgen voor zover zij betoogt dat de prijsontwikkelingen en iedere investering in de woning ten goede komt aan de erfpachter. De erfpachter moet immers ter verkrijging van het erfpachtrecht en de woning een tegenprestatie in de vorm van een koopsom voldoen. De koopprijs vertegenwoordigt de waardeontwikkeling ten gevolge van (hyper)inflatie. De erfpachter betaalt dus voor deze waardeontwikkeling. Dit geldt in ieder geval voor [gedaagden], nu Hervormde Gemeente Eemnes zelf stelt dat [gedaagden] op 1 september 2008 krachtens koopovereenkomst het erfpachtrecht en de woning heeft verkregen en als tegenprestatie een bedrag van € 435.000,- heeft voldaan, terwijl de woning en het erfpachtrecht medio 1989 nog f 155.000,- waard was."[17]

Indien geen bevoegdheid tot canonherziening bestaat kunnen de omstandigheden maken dat het onaanvaardbaar is partijen aan de vaste canon te houden. Bij een dergelijke toetsing aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid worden alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen. Deze uitspraak toont dat de rechter daarmee terughoudend omgaat. Omdat geen sprake was van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 5:97 BW werd de gewenste canonherziening afgewezen.

Voorbeeld 3. Een particuliere erfverpachter voerde de bestendige praktijk dat bij iedere overdracht de door de opvolgende erfpachter te betalen canon in de leveringsakte werd opgenomen.[18] De canon werd bij elke overdracht verhoogd los van de bepalingen uit de vestigingsakte en de erfverpachter was steeds als derde partij in de leveringsakte betrokken om zich akkoord te verklaren met het genoemde canonbedrag. De belangenvereniging van erfpachters, allen huiseigenaren op een recreatiepark, was van mening dat de canon niet op deze wijze kon worden herzien en dat de opvolgende erfpachters uitsluitend aan de canon zoals opgenomen in de vestigingsakte waren gebonden. De rechtbank en het hof wezen dit standpunt af met een vrijwel uitsluitend verbintenisrechtelijke beoordeling van de bepaling uit de leveringsakte. Er was sprake van wilsovereenstemming, de kopende erfpachter was immers akkoord gegaan met de nieuwe canon en had niet aangetoond dat de erfverpachter had moeten begrijpen dat de koper uitsluitend akkoord ging met betaling van het bedrag aan canon dat uit de vestigingsakte kon worden afgeleid en dus niet met het in de akte van overdracht genoemde bedrag.[19] Het hof toetste op een beperkte verbintenisrechtelijke wijze of de afspraak uit de leveringsakte in beginsel bindend was en zag geen taak voor zich-

16 Rb. Utrecht 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0342, r.o. 4.7.
17 Rb. Utrecht 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0342, r.o. 4.7. Opheffing van erfpachtrechten op grond van art. 5:97 BW zal nader worden besproken in par. 6.6.
18 Hof Den Bosch 31 mei 1995, ECLI:NL:GHSHE:1995:AD2356, *NJ* 1996/169 (*Hazeduinen/Van Oosterhout*).
19 Hof Den Bosch 31 mei 1995, *NJ* 1996/169, r.o. 4.8.1.

zelf weggelegd ten aanzien van een verdergaande toetsing van de goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen partijen:

> "Overigens beperkt de onderhavige procedure zich tot de vraag of het in de akte aangegeven canonbedrag 'in beginsel' bindend is – hetgeen het geval is – en leent deze procedure zich er niet voor vast te stellen wat rechtens heeft te gelden in de rechtsverhouding tussen de blooteigenaar en een individuele erfpachter."[20]

Deze verkapte canonverhoging bij overdracht lijkt op een canonherziening als voorwaarde voor toestemming voor overdracht, maar dan zonder dat canonverhoging expliciet als voorwaarde wordt gesteld. Naar mijn mening zal het van de formulering van de canon(herzienings)bepaling uit de vestigingsakte afhangen of de praktijk om de canon steeds in de leveringsakte te zetten onder goedkeuring van de erfverpachter daarmee in strijd is. Het hof sloot niet uit dat sprake was van een bestendige praktijk, maar dat wilde nog niet zeggen dat die praktijk juist of redelijk was. Twee jaar later werd dit oordeel bevestigd in een zaak over hetzelfde recreatiepark.[21] Hier ging het hof nog verder in het goedkeuren van het standpunt van de erfverpachter door te oordelen dat partijen na vestiging overeen konden komen dat de canon zou worden verhoogd ten opzichte van de aanvangscanon. Een dergelijke wijziging van de canon diende op grond van art. 5:85 BW bij notariële akte te geschieden en gold dan ook voor rechtsopvolgers, ook als de verkopende erfpachter verzuimde de koper daarvan op de hoogte te stellen en ook als de erfverpachter bij deze transactie geen partij was. De wijziging hoefde niet in een aparte notariële akte van wijziging te worden opgenomen, opgemaakt tussen erfpachter en erfverpachter,

> '(…) doch moet eveneens geacht worden te gelden indien de wijziging van de canon is vermeld in een akte van overdracht van de erfpacht, waarbij de erfverpachter – zij het slechts op een onderdeel – partij is, nu immers alsdan uit die akte kan worden geconstateerd dat tussen alle betrokkenen wilsovereenstemming bestaat omtrent de wijziging van de canon.'[22]

Waar in de voorgaande uitspraak nog het vereiste werd gesteld dat de erfverpachter (deels) partij was bij de leveringsakte van een erfpachtrecht, was het hof nu van mening dat de verhoogde canon in enige ingeschreven notariële akte diende te staan om zakelijke werking te hebben. De veronderstelde wilsovereenstemming lijkt me discutabel omdat de canonherziening geen grondslag in het erfpachtrecht had. Aan het feit dat de opvolgende erfpachters altijd de verhoogde canon hadden betaald kon ook onwetendheid ten grond liggen. In geval de vestigingsakte een regeling voor de canon en de canonherziening bevatte was de constructie in strijd met de aard van het recht. Indien in de vestigingsakte een regeling ontbrak kon de canonherziening alleen obligatoir overeengekomen worden tussen een belangstellende koper en de erfverpachter. De kopers bevonden zich

20 Hof Den Bosch 31 mei 1995, *NJ* 1996/169, r.o. 4.8.1.
21 Hof Den Bosch 19 maart 1997, ECLI:NL:GHSHE:1997:AD2708, *NJ* 1998/94 (*Van Utrecht/Van Oosterhout*).
22 Hof Den Bosch 19 maart 1997, *NJ* 1998/94, r.o. 4.8. Vgl. Bouwer 1981, p. 854 die stelde dat een koper van een erfpachtrecht gebonden raakte aan een canonverhoging die niet in een notariële akte was vastgelegd indien hij van die verhoging op de hoogte was en deze verhoogde canon in zijn leveringsakte was vermeld, onder verwijzing naar art. 3:24 lid 1 BW.

in een afhankelijke positie en konden het recht alleen kopen indien zij bereid waren de prijs te betalen die de erfverpachter daarvoor vroeg en die prijs kon elk willekeurig bedrag zijn. Nu het om recreatiewoningen ging en de erfpachters dus waren op te vatten als consumenten, moet genoemde praktijk naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar worden beoordeeld. Het lijkt me een voorbeeld van de willekeur en eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden die particuliere erfpacht een slechte naam bezorgd hebben en financiering van die rechten zo goed als onmogelijk hebben gemaakt. De uitspraken tonen ook aan welke toetsingsvraagstukken zich bij canonherziening kunnen voordoen en dat daarbij maatstaven uit het goederenrecht en het verbintenissenrecht een rol kunnen spelen.

5.1.2 Onderzoeksvragen canonherziening

De recente rechtspraak op het gebied van canonherziening wordt hieronder bestudeerd vanuit de relationele benadering. Bekeken wordt of in de rechtspraak de verplichting voor de erfpachter een herziene canon te betalen stilzwijgend wordt opgevat als een kwalitatieve verbintenis. De eerste vraag bij een geschil over canonherziening waarbij de erfpachter stelt dat hij niet tot betaling verplicht is zou moeten zijn vast te stellen of die verbintenis tot betaling wel bestaat en wat daar de grondslag van is, of de erfverpachter wel bevoegd is tot canonherziening. Indien dat het geval is zou de tweede stap moeten bestaan uit de vraag of de verbintenis eveneens geldt voor de hoogte van de herziene canon en of de bevoegdheid op de afgesproken wijze wordt uitgeoefend. Bekeken zal worden of dit onderscheid wordt gemaakt. Een volgende vraag is of het rechtsgevolg bij niet nakoming, dus bij het niet betalen van de herziene canon door de erfpachter, in het licht van het goederenrecht wordt bezien als een inbreuk op het recht van de erfverpachter of als de niet nakoming van een verbintenis, als wanprestatie.[23] Het onderscheid tussen bevoegdheid en daaruit volgende verbintenis is naar verwachting van belang voor de wijze van toetsing en de mate waarin de omstandigheden van het geval een rol spelen en de instrumenten uit Boek 6 BW worden toegepast. Het doel van dit onderzoek bestaat onder meer uit het opstellen van een overzicht van de regels die in de recente jurisprudentie zijn ontwikkeld op het gebied van canonherziening.

In par. 5.2 wordt eerst ingegaan op de betekenis van de contractvrijheid en de vraag wat een redelijke prijs voor een gebruiksrecht zou zijn. Deze leer vormt het kader voor de beoordeling. Vervolgens worden in par. 5.3 de (wets)geschiedenis en de ontwikkeling van het verschijnsel canonherziening in met name stedelijke erfpacht besproken. Het onderzoek naar recente jurisprudentie over canonherziening onderscheidt verschillende situaties, naar het moment waarop de canonher-

23 Het goederenrechtelijke instrument van opzegging van het erfpachtrecht wegens wanbetaling komt zijdelings aan de orde en wordt in par. 6.4.2 uitvoerig besproken.

ziening plaatsvindt en naar de mate van bepaalbaarheid.[24] Eerst worden de knelpunten besproken die zich voordoen bij tussentijdse bepaalbare canonwijziging middels indexering (par. 5.4) en de tussentijdse niet-bepaalbare canonherziening bij tijdelijke rechten en de canonherziening bij verlenging of omzetting naar een voortdurend recht (par. 5.5). Centraal in dit hoofdstuk staat een bespreking van de canonherziening bij het einde van een tijdvak van voortdurende rechten, aan de hand van met name een geruchtmakende Amsterdamse erfpachtzaak (par. 5.6). Afgesloten wordt met de recente ontwikkeling van eeuwigdurende erfpacht waarbij geen canonherziening meer plaatsvindt (par. 5.7) en een samenvatting en conclusies (par. 5.8).

5.2 Contractvrijheid en canonherziening: een redelijke prijs

Ten aanzien van de bepaling van de hoogte van de canon en de herziening daarvan geldt de contractvrijheid van erfverpachter en erfpachter. Het is een beginsel van Nederlands recht dat het tot de contractvrijheid van onderhandelende partijen behoort een prijs af te spreken.[25] In het belang van de rechtszekerheid kan aan de rechter geen oordeel worden gevraagd omtrent de juistheid van een tussen partijen afgesproken prijs. Het beginsel dat wordt aangeduid als het *iustum pretium* beginsel of de leer van de rechtvaardige prijs wordt in het Nederlands recht niet toegepast.[26] In sommige rechtsverhoudingen heeft de wetgever de vrijheid betrekkingen aan te gaan in bepaalde gevallen wel beperkt, steeds in het algemeen belang van de bescherming van de zwakkere contractspartij. Aan het consumentenrecht, het pachtrecht en het huurrecht voor woonruimte ligt de gedachte van de maatschappelijke rechtvaardigheid ten grondslag op grond waarvan de economisch zwakkere partij tegen het overwicht van zijn wederpartij beschermd dient te worden.[27] Andere beperkingen worden ingegeven door het algemeen be-

24 Voor dit hoofdstuk zijn alle gepubliceerde uitspraken bestudeerd uit de periode vanaf 1992 tot 1 mei 2018 waarin sprake was van een geschil over canonherziening. Criteria bij de selectie van uitspraken waren dat een erfpachtverhouding centraal stond, dat de partijen bij de rechtszaak erfpachter en erfverpachter van hetzelfde recht waren, dat een canon onderdeel uitmaakte van de inhoud van het recht en dat het geschil mede betrekking had op een aangekondigde of gerealiseerde wijziging van die canon. In totaal zijn 86 uitspraken bestudeerd, verdeeld over 18 arresten van de Hoge Raad, 28 arresten van gerechtshoven, 38 vonnissen van rechtbanken en 2 administratiefrechtelijke koninklijke besluiten.

25 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/41 wijst erop dat contractvrijheid in het verlengde ligt van het beginsel van partijautonomie: "Het in het verlengde van het autonomiebeginsel liggende beginsel van contractsvrijheid brengt mee dat men bij het effectueren van de autonomie niet wordt belemmerd gebruik te maken van de mogelijkheid met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen. Dit betekent dat het eenieder vrijstaat wel of niet een overeenkomst aan te gaan; een overeenkomst aan te gaan met wie men wil; de inhoud, de werking en de voorwaarden van een overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen; deze wel of niet aan een vorm te binden en/of deze aan de bepalingen van een gekozen wetgeving te onderwerpen (vgl. art. 3:37 lid 1 BW, art. 3:38 lid 1 BW; art. 6:248 lid 1 BW)." De prijs behoort tot de inhoud van de overeenkomst.

26 Asser/Hijma *7-I** 2013/212 en Loos 2013, p. 22. Zie ook Jansen 2015a over 'de beperking van de contractvrijheid vanwege de Eerste Wereldoorlog en de economische crisis. De Betalingsuitstelwet van 1914, de Huurcommissiewet van 1917 en de Huuropzeggingswet van 1918 beoogden alle de bescherming van de sociaal-economisch zwakke partij en maakten daartoe gebruik van het *iustum-pretium*-beginsel'. Hieruit bleek dat het beginsel alleen in bijzondere omstandigheden wordt toegepast.

27 Hardy 2010, p. 4-5 pleit op grond van inzichten uit de rechtseconomie en het mededingingsrecht ervoor de *iustum pretium*-leer in te voeren voor consumententransacties, ingebed binnen de redelijkheid en billijkheid, of bij voorkeur als apart instrument in het Burgerlijk Wetboek. Hallebeek 2013, p. 63-64 ziet het beginsel terugkeren in enkele specifieke bepalingen zoals Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, maar vindt veralgemenisering van een beginsel van evenredigheid van prestaties niet passen in het systeem van het geldende contractenrecht en de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat de wanverhouding tussen prestaties op zich geen strijd oplevert met de goede zeden waardoor het contract nietig zal zijn.

lang en steunen dan op het beginsel van de maatschappelijke aanvaardbaarheid.[28] Een dergelijke bescherming wordt voor erfpachters niet nodig geacht, maar heeft in sommige gevallen via het Europees consumentenrecht invloed op de rechtsverhouding, zoals onder meer bleek bij de toepassing van de algemene voorwaardenregeling, besproken in hoofdstuk 3.

De leer van de rechtvaardige prijs, het *iustum pretium*, stamt uit de Middeleeuwen en kan worden omschreven als 'de opvatting dat tussen de beide prestaties bij de overeenkomst een zekere gelijkwaardigheid moet bestaan'.[29] Invoering van deze leer is in de loop van de twintigste eeuw door sommigen bepleit, maar door de Hoge Raad niet aanvaard omdat het de rechtszekerheid in het handelsverkeer in gevaar zou brengen indien een tussen partijen overeengekomen prijs achteraf door de rechter zou kunnen worden vernietigd.[30] Bovendien kan het leerstuk van de wilsgebreken worden toegepast op overeenkomsten indien blijkt dat een niet-bedoelde onevenredigheid tussen prijs en prestatie is afgesproken. Ondanks dat financiële benadeling geen vereiste is voor misbruik van omstandigheden[31], doet verkoop tegen een te lage prijs vermoeden dat mogelijk sprake is van misbruik van omstandigheden. Dat veronderstelt bekendheid met een redelijke prijs waartegen de te lage prijs kan worden afgezet. Een redelijke erfpachtcanon laat zich echter moeilijk vaststellen, gezien de grote hoeveelheid factoren die op de berekening van de canon van invloed kunnen zijn.[32]

Dat de erfpachtcanon een redelijke tegenprestatie voor het gebruik van de onroerende zaak zou moeten zijn is een aansprekende gedachte, bezien vanuit de erfverpachter en de erfpachter. Nog los van de vraag wat als een voor beide partijen redelijke aanvangscanon moet worden beschouwd, geldt dat het vrijwel niet mogelijk is om de verhouding tussen gebruiksrecht en contraprestatie gedurende het hele recht op een redelijk peil te houden. De gewoonlijk lange duur van het erfpachtrecht en de fluctuaties in grondwaarden en in de waarde die aan bepaalde bestemmingen wordt gehecht maken het niet goed mogelijk dat de canon steeds als een equivalente tegenprestatie voor het gebruiksrecht kan worden beschouwd.

---

28 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/53. Vgl. ook de mededingingsbepalingen en consumentenbeschermende wetgeving uit het EU-recht.

29 Smits 1995, p. 281. Van Loo wijst erop dat het begrip iustum pretium teruggaat op Thomas van Aquino die het verbond met het concept van ruilrechtvaardigheid van Aristoteles. Het is een moraal-ethische norm die niet geschikt is als maatstaf voor het vaststellen van benadeling in ongelijkwaardige overeenkomsten, Van Loo 2013, p. 32 e.v.

30 Hartlief 1998, p. 6-7 verwijst naar de Bovag-arresten van de Hoge Raad uit 1936 en 1957. Hartlief bespreekt ook de gedachte dat het probleem niet de onevenredigheid van prestaties betreft, maar de ongelijkwaardigheid van partijen bij het tot stand komen van de overeenkomst. Voor de onevenredigheid die daar het gevolg van is kan een beroep op misbruik van omstandigheden ex art. 3:44 lid 4 BW worden gedaan. Van Loo vindt die bepaling onvoldoende. Hij nam ongelijkwaardige overeenkomsten tot uitgangspunt en onderzocht de mogelijkheid van een voorziening tegen ernstige benadeling in de regeling van de wilsgebreken, in de zin dat een subjectieve ernstige benadeling van een der partijen een indicatie vormt voor de aanwezigheid van een wilsgebrek. Hoewel de wilsgebreken van toepassing zijn op alle rechtshandelingen lijkt een vergelijkbare redenering ten aanzien van de ongelijkwaardige rechtsverhouding bij erfpachtrechten niet direct toepasbaar. Uit de vele rechtszaken over erfpachtkwesties kan een subjectief beleefde onrechtvaardigheid van erfpachters als partij bij de rechtsverhouding worden afgeleid, met name ten aanzien van canonherziening. In goederenrechtelijke verhoudingen wordt het subjectieve element echter meestal uitgeschakeld ten gunste van wat partijen objectief gezien hebben afgesproken en neergelegd in de vestigingsakte.

31 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/268-270.

32 Nelisse 2008, p. 115 constateert dat een maatstaf voor grondprijsstijgingen, waaraan de redelijkheid van canonstijgingen kan worden afgemeten, ontbreekt.

Hoe verder men in tijd afraakt van de vestiging, hoe groter de kans dat prijs en prestatie niet meer gelijk zijn aan of vergelijkbaar zijn met de economische waarde bij aanvang. Daarmee komt bij erfpachtrechten de vraag of de canon een verantwoorde vergoeding is voor het gebruik van de onroerende zaak niet zozeer bij de aanvangscanon aan de orde als partijen nog relatief vrij tegenover elkaar staan en omwille van de gevraagde prijs van het contract af kunnen zien. De incongruenties treden vooral op een later moment op en bij langlopende rechten kan dat latere moment een of meer generaties later zijn. Er kunnen tussen de aanvangscanon en het heden omstandigheden zijn ingetreden die maken dat een der partijen aanmerkelijk wordt benadeeld en het evenwicht tussen partijen wordt verbroken. De twintigste eeuw heeft voorbeelden te zien gegeven van zowel een sterke daling van grondwaarden tijdens de economische crisis van de jaren dertig als een sterke stijging van grondwaarden aan het einde van de eeuw. Omdat de bedoeling van de contracterende partijen voor zover die niet uit de vestigingsakte blijkt geen rol kan spelen, kan het gebeuren, zoals in de zaak van de Hervormde Gemeente Eemnes, dat meer dan honderd jaar later de tekst van de vestigingsakte naar objectieve maatstaven wordt uitgelegd in veranderde omstandigheden.

Bij het evenwicht tussen partijen bij aanvang van het recht kunnen bovendien verschillende argumenten een rol spelen. Bij een uitgifte van duingrond ten behoeve van de bouw van een badplaats op Terschelling werd de aanvangscanon op een laag bedrag gesteld om de erfpachters voldoende gelegenheid te geven de exploitatie van de badplaats op te starten en uit te bouwen.[33] Pas na de eerste 75 jaar kon de canon beperkt worden verhoogd en pas na de tweede 50 jaar was canonherziening vrij. De gedachte was dat op dat moment, na 125 jaar, de badplaats voldoende rendement zou opleveren en de aanvangsinvestering van de erfpachters zich ruimschoots zou hebben terugverdiend zodat hun opvolgers in staat zouden zijn een marktconforme canon te betalen. Geen der partijen had voorzien dat de grondwaarde in die eerste 75 jaar exponentieel zou stijgen zodat de verhoging tot driemaal de aanvangscanon geheel uit de pas liep met de marktwaarde van de grond. Omdat grondwaardestijging en inflatie niet als onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 5:97 BW worden beschouwd zal de canon van deze rechten pas na 125 jaar kunnen worden aangepast.

Bij stedelijke erfpacht heeft eenzelfde verschijnsel zich veelvuldig voorgedaan bij rechten gevestigd aan het begin van de twintigste eeuw tegen een vaste canon die 50 of 75 jaar vaststond. Na die 50 of 75 jaar was de grondprijs zodanig gestegen dat de canon, indien aan de grondprijs gerelateerd, bij herziening ter gelegenheid van heruitgifte of een nieuw tijdvak zodanig moest worden verhoogd dat gesproken kon worden van een canonexplosie. Die herziening was dan ten nadele van de erfpachter. Andersom doet zich het verschijnsel voor van eeuwen geleden gevestigde eeuwigdurende erfpachtrechten tegen een vaste canon die nu niet meer in verhouding staat tot de waarde van de grond, maar die niet gewijzigd kan worden. Dan is de erfverpachter in het nadeel. De rechtsverhouding is niet meer in evenwicht en het dient naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, eventueel met behulp van art. 5:97 BW, te worden beoordeeld of het maatschappelijk

33 *Stb*. 1926, 146. De economische waarde van duingrond werd op dat moment zeer gering geacht.

aanvaardbaar is de canon te herzien. Een onevenwichtigheid op zich is onvoldoende om het contract opzij te zetten.[34]

Het pleidooi van Hardy om de *iustum pretium*-leer voor consumentenovereenkomsten in te voeren[35] betrof alleen de aanvangscanon, het aangaan van overeenkomsten op een bepaald moment en in een bepaalde markt, en niet het wijzigen van een uit een overeenkomst voortvloeiend beperkt recht omdat de marktsituatie na vijftig jaar in velerlei opzichten was veranderd. Dit voorstel zou alleen effect hebben als in de akte duidelijk werd vastgelegd dat op het moment van canonherziening zou worden aangesloten bij de verhouding die bij de aanvang van het recht als redelijk werd beschouwd. Maar ook daarbij is het niet mogelijk om rekening te houden met veranderde omstandigheden.

In erfpachtverhoudingen is meerdere malen bij de rechter vergeefs een beroep gedaan op art. 24 Mededingingswet, het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie door een onbillijk hoge canon te eisen die niet in redelijke verhouding staat tot de economische waarde van het gebruiksrecht.[36] Daarvoor moet de erfverpachter als ondernemer worden beschouwd.[37] Het aanbod de bloot eigendom te kopen valt niet onder de mededingingswet.[38] Het bestaan van een monopolie op de gemeentelijke grondmarkt brengt nog geen misbruik met zich, maar betekent wel een verhoogde zorgplicht voor de erfverpachter. In rechterlijke uitspraken is regelmatig geoordeeld dat sprake is van een ongelijke

34 Asser/Sieburgh *6-III* 2018/421. Art. 5:97 BW wordt behandeld in par. 6.6.

35 Hardy 2010, p. 4-5. Zie ook Vonck 2013, p. 211-212, die erop wijst dat kernbedingen zijn uitgesloten van toetsing aan de algemene voorwaardenregeling en stelt dat de machtige partij in een rechtsverhouding een zorgplicht heeft waarvan de omvang evenredig is aan de omvang van die machtspositie. Vonck acht art. 3:44 lid 4 BW een afdoende instrument om misbruik van een economische machtspositie, van bijvoorbeeld de grondeigenaar die met een voormalig erfpachter onderhandelt over heruitgifte, aan te pakken, met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid als vangnet. In erfpachtjurisprudentie wordt zelden een beroep op art. 3:44 lid 4 BW gedaan, zie voor een zeldzame uitzondering Rb. Rotterdam 25 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6538 (*erfpachters/kopers erfpachtrecht*), in een geschil tussen een vervreemdende en verkrijgende erfpachter.

36 In een Amsterdamse zaak werd het beroep op misbruik van een economische machtspositie afgewezen omdat op grond van de AB 1915 de canon bij herziening werd vastgesteld door onafhankelijke deskundigen en de gemeente dus geen invloed had op de hoogte van de herziene canon, Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674 (*Amsterdam/erfpachter*), r.o. 12. Identiek: Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5675 (*Amsterdam/erfpachters*), r.o. 12. Naar aanleiding van deze uitspraken wees de Nederlandse Mededingingsautoriteit in 2002 een klacht van de Vereniging Eigen Huis over canonherziening door de gemeente Amsterdam af (NMa, klacht 2493/30). De gemeente had geen misbruik gemaakt van haar machtspositie door de herziene canon te baseren op de (fors gestegen) grondwaarde.

37 Het hof Den Haag omzeilt in 2012 de vraag of het hoogheemraadschap als ondernemer in de zin van de Mededingingswet moet worden aangemerkt door de vraag of het hoogheemraadschap bij herziening van de opstalretributie misbruik heeft gemaakt van zijn machtspositie te beschouwen onder de noemer van redelijkheid en billijkheid, Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 17: "De vraag of het Hoogheemraadschap bij de heruitgifte op het punt van de verlangde retributie misbruik maakt van zijn machtspositie, is hier geen andere dan die of het Hoogheemraadschap handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid en/of het evenredigheidsbeginsel."

38 De Hoge Raad bekrachtigde het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden dat het koopaanbod van de bloot eigendom geen situatie was waarop art. 24 Mededingingswet van toepassing was, HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2448 (*erfpachter/Rentambt van Over-Betuwe*). In gelijke zin reeds Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943 (*Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier/ Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), waar in r.o. 4.41 werd geoordeeld dat de erfverpachter bij aanbod bloot eigendom geen misbruik van een economische machtspositie maakte.

machtspositie van partijen die kan worden getoetst aan de criteria voor misbruik van recht en leidt tot de verplichting tot evenwichtige belangenafweging.[39]

Een objectieve waarde van onroerende zaken is alleen ten behoeve van gemeentelijke onroerendezaakbelastingen gegeven en ook die waarde is een schatting die deels is gebaseerd op ficties en heeft de geldigheid van een kalenderjaar.[40] Voor het overige ontbreekt een index voor de waarde van grond.[41] Het is dus mogelijk bij aanvang van een recht of tussentijds een zeer hoge (of een zeer lage) canon af te spreken en dat de erfpachter daarmee 'akkoord' gaat bij gebrek aan alternatief. Een dergelijke ongelijkwaardigheid in de rechtsverhouding is op zich onvoldoende om de toepassing van een overeengekomen bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar te achten. Art. 6:248 lid 2 BW geeft de rechter niet de bevoegdheid een beding terzijde te stellen op de enkele grond dat de inhoud ervan voor een der partijen onbillijk is. Hardy ziet hier ruimte voor een *iustum pretium*-instrument, maar ik denk dat voor duurovereenkomsten zoals erfpachtrechten het probleem dan alleen maar verplaatst wordt van de aanvangscanon naar canonherziening. De canon komt op verschillende manieren tot stand en wordt ook volgens uiteenlopende inzichten gewijzigd zodat de omstandigheden van het geval een groot stempel drukken op de vraag wat op welk moment en voor welke duur een redelijke canon is. De rechter zal bij de toepassing van dit instrument, net als nu veelal het geval is, deskundigen inschakelen om de hoogte van de canon te beoordelen dan wel vast te stellen.

Vanwege de vele factoren die in de praktijk betrokken kunnen zijn bij de berekening van de hoogte van de erfpachtcanon, zowel bij vestiging als bij herziening, de zeer diverse bestemmingen en de lange duur van erfpachtrechten waardoor al die factoren aan mogelijk onvoorspelbare veranderingen onderhevig kunnen zijn, lijkt het vooralsnog niet mogelijk om de berekening van een redelijke erfpachtcanon in de wet te verankeren of anderszins te reguleren. Een eerste aanzet in de vorm van zelfregulering is gegeven door de bancaire richtlijn van de Nederlandse Vereniging van Banken, waarin strikte voorwaarden zijn opgenomen over canonherzieningsbepalingen in particuliere erfpachtvoorwaarden. Deze criteria gelden alleen voor particuliere erfpachtvoorwaarden, maar niets staat gemeenten en andere overheidsorganisaties die grond in erfpacht uitgegeven in de weg om

39 Bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 maart 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AS4563, *BR* 1999, p. 1061 (*Stabilabram/Amsterdam*), waar in r.o. 8-9 wordt geoordeeld dat de gemeente geen misbruik maakt van haar monopoliepositie nu de canon door deskundigen wordt vastgesteld, en Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207 (*De Scheldestromen/Vereniging van erfpachters*), waar in r.o. 4.3 en 4.10 wordt geoordeeld dat de ongelijke machtspositie van partijen bij onderhandelingen over de verlenging van een tijdelijk recht een evenwichtige belangenafweging vereist.

40 Art. 17-18, 20 en 22 Wet waardering onroerende zaken jo. art. 220-220a Gemeentewet.

41 De Jong & Ploeger 2008, p. 41: "Veel conflicten ontstaan recent over de canonherziening. De algemene voorwaarden zijn vaak onduidelijk over de grondslag of maatstaven aan de hand waarvan deze moet plaatsvinden. Vooral de herwaardering van de grondprijs kan in dit verband moeilijkheden geven. *Betrouwbare indexcijfers voor onroerend goed zijn niet voorhanden*. Daarom moet de grondprijs veelal getaxeerd worden." Nadruk toegevoegd. Overigens ligt aan de WOZ-waarde van onroerende zaken ook een taxatie ten grondslag, dus een schatting van de waarde. Nelisse 2008, p. 190-191 deed de aanbeveling de Wet WOZ te wijzigen en onderscheid te maken tussen eigen grond en erfpacht. Vgl. Rb. Amsterdam 7 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8714, r.o. 8.1-8.6, waarin partijen zich beriepen op verschillende opvattingen van deskundigen voor de waardebepaling van erfpachtrechten in het kader van een WOZ-procedure.

deze criteria eveneens tot leidraad te nemen.[42] Voor bepaalde veelvoorkomende toepassingen, zoals stedelijke erfpacht met bestemming woningbouw, zou wellicht een uniforme wijze van canonbepaling mogelijk kunnen zijn, maar ook hier geldt dat de gemeentelijke erfpachtstelsels te zeer van elkaar verschillen.

Het Europees consumentenrecht biedt steun aan het verzet van erfpachters tegen onredelijke canonherzieningsbedingen in algemene erfpachtvoorwaarden. Het beding op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG, punt 1 sub j dat de gebruiker het recht geeft om zonder geldige in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van het overeenkomst te wijzigen en het beding punt 1 sub l dat de gebruiker het recht geeft om zijn prijs te verhogen worden vermoed oneerlijk te zijn in de zin van art. 3 lid 1 van Richtlijn 93/13/EEG, tenzij tevens geregeld is dat de consument bevoegd is om reden van deze wijziging de overeenkomst op te zeggen.[43] Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU blijkt dat bedingen op de indicatieve lijst dienen te worden meegewogen als omstandigheden van het geval.[44] Voor langlopende overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld een overeenkomst over gasleverantie kan het gerechtvaardigd zijn dat de leverancier zijn prijs wil verhogen, maar als de prijsverhoging geregeld wordt met een standaardbeding dient dat beding te voldoen aan de eisen van goede trouw, evenwicht en transparantie.[45] De erfpachter-consument kan opkomen tegen een canonherzieningsbeding uit algemene erfpachtvoorwaarden met een beroep op deze maatstaf. Dan moet worden beoordeeld of de reden voor en de wijze van aanpassing van de canon op een transparante wijze in de erfpachtvoorwaarden staan vermeld en of de erfpachter daadwerkelijk in staat is zijn opzeggingsrecht uit te oefenen indien de erfverpachter een beroep op het canonherzieningsbeding doet. De meeste canonherzieningsbedingen zullen niet aan deze vereisten kunnen voldoen. De rechtbank Amsterdam oordeelde op 11 oktober 2017 bijvoorbeeld dat de erfpachter in kwestie geen daadwerkelijk opzeggingsrecht had omdat een dergelijke opzegging zou leiden tot een groot vermogensverlies voor de erfpachter.[46] Het beginsel van contractvrijheid vormt het uitgangspunt voor de bevoegdheid tot canonherziening. Dit beginsel en de in de rechtspraak ontwik-

42 De NVB meldt op haar website betrokken te zijn bij wijzigingen van gemeentelijke erfpachtstelsels: “In sommige gemeenten wordt de expertise van individuele banken ingezet om de voorgestelde wijzigingen te toetsen, zo ook bij de herziening van het erfpachtbeleid van de gemeente Amsterdam. De NVB is ook betrokken bij de herziening van het erfpachtbeleid van de gemeente Amsterdam.” Bron: <www.nvb.nl/thema-s/wonen/200/particuliere-erfpacht.html>, geraadpleegd op 8 juni 2018. Het college van de gemeente Amsterdam toetste in 2011 in hoeverre de gemeentelijke voorwaarden aan de vijf criteria voldeden en constateerde dat aan twee van de vijf voorwaarden niet was voldaan nu de hoogte van de canon na herziening niet voorspelbaar was en de raad eenzijdig nieuwe erfpachtvoorwaarden kon vaststellen, brief van 11 november 2011 van de wethouder grondzaken van de gemeente Amsterdam aan de raad, kenmerk 2011-19423. In antwoord op schriftelijke vragen van de raad wordt verslag gedaan van gesprekken met banken over de financierbaarheid van gemeentelijke erfpacht, *Gemeenteblad Amsterdam* 2012, afd. 1, nr. 721. Volgens het raadsvoorstel van 24 mei 2016 over de invoering van eeuwigdurende erfpacht voor nieuwe uitgiften voldoet het nieuwe erfpachtstelsel van de gemeente Amsterdam vrijwel geheel aan de bancaire richtlijn, een formulering die niet werd overgenomen in het besluit zelf, *Gemeenteblad Amsterdam* 2016, afd. 1, nr. 554.

43 Een beding waarbij een prijs wordt aangepast aan de inflatie is op grond van punt 2 sub d van de indicatieve bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG niet onredelijk, mits het een wettig prijsindexeringsbeding betreft en het in de overeenkomst duidelijk is aangegeven op welke prijs de indexering wordt toegepast.

44 HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:242, *NJ* 2012/404, m.nt. M.R. Mok (*Invitel*) en HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375 (*RWE*).

45 Jongeneel 2017b, p. 275-276. De NVB-criteria voor canonherzieningsbedingen komen op hetzelfde neer.

46 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*), r.o. 4.9.

kelde beperkingen daarop komen in de volgende paragrafen nog uitvoerig aan de orde.

5.3 Wetsgeschiedenis en achtergrond canonherziening

De contractuele bepalingen over canonherziening werden ingevoerd aan het begin van de twintigste eeuw bij stedelijke erfpacht, maar de effecten werden vooral merkbaar toen aan het einde van die eeuw de canons daadwerkelijk herzien werden. Andere grondeigenaren hebben dit model overgenomen. Hieronder wordt een korte historie geschetst van canonherziening bij stedelijke erfpacht. Erfpachtrechten kenden van oudsher een vaste canon, met alleen incidentele uitzonderingen. Reepmaker leidde uit art. 776 lid 2 OBW over vrijstelling van de canon[47] af dat de canon niet altijd een vast bedrag hoefde te zijn en onder het oudhollands recht kwam naast de vaste canon ook een canon voor die gerelateerd was aan de opbrengst van de onroerende zaak.[48] De opbrengst van de in erfpacht gegeven onroerende zaak werd oorspronkelijk gedacht in agrarische termen, maar kon ook de huuropbrengst van de op de grond gebouwde woningen of bedrijfspanden zijn. En die opbrengst was hoger naarmate de grond meer opleverde en de gebouwen meer in trek waren vanwege hun ligging en de aanwezige voorzieningen. Vanaf eind negentiende eeuw gingen gemeenten stelselmatig bouwgrond voor woningen en industrie in erfpacht uitgeven tegen daarop toegesneden voorwaarden en tegen een in beginsel vaste canon.

Art. 767 OBW formuleerde de functie van de jaarlijks te betalen pacht als ‘eene erkentenis van deszelfs eigendom’, dat wil zeggen als erkenning door de erfpachter van de eigendom van de erfverpachter. In de parlementaire geschiedenis is met name door Kamerlid Beelaerts van Blokland gepleit voor deze recognitiefunctie van de canon bij uitgifte ter ontginning van woeste gronden.[49] De negentiende-eeuwse handboeken legden de bepaling over de functie van de pacht meestal breder uit als een tegenprestatie voor het gebruik van de grond en hechtten vrijwel geen betekenis aan de recognitiefunctie. Opzoomer bestreed de recognitiefunctie zelfs in sterke bewoordingen:

> “Volgens art. 767 wordt de jaarlijksche pacht den eigenaar betaald, “als een erkenning van zijn eigendom”. Die aanwijzing van het karakter der betaling is doelloos, onjuist en gevaarlijk. Doelloos omdat zij onmogelijk eenig praktisch gevolg kan hebben. (…) Onjuist, omdat het met de

47 Art. 776 lid 2 OBW: “Zoo niettemin de erfpachter gedurende vijf achtereenvolgende jaren van het geheel genot is beroofd geweest, zal hem kwijtschelding verschuldigd zijn voor den tijd van zijn gemis.”

48 Reepmaker 1931, p. 33-34: ‘(…) aan den anderen kant toont art. 776 lid 2 B.W. ons, dat de wetgever toch daarnaast gedacht heeft aan een canon, zooals die in het Oud-Hollandsch recht ook bekend was, n.l. een canon, die verband houdt met de opbrengst.’ Zie ook Reepmaker 1931, p. 99 en De Meyere 1935, p. 458-460. In gepubliceerde rechtspraak zijn geen geschillen over een aan opbrengst gerelateerde canon aangetroffen.

49 *Handelingen II* 1823/24, p. 109, eerste kolom: “De eigenaar der woestenij levert den grond aan den nijveren arbeid over, staat aan werkzame handen een zakelijk regt op dien grond af, tegen eene matige jaarlijkscche pacht, of recognitie, niet berekend naar renten van koopschat, niet berekend aan betrekkelijke huurwaarde, maar alleen strekkende tot erkentenis van eigendom (…).” Voorduin 1838, III, p. 517-519. De Meyere 1935, p. 465 sloot hierbij aan en betoogde dat de canon een vast laag bedrag diende te zijn dat niet gerelateerd kon worden aan de opbrengst van de onroerende zaak. Deze opvatting werd geen gemeengoed, vgl. onder meer Asser/Beekhuis 1963, p. 264.

waarheid in hevigen strijd zou zijn, wilde men beweren, dat de erfpachter den grondeigenaar alleen daarom zijn pacht betaalt, om hem voortdurend, telkens op nieuw, als eigenaar van het goed te erkennen. (…) Zijn betaling is dan toch een tegenpraestatie, waaraan een praestatie van den anderen kant is voorafgegaan, die in niets anders te zoeken is dan in het afstaan van het "vol genot" van het onroerend goed. *De pacht wordt dus betaald enkel tot vergoeding van dat genot* (…). Gevaarlijk noemde ik, in de laatste plaats, de aanwijzing in ons artikel, omdat zij iemand, die meende dat ze toch iets moest beteekenen, licht in den valschen waan zou brengen, dat de pachtprijs, geen ander doel hebbende dan de erkenning van den eigendom, in geen verhouding mag zijn met het werkelijk verkregen genot, maar onder alle omstandigheden uiterst klein, nauwelijks noemenswaard behoort te zijn."[50]

Dezelfde opvatting over de functie van de canon en de vrijheid van partijen om de hoogte daarvan vast te stellen werd aan het eind van de negentiende eeuw gevonden bij Diephuis[51] en Asser.[52] In het Ontwerp 1898 werd de functie van de canon als achterhaald weggelaten.[53]

5.3.1 Wetsgeschiedenis canonherziening

Ook in het Ontwerp-Meijers voor het NBW was de recognitiefunctie als overbodig en verouderd geschrapt, mede gezien de instelling van het kadaster.[54] Voorafgaand aan het wetsontwerp werden vraagpunten aan de Tweede Kamer voorgelegd voor een politieke keuze over de vraag of er dwingende voorschriften ten gunste van de erfpachter in de wet moesten worden opgenomen, met als voorbeelden de opstalvergoeding bij einde recht en de wens van erfpachters om ca-

50 Opzoomer 1876, p. 514-515. Nadruk toegevoegd.

51 Diephuis 1886b, p. 32-33: "De erfpachter moet voor zijn genot aan den eigenaar van het grond, dat hij in erfpacht heeft, eene jaarlijksche pacht voldoen (…). De wet stelt voorts de voldoening van die pacht voor als eene erkentenis van den eigendom van hem, van wiens goed de erfpachter het genot heeft, maar die bijvoeging heeft zeker niet veel te betekenen. Het regt van den eigenaar behoeft, vooral in onzen tijd, zoodanige erkenning niet, (…). In allen gevalle zal men uit die woorden der wet niet mogen afleiden, dat de pacht, eenvoudig voor zoodanig doel opgelegd, noodwendig van gering bedrag moet zijn, en niet, zij het dan meer of minder, geëvenredigd aan de waarde van het genot, dat de erfpachter heeft. (…) het is geheel aan de partijen overgelaten te bepalen, zoowel hoe groot de pacht zal zijn, als waarin zij betaald moet worden."

52 Asser 1890, p. 177 en Asser 1896, p. 181: "De opvatting (ook in art. 767 B.W. gehuldigd) dat de betaling van den canon zou zijn eene erkenning van eigendom, heeft niet meer veel reden van bestaan. Het eigendomsrecht van onroerende zaken is volgens ons recht behoorlijk gewaarborgd en heeft die periodieke erkenning niet noodig, terwijl nog de art. 591 en 1996 verhinderen dat de erfpachter door verjaring den eigendom van den grond zal verkrijgen. Ook zou men door de leer dat de betaling van den canon bovenal strekt tot erkenning van eigendom, allicht in den waan komen dat de pacht altijd zeer gering en nimmer in verhouding tot het werkelijke genot zou behooren te zijn."

53 Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek 1899. Tweede Boek Toelichting, p. 431: '(…) evenmin heeft men hier gesproken van de voldoening der erfpacht als van eene erkentenis van den eigendom van hem, die het recht verleende. De pacht is in het algemeen beschouwd als eene contra-praestatie tegenover het verkregen recht en in dit opzicht met den gewonen pacht- of huurprijs gelijk gesteld.'

54 PG Boek 5 BW, p. 293 (TM): "In tegenstelling met de grondrente (…) mag de canon wel afhankelijk worden gesteld van wisselende factoren." NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 239. Notulen 39e vergadering driemanschap 31 januari 1955, p. 2: "Men besluit de canon als essentiale van het erfpachtsrecht te handhaven, hoewel i.v.m. het kadaster haar historische betekenis als erkenning van de eigendom haar waarde heeft verloren."

nonwijziging wettelijk te regelen.[55] De Staatscommissie was niet voor dwingend recht op dit punt.[56] Tijdens de voorbereiding van het wetsontwerp dat werd gepubliceerd in 1955 kwam de vraag naar een regeling voor canonwijziging aan de orde onder verwijzing naar de ook door de erfpachters aangedragen voorbeelden van de problemen die waren ontstaan door vaste canons tijdens de crisisjaren.[57] Het driemanschap achtte de canon een essentiale van het erfpachtrecht en wijziging van de canon in strijd met het karakter van dat recht.[58] Het lijkt erop dat de rechtszekerheid in het geding was want de canon mocht wel 'wisselend' gemaakt worden, in de zin dat de hoogte van het bedrag periodiek kon worden aangepast aan een bepaalde in de tijd veranderende waarde zoals de opbrengst van de onroerende zaak. De toelichting op het ontwerp vermeldde dat de canon variabel kon zijn omdat daar discussie over bestond, maar een regeling van canonwijziging haalde het ontwerp niet en werd ook niet vermeld in de conclusie op vraagpunt 7.[59] Het driemanschap achtte het niet nodig iets over canonwijziging op te merken.[60] Waarom het beter was om deze kwestie in het geheel niet aan te roeren is onbekend, maar ik vermoed een belangentegenstelling. Het vaststellen dat de canon periodiek kon worden gewijzigd kwam tegemoet aan wensen van met name de gemeentelijke erfverpachters. Het OBW schreef geen vaste canon voor omdat de canon in die tijd vrijwel altijd een vast bedrag was. In de loop van de tijd was de variabele canon binnen de stedelijke erfpacht tot ontwikkeling gekomen en nu moest vastgesteld worden dat de wet daaraan niet in de weg stond. Ook het driemanschap liet het verzoek van de erfpachters om canonwijziging door de rechter mogelijk te maken links liggen. De toelichting vermeldde het onderwerp canonwijziging dan ook niet en stelde slechts dat de canon afhanke-

55 PG Boek 5 BW, p. 335, vraagpunt 7 van de eerste reeks luidde: "Moeten de beschermende voorschriften in het belang van de erfpachter worden uitgebreid of dient de nadere regeling van de verhouding tussen erfpachter en eigenaar geheel aan partijen te worden overgelaten?" De daarbij gegeven toelichting vermeldde de uiteenlopende standpunten van erfverpachters en erfpachters: "Bij de stedelijke erfpacht worden in de praktijk alle artikelen uit het Burgerlijk Wetboek over de erfpacht door de door de gemeenten opgestelde algemene voorwaarden opzij gezet. Bij onderzoek bleek, dat de gemeenten tegen het opnemen van bepalingen van dwingend karakter met betrekking tot de erfpacht bezwaren koesterden, omdat zij naar hun mening, het beste door het opstellen van algemene voorwaarden de regeling van de erfpacht aan de plaatselijke toestanden kunnen aanpassen. Anderzijds werd van de zijde van de erfpachters ten sterkste aangedrongen op de opneming van bepalingen van dwingend recht, met name betreffende *de mogelijkheid van wijziging van de canon* en betreffende de vergoeding aan het einde van de erfpacht voor door de erfpachter geplaatste opstallen." Nadruk toegevoegd.

56 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 183, Notulen 137e vergadering subcommissie Burgerlijk Recht op 9 mei 1953, p. 727. Het ontwerp dat aan de staatscommissie werd voorgelegd bevatte geen bepaling over canonwijziging.

57 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1086, Ministerie van Justitie, Opmerkingen Erfpacht titel 5.7 (eerste drukproef), 9 december 1954, p. 1: "De Commissie vroeg zich af, zonder bij voorbaat een standpunt in te nemen, of niet onder ogen moest worden gezien de mogelijkheid van wijziging van de canon en de verdere voorwaarden. Het verschil met erfdienstbaarheden is opvallend." Zie ook PG Boek 5 BW, p. 274-288.

58 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 239, Notulen 26e vergadering driemanschap, 10 december 1954, p. 2-3: "Deze kwestie is in de 2e Kamer ter sprake gekomen. Wijziging van de canon is in strijd met het karakter van de erfpacht. Bovendien kan de erfpachter eenzijdig afstand doen uit hoofde van de zware lasten. Dit is weliswaar niet bevredigend, maar het staat nu eenmaal in het ontwerp en in de Toel. kan hierop gewezen worden. Men dient wel in het oog te houden, dat als de mogelijkheid van eenzijdige afstand voor de erfpachter geschrapt zou worden, de argumentatie voor het niet toegelaten zijn van wijziging van de canon zou wegvallen. In de Toel. dient vermeld te worden, dat de canon wèl wisselend gemaakt mag worden."

59 PG Algemeen deel BW, p. 109 en PG Boek 5 BW, p. 335: "Het stellen van dwingende voorschriften ten gunste van de erfpachter, bijv. ten aanzien van vergoeding voor aan eigenaar van de grond verblijvende opstallen bij het einde van de erfpacht, verdient aanbeveling voor de gevallen van verplichte bebouwing."

60 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 240. Notulen 52e vergadering driemanschap, 17 maart 1955, p. 1: "Niet behoeft te worden toegelicht, waarom de eigenaar geen wijziging van de canon kan vragen. Ook is het beter er niet van te spreken, waarom de erfpachter geen wijziging kan vragen."

lijk mocht worden gesteld van wisselende factoren.[61] Bij de voorbereiding van het regeringsontwerp uit 1957 werd de vraag of de canon als essentiale gehandhaafd moest worden bevestigend beantwoord. In het voorlopig verslag van de Tweede Kamercommissie uit 1961 werd de vraag of de canon als essentiale van het erfpachtrecht gehandhaafd moest blijven opnieuw opgeworpen.[62]

In het gewijzigde ontwerp dat werd geschreven in reactie op het verslag van de Kamercommissie was de canon facultatief gemaakt. Uit de ambtelijke voorbereiding van de gewijzigde bepaling over de canonverplichting bleek dat consensus was ontstaan over het laten vervallen van de verplichte periodieke canonbetaling als relict uit het verleden.[63] Het gewijzigd ontwerp bevatte de tekst die in 1992 als art. 5:85 lid 2 BW werd ingevoerd. Die regeling maakte afkoop van de canon mogelijk, wat net als canonwijziging een onderwerp was dat de wetgever aan de partijautonomie overliet.[64] De wetgever had geen taak in de bescherming van de erfpachter tegen canonherziening en het verzoek om canonherziening in de wet te regelen, compleet met tekstvoorstel, ingediend door de belangenorganisatie van hypothecaire financiers, werd dan ook afgewezen:

> "Vervolgens komt een bij brief van 14 mei 1974 tot de commissie gericht adres van de Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken ter sprake. In verband met het feit dat de erfpachter "de op erfpachtsgrond gestichte opstallen blijvend met van derden aangetrokken hypothecaire leningen pleegt te financieren" en dat het daarom van belang is "dat de erfpachter en zijn financier ook op langere termijn weten waaraan zij toe zijn" en *in verband met de wenselijkheid van aanpassing van de in artikel 5.7.1.1 lid 2 bedoelde canon*, stelt het bestuur van genoemde vereniging voor, het onderhavige artikel als volgt de wijzigen: "1. Indien 25 jaar na de vestiging van de erfpacht zijn verlopen en vervolgens om de 10 jaren kan de rechter, op vordering van de eigenaar of van de erfpachter, een bedongen canon wijzigen, indien *de canon niet meer overeenstemt met die van vergelijkbare erfpachten* (…)". Vanuit de [Tweede Kamer-]commissie wordt, naar aanleiding van dit voorstel, het volgende opgemerkt. Aan de wenselijkheid van aanpassing van de in artikel 5.7.1.1 lid 2 bedoelde canon wordt ogenschijnlijk ook tegemoet gekomen wanneer partijen *in de akte van vestiging* een indexeringsclausule zouden opnemen. (…) De regeringscommissaris wijst erop dat aan het eerste lid van het geciteerde voorstel weinig behoefte bestaat. Men kan deze kwestie beter aan de erfpachtsvoorwaarden overlaten. Te bedenken valt daarbij dat ar-

61 PG Boek 5 BW, p. 293 (TM): "In tegenstelling met de grondrente (art. 5.9.1) mag de canon wel afhankelijk worden gesteld van wisselende factoren."

62 PG Boek 5 BW, p. 301 (VV II): "Men kan trouwens de vraag opwerpen, waarom het niet mogelijk zou zijn, een recht van erfpacht te schenken of te vestigen tegen betaling van een bedrag ineens. In dit verband rijst de vraag, of de canon een essentiële voorwaarde moet blijven voor het erfpachtsrecht. Wel reëel nut is daaraan verbonden?"

63 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1001, Nota van Prof. J.H. Beekhuis naar aanleiding van het Voorlopig Verslag en eigen opmerkingen, 12 juli 1967, p. 4: "In het huidige recht is de eis van een canon een historisch overblijfsel, maar er wordt geen enkel belang geschaad wanneer er geen canon is of de canon in zijn geheel betaald is door de eerste erfpachter (zie Treurniet p. 98)."

64 Illustratief is een aantekening van regeringscommissaris Beekhuis bij een tekstvoorstel over de opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter bij canonverhoging, NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Voorstel van Prof.mr. J.H. Beekhuis voor de tekst van artikel 2 lid 4, 3 oktober 1968, p. 2: "Hoewel ik overtuigd ben dat bevoegdheid tot eenzijdig wijziging van de canon grote bezwaren meebrengt, vraag ik mij toch af of wij hierin de gemeenten niet vrij moeten laten. De bezwaren zijn meer van economische dan van juridische aard en de gemeenten moeten zelf beoordelen in hoever zij door met [=het] al dan niet opnemen van een wijzigingsbevoegdheid de erfpacht in haar gebied meer of minder aantrekkelijk willen maken (…)." Het tekstvoorstel haalde het niet omdat niet gewaarborgd kon worden dat de erfpachter zijn recht alleen zou opzeggen bij onredelijke canonverhogingen.

tikel 5.7.1.8a [5:97 BW] van het gewijzigd ontwerp niet kan worden gehanteerd om aanpassing van de canon aan een normale inflatie te verkrijgen. Een zodanige inflatie is immers geen "onvoorziene omstandigheid"."[65]

Het voorstel van de banken werd niet naar de bedoeling ervan behandeld. Gelet op de bewoordingen van het tekstvoorstel ben ik van mening dat de financiers niet alleen canonindexering bedoelden, maar in ieder geval mede doelden op canonherziening in de zin van aanpassing van de hoogte van de canon aan de veranderde grondprijzen. De Kamercommissie als medewetgever vatte het verzoek echter uitsluitend op als een aanpassing van de canon aan de inflatie en was van oordeel dat partijen daarover zelf een regeling konden afspreken, in de vorm van een 'indexeringsclausule' in de akte van vestiging. De regeringscommissaris voegde daaraan toe dat art. 5:97 BW niet bedoeld was voor een dergelijke voorzienbare wijziging. De financiers wilden een aanpassing van art. 5:85 BW, maar kozen daarvoor een vorm die aan art. 5:97 BW deed denken, wijziging door de rechter nadat minimaal 25 jaar na vestiging waren verstreken, en bereikten zo hun doel niet. In de ambtelijke voorbereiding van het mondeling overleg was al herhaald dat canonherziening een kwestie was die beter aan de partijvrijheid kon worden overgelaten in plaats van wettelijk periodiek een herziening voor te schrijven.[66] Het voorstel van de banken werd zonder discussie terzijde geschoven en het is teleurstellend dat geen enkele beschouwing werd gewijd aan het idee om de rechter te betrekken bij geschillen over canonherziening, temeer daar de erfpachters en de hypotheekbanken om een regeling hadden gevraagd en Beekhuis aanvankelijk wel had gesignaleerd dat canonherziening in de praktijk tot moeilijkheden kon leiden. Het onderwerp canonherziening wordt daarom volledig beheerst door de contractvrijheid, dat het niet meer verplicht was een canon te bedingen completeerde de vrijheid van de erfverpachter. Die contractvrijheid bood in de praktijk ruimte voor een groot aantal constructies voor al dan niet tussentijdse canonherziening.

5.3.2 Opkomst stedelijke erfpacht 1896-1909

De 'Voorwaarden waarop gronden in erfpacht kunnen worden uitgegeven' van de gemeente Amsterdam uit 1896 bevatten geen bepaling over canonherziening. Bij de invoering van deze voorwaarden maakte de gemeente de principiële keuze om gemeentegrond in beginsel in erfpacht uit te geven en niet meer te verkopen. De uitgifte was voor bepaalde duur en de canon bleef gedurende de looptijd van het recht steeds hetzelfde bedrag.[67] Uit een advies van het Centraal Bureau voor So-

65 PG Boek 5 BW, p. 323 (M.O., verslag vastgesteld 28 december 1976). Nadruk toegevoegd.

66 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv. nr. 1041, Voorbereiding mondeling overleg betreffende Boek 5 BW, Mr. W. Snijders, 30 augustus 1976, p. 10-11: "Wat het in het adres voorgestelde artikel 5.7.1.8a lid 1 betreft, dit punt kan beter aan partijen ter regeling worden overgelaten, zeker nu de voorgestelde redactie neerkomt op een dwingend voorschrijven van wijziging, ook in de gevallen dat er geen sprake van is dat partijen niet in de betreffende omstandigheden hebben voorzien." Het laatste punt was naar mijn mening eenvoudig aan te passen geweest naar de situatie dat partijen geen canonherziening hadden geregeld, dan wel in conflict waren geraakt over de toepassing van de afgesproken regeling.

67 'Voorwaarden waarop gronden in erfpacht kunnen worden uitgegeven' (vastgesteld bij raadsbesluit van 23 september 1896, nummer 525, voor zoveel nodig goedgekeurd door Gedeputeerde Staten van Noord-Holland bij hun besluit van 28 oktober 1896, nummer 29), *Gemeenteblad Amsterdam* 1896, I 453: "Art. 1 Het onroerend goed wordt tegen eene bij de akte van uitgifte te bepalen jaarlijksche pachtsom, in den regel voor een tijdvak van ten hoogste vijf en zeventig jaren, in erfpacht uitgegeven."

ciale Adviezen over de voor- en nadelen van uitgifte van gemeentegronden in erfpacht bleek dat uitgifte van grond in erfpacht niet nieuw was, maar ook nog niet systematisch werd toegepast.[68] Naast Amsterdam werden ook in Schiedam al vroeg algemene erfpachtvoorwaarden gehanteerd en ook de periodieke canonherziening was al bekend:

> "Er is in den laatsten tijd in ons land meerdere belangstelling in het vraagstuk der uitgifte van gemeentegronden in erfpacht. Schiedam heeft in 1906 nieuwe voorwaarden vastgesteld, te Vlaardingen werd in 1906 besloten *den periodiek te verhogen canon bij de aldaar gebruikelijke eeuwigdurende erfpacht* in te voeren, op welk besluit echter begin 1907 weder is teruggekomen, (…)."[69]

De tussentijdse periodieke canonherziening was een instrument om de waardevermeerdering van de grond als financieel voordeel aan de uitgevende gemeente te doen toevallen en daarmee een van de doelstellingen van stedelijke erfpacht te realiseren.[70] De periodieke canonherziening bij eeuwigdurende erfpachtrechten in Vlaardingen was echter geen succes bij gebrek aan belangstelling voor deze rechten.[71] In Schiedam en Zaandam werd begin twintigste eeuw canonherziening in de vorm van een 'wisselende canon' toegepast bij tijdelijke rechten van respectievelijk 75 en 100 jaar waarbij de canon periodiek zou worden herzien aan de hand van de actuele grondwaarde. De canon kon hierbij stijgen maar ook dalen, al naar gelang de waarde van de grond, wat tot verliezen voor de gemeente kon leiden en de populariteit van erfpacht bij gemeenten niet bevorderde.[72] Erfpachters en financiers hadden eveneens bezwaren tegen periodieke canonherziening wat leidde tot het advies aan gemeenten om rekening te houden met de belangen van erfpachters omdat anders de belangstelling van (bouw)ondernemers voor erfpacht zou verminderen:

> "Reeds het feit alleen dat de erfpacht een beperkten duur heeft moet bovendien neerdrukkend op den ondernemingsgeest werken. De erfpachter zal alleen dan genegen zijn nieuw kapitaal op den erfpachtsgrond vast te leggen, wanneer hij weet dat hij nog genoeg zal kunnen verdienen om dit geheel af te schrijven. Naarmate de erfpacht zijn einde nadert zal de gelegenheid daartoe vermin-

68 Hudig 1908, p. 6.

69 Hudig 1908, p. 6. Nadruk toegevoegd.

70 Hudig 1908, p. 10: "Finantiëel heeft de gemeente er om twee redenen belang bij haar gronden niet te verkoopen. In de eerste plaats laat zich de gemeente bij verkoop een finantiëel voordeel ontglippen, dat het gevolg zal zijn van de te verwachten waardevermeerdering van den grond. Behoudt zij dezen in eigendom, dan kan zij na afloop van den tijd, waarvoor zij hem in erfpacht heeft uitgegeven of *tusschentijds bij periodieke herziening*, den canon verhoogen. Verkoopt zij hem, dan gaat de waardevermeerdering buiten haar om." Nadruk toegevoegd.

71 Hudig 1908, p. 37, 43 en 45: "Vlaardingen beperkte in 1905 toen zij den wisselenden canon invoerde, de periodieke verhooging tot 10% van den oorspronkelijken erfpachtsprijs, maar heeft begin 1907 (…) de mogelijkheid van verhooging uit de voorwaarden doen vervallen, omdat zich, naar men meende, door het vooruitzicht op mogelijke verhooging afgeschrikt, geen gegadigden voordeden." De Jong 1984a, p. 89 vermeldt in figuur 6 dat Vlaardingen sinds ongeveer 1810 grond (altijd) in erfpacht had uitgegeven. Treurniet 1970, p. 53 ging nog verder terug: "Vlaardingen gaf reeds in het begin van de zeventiende eeuw grond in erfpacht uit!" De gemeente Vlaardingen kende in 2013 nog ruim 2000 eeuwigdurende erfpachtrechten met een vaste canon, zie 'Nota erfpacht gemeente Vlaardingen', *Gemeenteblad Vlaardingen* 2013, 2013-37, hoofdstuk 4. Zie ook Nelisse 2008, p. 26-27.

72 Hudig 1908, p. 14, 37-38, 45 en bijlage 1 Algemene erfpachtvoorwaarden Schiedam 1906. Art. 3 lid 3 bepaalde dat de erfpachtssom 'iedere 25 jaar na den ingang en elke vernieuwing van het recht wordt (…) herzien. Alsdan wordt de waarde van den grond op dat tijdstip telkens opnieuw vastgesteld. (…) In geval van verschil wordt de waarde bepaald door deskundigen' (p. 82). Art. 2 bepaalde dat bij verlenging na 75 jaar nieuwe voorwaarden van toepassing werden.

deren. De erfpachter zal de kans loopen niet alleen zijn goodwill, maar ook zijn kapitaal kwijt te zijn. Nu is het waar dat er allicht gelegenheid zal bestaan om tusschentijds een nieuw contract met de gemeente aan te gaan, waardoor de duur der erfpacht wordt verlengd. Maar dit heeft toch ook zijn bedenkelijke zijden. Heeft men met een gemeente te doen, waar een eenigszins bureaukratische geest heerscht, dan kan aan dat verlengd krijgen van de erfpacht allerhande last vastzitten; de verlenging zou alleen zonder bedenking zijn wanneer zij op de meest coulante wijze werd toegestaan. Zij zal bovendien *uit den aard der zaak samengaan met een herziening van den canon*. De gemeente kan hierbij redelijk te werk gaan, men vergete echter niet dat alle verhooging van den canon, vroeger dan op het tijdstip, op hetwelk was gerekend, een streep door de rekening van den erfpachter haalt. Bovendien bestaat de mogelijkheid dat de gemeente van haar sterke positie gebruik maakt om *een zeer onredelijke verhooging van den canon* door te zetten, wat in dit geval nog erger is dan bij afloop van het recht. Men vergete niet dat juist uit het feit, dat de erfpachter nieuw kapitaal wil vastleggen, blijkt dat hij aan verlenging van den termijn veel waarde hecht. – Wanneer de gemeente in zulke omstandigheden een paar maal ontaktisch is opgetreden, zal dit op den ondernemingsgeest zeer nadeelig werken."[73]

Al in 1908 ging de verlenging van een erfpachtrecht 'uit de aard der zaak' gepaard met canonherziening. Over het algemeen was er nog weinig ervaring met erfpacht opgedaan, stonden zowel erfpachters als hun financiers nog huiverig tegenover dit instituut, en was er nog geen *best practice* gevonden al vond de uitgifte voor 75 jaar veel navolging.[74]

In tijden van urbanisatie en zich snel uitbreidende steden nam de waarde van bouwgrond toe. Een cruciaal punt bij stelselmatige uitgifte in erfpacht was aan wie de waardestijging van de grond tijdens de looptijd van het recht toekwam. Vanuit de uitgevende gemeente bezien was dat de gemeente die haar doelstelling wilde realiseren.[75] Vanuit de erfpachter en de hypotheekhouder bezien kwam de waarde van de grond gedurende het erfpachtrecht toe aan de erfpachter en was het uitgangspunt van stedelijke erfpacht onredelijk:

"Immers *zoolang het erfpachtscontract loopende is, komt die vermeerderde waarde aan den erfpachter ten goede* en verhoogt daardoor de zekerheid van den hypothecairen crediteur, eensdeels door zij zich uit in verhoogde inkomsten uit de huur, andersdeels doordat zij bij verkoop invloed heeft op den verkoopprijs. Trekt de gemeente ook tijdens den loop van het erfpachtscon-

73 Hudig 1908, p. 22-23. Nadruk toegevoegd. De afnemers van gemeentelijke erfpachtgrond waren in het begin, toen de steden als gevolg van de urbanisatie een grote behoefte aan nieuwe woningen hadden, vooral bouwondernemers die op de percelen een door de gemeente verplicht aantal woningen moesten bouwen.

74 Hudig 1908, p. 37-38 en p. 43, waaruit blijkt dat de wisselende canon een onzeker element vormde voor hypotheekbanken.

75 Hudig 1908, p. 36: "Was het eenige motief van de gemeente dat zij zich de waardevermeerdering van den grond wilde verzekeren dan zou tegen een langen termijn, zelfs tegen eeuwigdurende erfpacht geen bezwaar bestaan, *mits slechts op geregelde tijden de canon werd herzien en op de volle hoogte gebracht. Men is blijkens de ervaring echter huiverig tijdens den loop van het contract den canon aanmerkelijk te verhoogen*. Reeds om deze reden is het dus gewenscht den duur van het contract niet al te lang te maken. Maar bovendien is het van belang dat de voorwaarden, waaronder de grond in erfpacht is uitgegeven, op gezette tijden ook op andere punten kunnen worden herzien, (…)." Onderstreping toegevoegd.

tract de waardevermeerdering aan zich, dan vermindert zij daarmede de zekerheid voor de hypothecairen crediteur."[76]

Wolterbeek Muller stelde in zijn preadvies uit 1909 dat verschil moest worden gemaakt tussen een waardevermeerdering bij agrarische en stedelijke erfpacht. In het eerste geval was de waardevermeerdering het resultaat van de inspanningen van de erfpachter en was het de vooropgezette bedoeling van de uitgifte dat die waarde aan hem toekwam. Bij stedelijke erfpacht was de waardevermeerdering van de grond het gevolg van externe factoren zoals de stadsuitbreiding en het aanleggen van voorzieningen door de gemeente. De gebruiker van de grond had in dit geval die waardevermeerdering niet zelf in de hand en dus was het gerechtvaardigd dat die waardestijging aan de gemeenschap toekwam:

'(…) bij de steden is het voornamelijk de toeneming der bevolking, die de waardevermeerdering doet aanwaaien. De eigenaar ziet zich hier een vermogensvermeerdering toekomen, waarvoor hij niets anders heeft te doen dan den bevolkingsgroei af te wachten. Daar vermogenstoeneming in laatste instantie voor particulieren alleen gerechtvaardigd is door arbeid van hen zelven of van hunne voorouders, ligt het in de lijn deze vermogensvermeerdering aan de gemeente ten goede te doen komen.'[77]

Preadviseur Van Hamel was van mening dat erfpacht als instrument met een publiekrechtelijke strekking moest worden toegepast en niet uitsluitend om de gemeente winst op te leveren, gemeenten die een dergelijke grondpolitiek voerden schoten naar zijn mening te ver door.[78] Een periodieke canonherziening was op zich juist, maar ondervond in 1909 nog teveel praktische bezwaren:

"Omgekeerd kan het dan m.i. echter ook niet op den weg eener gemeente liggen, zich door het erfpachtstelsel toch weer van de deelneming in de kansen der toekomst geheel te willen ontslaan. Het streven hiernaar is o.a. merkbaar in den schroom voor periodieke herzieningen van den canon, 'omdat dan wel eens tegenvallers zouden kunnen te wachten zijn'. Ik meen, dat ook dit bezwaar tegen *het overigens juiste denkbeeld van periodieke wisseling in den canon*, allerminst strookt met de denkbeelden, die toch aan 't gansche erfpachtstelsel ten grondslag liggen. En zijn er vooralsnog aan die veranderlijkheid van den canon praktische bezwaren verbonden, doordat men vreest dat het publiek er voor zal terugdeinzen, of op dusdanige erfpachtsrechten geen hypotheek zal worden gegeven, en dat de taxatie's onoverkomelijke moeilijkheden zullen bie-

76 Hudig 1908, p. 44. Nadruk toegevoegd. Hudig verwachtte dat nadat erfpacht als instituut was ingeburgerd de wisselende canon geen belemmering meer zou vormen voor de kredietwaardigheid van het erfpachtrecht. In 1908 gaven de meeste banken nog geen hypotheek op erfpachtrechten en 'staat te verwachten dat de wisselende canon een volstrekt beletsel zou zijn voor het welslagen van de geheele erfpacht' (p. 44). Hudig adviseerde dus met de wisselende canon te wachten tot het instituut erfpacht was ingeburgerd. Noot 1: "Het mislukken te Vlaardingen bewijst niet al te veel. De proef heeft kort geduurd en de geldmarkt was in het algemeen in dien tijd voor het verkrijgen van bouwcrediet niet gunstig."

77 Wolterbeek Muller 1909, p. 34. Zo zwart-wit was het natuurlijk niet. Een erfpachter in een stad had vaak de verplichting op het perceel een gebouw op te richten dat bestemd was voor woningbouw of industrie en moest voldoen aan bepaalde eisen, zoals in 1941 opgemerkt door de Vereniging van Huiseigenaren in hun rapport over gemeentelijke grondpolitiek, p. 9. Ook Wolterbeek Muller was van mening dat de gemeente bij het vaststellen van haar erfpachtbeleid meer rekening diende te houden met de belangen van de bevolking, p. 39.

78 Van Hamel 1909, p. 49-54.

den, – dan zijn deze bezwaren in elk geval van voorloopigen aard te achten, zoodat zij na eene ruimere populariseering van het erfpachtsrecht in beteekenis zullen afnemen."[79]

Vanaf het begin van stedelijke erfpacht was er dus discussie over de periodieke canonherziening die zich toespitste op herzieningen tijdens de looptijd van het recht en de vraag aan wiens inspanning de grondwaardestijging te danken was. Vanwege de bezwaren aarzelden gemeenten om canonherziening toe te passen en er waren begin twintigste eeuw slechts een paar gemeentelijke grondeigenaren die een 'wisselende canon' hanteerden, ook wel een variabele of glijdende canon genoemd. Het onderzoek uit 1908 noemde de gemeenten Vlaardingen, Schiedam en Zaandam.[80] De ervaringen waren niet onverdeeld positief omdat een canon die meebewoog met de grondwaarde ook tussentijds kon dalen en de gemeenten dan nadeel opleverde.[81] Behalve het risico op inkomstendaling maakte een wisselende canon dat er minder belangstelling voor erfpacht was, mede omdat banken als gevolg van dit onzekere element erfpachtrechten niet wilden financieren, ook niet als de taxatie werd uitgevoerd door onafhankelijke deskundigen.[82] Treurniet memoreert de ervaringen uit Leeuwarden waar op grond van de algemene erfpachtvoorwaarden uit 1917 de canon om de 25 jaar werd herzien aan de hand van de actuele grondwaarde.[83] In 1965 leidde deze praktijk tot een canonexplosie wegens de sterk gestegen grondwaarden. De gemeente reageerde op de vele protesten van erfpachters door hen de bloot eigendom van de grond te koop aan te bieden waarmee een einde kwam aan de stelselmatige uitgifte in erfpacht en de daarmee gepaard gaande problemen.

Samengevat hebben vanaf het begin van de stedelijke erfpacht enkele gemeenten zonder veel succes een wisselende, dat wil zeggen een tijdens de looptijd van het recht periodiek aan de grondwaarde aangepaste, canon gehanteerd. Het instrument stuitte op bezwaren bij erfpachters, financiers en gemeenten. Het was een element dat onzekerheden meebracht en daarom nog niet geschikt was om in te voeren zolang stedelijke erfpacht niet geheel was ingeburgerd. De wisselende canon houdt verband met de waardevermeerdering van de grond gedurende de looptijd van het erfpachtrecht en de doelstelling van stedelijke erfpacht om die waarde ten goede te laten komen aan de gemeente. Die doelstelling doorbreekt het beginsel dat de waarde van de onroerende zaak gedurende de looptijd van het recht aan de erfpachter toekomt omdat de waardevermeerdering door diens inspanningen tot stand komt. Hypotheekbanken waren nog maar nauwelijks bereid erfpachtrechten te financieren. Omdat het stelsel nog in de kinderschoenen stond werd geadviseerd de herziening uit te laten voeren door onafhankelijke deskun-

79 Van Hamel 1909, p. 76-77. Nadruk toegevoegd. Op p. 78 noemt Van Hamel als twee hoofdvoordelen van het erfpachtstelsel de periodiek veranderlijke canon en de onbepaalde duur van het recht, naast de beëindiging in het algemeen belang en het recht de algemene erfpachtvoorwaarden periodiek te herzien.

80 Hudig 1908, p. 6, 9, 14, 38, 43-46. Zie art. 3 lid 3 van de Algemene erfpachtvoorwaarden Schiedam 1906, geciteerd in noot 72 hierboven. Zie ook art. 2 Algemeene voorwaarden waarop aan de gemeente Zaandam behoorende gronden in erfpacht of opstal kunnen worden uitgegeven: "Het onroerend goed wordt tegen een bij de akte van uitgifte te bepalen jaarlijksche pachtsom in erfpacht (opstal) uitgegeven voor den tijd van een honderd jaar. Uiterlijk zes maanden vóór het einde van het vierentwintigste, negenenveertigste en vierenzeventigste erfpachtsjaar, zal de jaarlijksche pachtsom worden herzien, en door den gemeenteraad van Zaandam op het door hem dan nader te bepalen bedrag worden gebracht."

81 Hudig 1908, p. 45-46. Hudig achtte het stellen van een maximum aan de verhoging overbodig.

82 Hudig 1908, p. 44.

83 Treurniet 1970, p. 54.

digen en niet door het gemeentebestuur.[84] Canonherziening aan het einde van het recht, bij heruitgifte, kon op meer steun rekenen, maar daarmee was door de lange duur van de uitgiftes, 75 jaar leek de norm te worden, in 1908 nog geen ervaring opgedaan. De knelpunten die zich 75 jaar later voordeden ten aanzien van canonherziening waren dus reeds voorzien en gewogen bij aanvang van de stedelijke erfpacht.

5.3.3 Uitbreiding stedelijke erfpacht 1909-1941

In 1915 stelde de gemeenteraad van Amsterdam nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden vast waarbij erfpachtrechten met de bestemming woningbouw voortdurend, dat wil zeggen voor onbepaalde tijd, werden gevestigd. Na een vaste periode van eerst 75 jaar en daarna 50 jaar konden de canon en de algemene erfpachtvoorwaarden worden herzien.[85] De belangrijkste aanleiding voor de wijziging van het Amsterdamse erfpachtstelsel vormden de bezwaren van erfpachters en financiers tegen het op grond van art. 773 OBW ontbreken van een opstalvergoeding bij het einde van het recht. Dit leidde tot (vrees voor) gebrekkig onderhoud van de opstallen tegen het einde van het recht en werd in de AB 1915 ondervangen door een voortdurend recht en een hogere aanvangscanon die periodiek herzien kon worden. De letterlijke tekst van deze canonherzieningsbepalingen uit de AB 1915:

> "Art. 5. Wijziging der algemeene bepalingen en haar inwerkingtreding. 1. De algemeene bepalingen, waaronder is uitgegeven, kunnen ten allen tijde door den Gemeenteraad worden herzien. 2. Wijzigingen, overeenkomstig het bepaalde in het voorgaande lid tot stand gekomen, treden bouwbloksgewijze in werking en wel voor de eerste maal op het tijdstip, waarop een termijn van 75 jaar is verloopen, sinds het eerste terrein in dat bouwblok in voortdurende erfpacht werd uitgegeven en vervolgens telkenmale na een termijn van 50 jaar. (…)
> Art. 6. Wijziging der pachtsommen en haar inwerkingtreding. 1. De jaarlijksche pachtsommen, waarvoor de terreinen in één bouwblok gelegen zijn uitgegeven, worden herzien telkenmale in het jaar, voorafgaand aan het laatste jaar van de termijnen in het 2de lid van art. 5 bedoeld. 2. De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen (…). 3. De nieuwe pachtsommen worden vastgesteld op het cijfer, door de deskundigen als resultaat der herziening te bepalen. (…) 5. De nieuwe pachtsommen treden in werking telkenmale bij den aanvang van de termijnen, bedoeld in het 2de lid van art. 5."[86]

De gemeente Amsterdam introduceerde hiermee het erfpachtstelsel voor grond met bestemming woningbouw waarbij voortdurende erfpachtrechten werden uitgegeven met een vaste canon voor een eerste tijdvak van 75 jaar en volgende tijdvakken van 50 jaar. De canonherziening aan het einde van zo'n lang tijdvak

---

84 Hudig 1908, p. 45. Gemeenten waren echter huiverig om de bepaling van de canon aan deskundigen over te laten.

85 'Rapport erfpachtcommissie', *Gemeenteblad Amsterdam* 1911, I 2410, uitvoerig besproken door Delfgaauw 1934, p. 38-44. De totstandkoming van de AB1915 kenden een lange geschiedenis, reeds in 1909 was een eerder voorstel van de gemeente gepubliceerd, waarover door belanghebbenden uit onder meer het notariaat druk werd gediscussieerd, zoals onder meer blijkt uit Van Stockum 1909.

86 Gemeente Amsterdam, 'Algemeene bepalingen voor voortdurende erfpacht 1915'. Deze twee artikelen, en dezelfde bepalingen uit de AB 1934 en AB 1937, stonden centraal in de rechtszaak over Amsterdamse erfpacht, waarover door de Hoge Raad op 29 april 2016 werd geoordeeld, ECLI:NL:HR:2016:769. Deze zaak wordt behandeld in par. 5.6.6.

zou geschieden door deskundigen en kon beschouwd worden als een wisselende of variabele canon. Na de invoering van de AB 1915 steeg het aantal uitgiftes in Amsterdam.[87] De lange duur van de tijdvakken gecombineerd met meer dan voorziene wisselingen in de waarde van de grond tussen 1915 en 1990 (75 jaar) moest wel tot problemen leiden.

Naast Amsterdam gingen steeds meer gemeenten aan het begin van de twintigste eeuw stelselmatig grond in erfpacht uitgeven. In 1926 stelde de Vereniging van Nederlandse Gemeenten modelbepalingen op voor uitgifte in erfpacht van gemeentegrond naar aanleiding van problemen met de hypothecaire financiering van erfpachtrechten en/of opstallen op erfpachtgrond. De banken achtten het risico van financiering te groot omdat de gemeentelijke algemene erfpachtvoorwaarden te zeer van elkaar verschilden en te weinig rekening hielden met hun belangen. De VNG-model-bepalingen waren getoetst aan de praktijk van gemeenten die veel grond in erfpacht uitgaven en hadden de instemming van de Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken.[88] Het model wees het systeem met voortdurende erfpacht af en ging uit van een stelsel met tijdelijke erfpachtrechten voor de duur van 75 jaar met een vaste canon en een opstalvergoeding bij het einde van het recht ingeval geen verlenging plaatsvond.[89] De wijze waarop de canon en de opstalvergoeding door deskundigen moesten worden berekend stond niet in de modelbepalingen. De vaste canon werd niet gemotiveerd, wat doet vermoeden dat de wisselende canon op dat moment in ieder geval geen doorsnee praktijk was.

Een jaar later besteedde de VNG haar jaarvergadering aan een rapport over de vraag 'Verkoop of erfpacht?'[90] Tijdens deze discussie in de kring van gemeentelijke grondeigenaren over het ruim een kwart eeuw bestaande erfpachtstelsel werd geconstateerd dat erfpacht en eigendom naar elkaar toegroeiden en dat de bezwaren tegen erfpacht in de praktijk steeds werden opgelost, onder meer door de erfpachtvoorwaarden aan te passen aan de wensen van erfpachters en hun financiers. Bij verkoop van gemeentegrond werd niet langer een onaantastbaar eigendom overgedragen, maar werden voorwaarden bedongen waarmee voldaan moest worden aan publiekrechtelijke regelgeving uit onder meer de Woningwet. Het rapport constateerde dat per gemeente moest worden bepaald of met succes een exclusief erfpachtstelsel kon worden ingevoerd. Dit hing er vooral van af of de gemeente een sterke positie innam op de lokale grondmarkt én of de gemeente buitengewoon aantrekkelijk was als vestigingsplaats. Werd niet aan beide voorwaarden voldaan, dan had een erfpachtstelsel weinig kans van slagen.[91] De

87 Delfgaauw 1934, p. 47-50. In 1915 was nog 378.207 m² bouwterrein in erfpacht uitgegeven, in 1932 was dat gestegen naar 3.490.528 m². Het aantal m² industrieterrein in erfpacht uitgegeven steeg in deze periode van 476.809 m² naar 1.530.554 m².

88 Vereeniging Nederlandsche gemeenten 1926, p. 3-4.

89 Vereeniging Nederlandsche gemeenten 1926, p. 5.

90 Mijs 1926, p. 7-29. Het verslag van de discussie tijdens de jaarvergadering is te vinden op p. 30-65. Het rapport bespreekt uitsluitend erfpachtstelsels met canonherziening. Stelsels waarbij de erfpachtrechten voor eeuwig of voortdurend werden verleend en waarbij de canon niet gewijzigd kon worden stelde het rapport gelijk aan verkoop, p. 10, noot 1.

91 Mijs 1926, p. 28. De aantrekkingskracht als vestigingsplaats kan deels het succes verklaren van het erfpachtstelsel in de gemeente Amsterdam. De hoofdstad is dermate aantrekkelijk als vestigingsplaats dat belangstellenden het erfpachtstelsel op de koop toenemen. Daarnaast heeft de gemeente een sterke positie op de lokale grondmarkt omdat zo'n zeventig procent van de grond eigendom van de gemeente is, Jesterhoudt 2012, p. 7.

commissie stelde voor om het mogelijk te maken dat de erfpachter bij aanvang van het recht de canon in één keer afkocht en daarna jaarlijks een klein bedrag aan canon betaalde om aan de wet te voldoen.[92] Dit voorstel diende tegemoet te komen aan het bezwaar dat bij grootschalige uitgifte in erfpacht de gemeente veel kapitaal in het grondbedrijf 'vastzette', maar werd in de jaarvergadering niet onverdeeld positief ontvangen. Bij de Algemene bepalingen 1937 nam de gemeente Amsterdam de mogelijkheid tot afkoop van de canon op, terwijl Den Haag deze mogelijkheid al in 1930 aan de erfpachters had geboden.[93]

De studie van Reepmaker bevestigde enkele jaren later dat de meeste gemeenten grond in erfpacht uitgaven tegen een vaste canon, 'doch enkele gemeenten, zooals Amsterdam en Schiedam, hebben het stelsel van den wisselenden canon'.[94] Het voordeel daarvan was dat de canon meebewoog met de grondwaarde:

> "Dit laatste stelsel heeft voor de gemeente het voordeel, dat zij op deze wijze door verhooging van den canon tusschentijdsche waardevermeerdering kan innen en dus daartoe niet behoeft te wachten tot het einde van het erfpachtsrecht. Daar tegenover staat echter, dat, als men verhooging wenscht, men ook verlaging zal moeten toestaan [3], hetgeen de gemeente wel eens zeer ongelegen zou kunnen komen. In Amsterdam wordt nu periodiek door deskundigen de pachtsom herzien en na vaststelling zoo spoedig mogelijk aan de bij de gemeente ingeschreven hypotheekcrediteuren bekend gemaakt [4]. In Schiedam geschiedt deze herziening ook periodiek, doch met dit verschil, dat, als de waarde van den grond niet meer gelijk is, de waarde door deskundigen bepaald wordt [5]."[95]

Een stelsel met een wisselende canon was ongunstig voor hypotheekhouders omdat dit onzekerheid met zich bracht over de vermoedelijke opbrengst van het onderpand. En net als eerder en nu nog steeds hadden financiers bezwaren tegen de bevoegdheid van de grondeigenaar de erfpachtvoorwaarden eenzijdig te wijzigen. Aan dit bezwaar kon tegemoet worden gekomen door de canonherziening periodiek te laten vaststellen door onpartijdige deskundigen en de hypotheekhouders snel op de hoogte brengen van de herziening. "Toch zal de wisselende canon

---

92 Mijs 1926, p. 27: "Werd aan deze erfpachters toegestaan hun jaarlijkschen canon af te koopen door betaling der gekapitaliseerde waarde, zoo zou niet alleen met hun voorkeur rekening zijn gehouden, maar zouden ook de belangen der gemeente zijn gediend." Het rapport deed geen uitspraak over de vraag of afkoop van de canon in strijd was met art. 767 OBW, maar constateerde slechts dat in de literatuur de vraag of de canon mocht worden verkapitaliseerd en afgekocht niet werd behandeld en dat de Hoge Raad in een arrest van HR 23 juni 1882, *W.* 4794 (*Sweerts en Van den Biggelaar/De Clercq Gzn*) leek te oordelen dat afkoop van de canon niet in strijd was met het voortbestaan van het erfpachtrecht. De commissie interpreteert het arrest uit 1882 niet geheel juist, wat gezien de complexe casus niet verwonderlijk is. De betaling van twintig maal de jaarcanon vormde in casu niet de afkoop van de canon, maar de aankoop door de erfpachter van de bloot eigendom van de onroerende zaak (een weiland). De erfpachter was met de erfpachters van een naastgelegen onroerende zaak (een weg) bij de splitsing van het erfpachtrecht in twee rechten (op de weg en op het weiland) overeengekomen dat hij de canon voor beide erfpachtrechten zou voldoen. Na de afkoop/aankoop bloot eigendom bleef het erfpachtrecht op de weg bestaan en stond de obligatoire afspraak tussen twee erfpachters de grondeigenaar niet in de weg de canon van de erfpachter van de weg te vorderen. Het erfpachtrecht op het weiland ging als gevolg van de transactie door vermenging teniet.

93 Voor Amsterdam zie AB 1937 voor voortdurende erfpacht, art. 8. Voor Den Haag zie: De Wolff, Ploeger & De Jong 2006, p. 43.

94 Reepmaker 1931, p. 101. Voorbeelden van gemeenten die een vaste canon hanteerden waren: Arnhem, Dordrecht 1929, Den Haag 1923, Vlaardingen 1910 en Utrecht.

95 Reepmaker 1931, p. 101. Noot 3: "Dordrecht oud art. 4 en Vlaardingen oud kenden alleen verhooging, verlaging van den canon is mogelijk bij de Zuiderzee-erfpachten, art. 3 lid 6 van de model-acte." Noot 4: "Amsterdam 1915 art. 6." Noot 5: "Schiedam 1926 art. 3."

steeds een rem voor de hypotheekverleening blijven, zoodat het raadzaak zou zijn den vasten canon voor alle gemeenten in te voeren."[96]

Maar ook de voor lange duur vaststaande canon had nadelen, zowel bij tijdelijke als bij voortdurende erfpacht. Tijdens de economische depressie van de jaren dertig daalde de huurwaarde van in erfpacht uitgegeven percelen, maar bleef de canon over het algemeen gelijk. De gemeente Amsterdam paste de canon niet aan omdat het tijdvak nog niet om was en omdat de daling van huren en prijzen van onroerende zaken niet gelijkstond aan waardedaling van de grond. De prijsstijging van goederen was niet hetzelfde als de waardestijging van grond die bij de invoering van het erfpachtstelsel werd bedoeld en die de grondslag voor de canon vormde.[97] Ten aanzien van de waardeontwikkeling van grond nam onderzoeker Delfgaauw het standpunt in dat het gemeentebeleid niet gericht kon zijn op beïnvloeding van die marktwaarde van grond omdat deze tot stand kwam in economische verhoudingen van vraag en aanbod en dus maatschappelijke oorzaken had. Die waardeontwikkeling diende niet aan de erfpachter toe te komen, maar aan de grondeigenaar en de methode om die waarde te verkrijgen was canonherziening:

> "Terecht heeft men dan ook te allen tijde het behoud van de latere waardestijging van de in exploitatie gebrachte terreinen voor de Gemeente tot de voornaamste doeleinden van de gemeentelijke grondpolitiek gerekend. Als middel tot het bereiken van dit doel dient de erfpacht met wijzigbaren canon."[98]

Ten tijde van waardedaling van grond onderschreven ook erfpachters het pleidooi voor de wisselende canon. In 1941 stelde de Vereniging van Huiseigenaren in Nederland, een belangenorganisatie van erfpachters, in een pamfletachtig rapport dat het aangaan van vaste verplichtingen voor 50 of 75 jaar een waagstuk was omdat niemand toekomstige waardeverschuivingen en conjunctuurschommelingen over een zo lange periode kon overzien. In hun ogen waren de risico's voor de erfpachters.[99] De periodiek aan de grondwaarde aangepaste canon kon de nadelen van het stelsel voor de erfpachter enigszins verzachten, maar de gemeenten wilden deze 'wisselende canon' niet invoeren. De vereniging was van mening dat de stelselmatige uitgifte van gronden in erfpacht diende te worden afgeschaft omdat dit te weinig rekening hield met de belangen van de erfpachters.[100] De bezwaren richtten zich tegen de vaste canon voor een zeer lange duur, met name omdat de canon bij uitgifte te hoog werd vastgesteld door een koppeling aan een te hoog vastgestelde grondprijs. De lange duur in combinatie met de onzekere verwachtingen maakte dat deze erfpachters (en hypotheekbanken) het risico te groot vonden.

96 Reepmaker 1931, p. 101-102.
97 Delfgaauw 1934, p. 56.
98 Delfgaauw 1934, p. 174. Zonder in details te treden kan geconstateerd worden dat verschillende standpunten mogelijk waren over hoe de waarde van de grond bepaald moest worden.
99 Boerlage 1941, p. 31. Bij erfpachters als de leden van deze vereniging moet niet primair gedacht worden aan particuliere woningeigenaren, maar veeleer aan bouwondernemers die grond in erfpacht kregen, daarop woningen bouwden en die woningen vervolgens verkochten of verhuurden.
100 Boerlage 1941, p. 34.

Samengevat gingen in de periode tot aan de Tweede Wereldoorlog steeds meer gemeenten stelselmatig grond in erfpacht uitgeven, meestal voor bepaalde duur en tegen een vaste canon. De verschillen met voortdurende erfpacht deden zich in deze periode nog niet gevoelen omdat het eerste tijdvak van 75 jaar nog niet om was. De waardedaling van bouwgrond die optrad tijdens de depressie van de jaren dertig trof alle erfpachters omdat de verhouding tussen kosten, in de vorm van de ongewijzigde canon, en opbrengst, in de vorm van de verminderde huurwaarde, zich in voor hen negatieve zin ontwikkelde en een nieuw bezwaar tegen erfpachtstelsels opleverde.

5.3.4 Tussentijdse canonherziening 1941-1970

In de eerste helft van de twintigste eeuw was canonherziening een niet onbekend, maar weinig toegepast verschijnsel en waar het voorkwam had canonherziening aan het einde van een tijdvak bij voortdurende rechten zich nog niet voorgedaan. Alle latere discussiepunten werden al wel voorzien, zoals de vraag aan wie de waardestijging van de onroerende zaak gedurende de looptijd van het recht toekwam en de vraag hoe onderscheid te maken tussen de waardestijging als gevolg van activiteiten van de erfverpachter, van de erfpachter (al dan niet verplicht op grond van de vestigingsakte) en van marktontwikkelingen. Welke betekenis hadden deze sociaaleconomische ontwikkelingen voor de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter? Organisaties van erfpachters-ondernemers, erfverpachters (de VNG) en hypothecair financiers droegen bij aan de discussie.

Na de Tweede Wereldoorlog deden zich verschillende ontwikkelingen voor die ertoe leidden dat tussentijdse canonherziening steeds meer werd toegepast, ook bij stedelijke erfpacht. Een van die ontwikkelingen was de waardedaling van het geld.

> "Een bezwaar, hetwelk erfpacht voor de grondeigenaren steeds heeft gehad, doch dat in de laatste decennia sterker naar voren is gekomen, is het feit, dat de bij de aanvang van het recht overeengekomen canon tijdens de duur van het recht grote kans loopt door waardedaling van het geld niet langer een gelijkwaardige tegenprestatie te zijn voor het genot van de in erfpacht gegeven grond."[101]

In de jaren dertig hadden de erfpachters last van deflatie, de canon was te hoog in verhouding tot het rendement dat zij uit de in erfpacht gegeven zaak konden halen. Inflatie werkte in het voordeel van erfpachters, door de daling van de koopkracht van het geld stegen de grondprijzen als gevolg waarvan de hoogte van de canon niet meer in verhouding tot de waarde van de grond stond. Het gevolg was dat erfverpachters erfpachtrechten voor een kortere duur gingen uitgeven, bijvoorbeeld voor dertig jaar zodat de canon vaker kon worden herzien. De duur kon echter niet al te kort worden omdat de erfpachter anders geen profijt had van zijn investeringen en het erfpachtrecht minder geschikt werd als onderpand voor krediet. Vanuit deze beperking en de wens van de erfverpachters om de canon

101 Plantenga 1957, p. 16.

nog vaker te herzien ontstond de behoefte aan tussentijdse periodieke herziening en het was vooral de Staat die hiervan gebruikmaakte:

> "Aan de andere kant heeft de schoksgewijze ontwikkeling sinds de laatste oorlogen uitgewezen, dat een dertigjarige termijn voor canonherziening nog te lang kan zijn. Vandaar, dat het gebruik ingang vindt bij de uitgifte de mogelijkheid open te houden de canon periodiek te doen herzien. Hierbij zijn de tijdvakken, na verloop waarvan dit kan geschieden, soms vrij kort."[102]

Plantenga verwachtte dat de periodieke canonherziening veld zou winnen en stelde dat dit wel goed en billijk geregeld moest worden. Hij achtte zowel aanpassing van de canon aan de inflatie als aanpassing van de grondwaarde aan gewijzigde omstandigheden redelijk:

> "Op zich zelf is de herziening billijk, mits zo geregeld, dat bij de taxatie van de nieuwe canon geen acht wordt geslagen op verbeteringen door de erfpachter aangebracht en dat een objectieve wijze van vaststelling voor ieder tijdvak, zo nodig aan de hand van een bindend advies door deskundigen, is gewaarborgd. Een goede regeling op dit punt zal tevens klachten over te hoge canons, zoals in de dertiger jaren voorkwamen en zich bij een inzinking mogelijk zullen herhalen, kunnen ondervangen. (…), dat de aanpassing van de canon naar boven niet alleen de mogelijke waardedaling van het geld zal compenseren, doch mede de reeds opgetreden waardestijging zal betreffen, door vooruitgang in de ligging of door grotere vraag ter plaatse."[103]

Ook mede-preadviseur Treurniet besprak de wisselende canon en constateerde dat dit ook bij stedelijke erfpacht geen zeldzaamheid meer was. De gemeente moest bij de vaststelling van de canon wel te goeder trouw te werk gaan.[104]

In 1966 wijzigde de gemeente Amsterdam het erfpachtstelsel door nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden op te stellen, de 'Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1966' (AB 1966). In deze voorwaarden werd het stelsel aangevuld met een vijfjaarlijkse canonaanpassing aan de inflatie. Het college noemde als reden voor de introductie van canonindexering ten eerste de gestegen waarde van stedelijke bouwgrond vanwege de toegenomen vraag als gevolg van de toenemende bevolkingsgroei en welvaart:

---

102 Plantenga 1957, p. 16. Plantenga noemde verschillende voorbeelden zoals de canonherziening om de tien jaar in de erfpachtvoorwaarden voor de Noordoostpolder (fruitteelt), bij Domeinen (industrie) en in Amsterdam 1956 (voor tuinbouwgronden). Een herziening om de vijf jaar kwam voor in de erfpachtvoorwaarden voor de IJsselmeerpolders (de commissie Vissering had een herziening om de twintig jaar voorgesteld). Een herziening om de vijftien jaar kwam voor in de erfpachtvoorwaarden voor de Staatsvissershaven in IJmuiden. En op p. 49: "In verscheidene erfpachtsakten wordt de mogelijkheid open gehouden de canon tussentijds periodiek te herzien. Vooral de Staat maakt dit beding geregeld en in de door hem opgestelde algemene voorwaarden komt dan ook meestal een artikel voor, waarin deze regeling is uitgewerkt."

103 Plantenga 1957, p. 17.

104 Treurniet 1957, p. 148: "Het kan ook zijn, dat de vaststelling aan een der partijen – natuurlijk de gemeente – is overgelaten. Juridische bezwaren zijn daartegen niet, zelfs niet als uitdrukkelijk is bepaald, dat de gemeente mag afwijken van het deskundigen-advies (Hilversum, 6). De gemeente zal immers te goeder trouw te werk moeten gaan." Treurniet voegde daaraan toe: "De bepaling, dat de canon tengevolge van een herziening nooit lager kan worden (Schiedam, bijzondere voorwaarden, Almelo, 3, Rotterdam II, 1), brengt de naam van de overheid in discrediet."

> '(…) dat de gedurende een erfpachtstijdvak geldende vaste canon, die bij het begin van dat tijdvak is bepaald, reeds na betrekkelijk korte tijd een in verhouding tot de toegenomen gebruikswaarde van de grond ongewoon laag bedrag uitmaakt.'[105]

Naast de gestegen grondwaarde als gevolg van een verbeterde ligging van een terrein, een verbetering van de voorzieningen ter plaatse of van de toegenomen grondschaarste kwam de waardedaling van het geld. De voorgaande twintig jaar was het geld steeds minder waard geworden en het algemeen prijsniveau navenant gestegen zodat de nominale canons voor tijdvakken van 75 of 50 jaar in reele zin steeds minder waard waren geworden. Het afgenomen rendement op het gemeentelijke vermogen doordat de canon geen gelijke tred hield met de groei van dat vermogen in reële en nominale zin, moest worden gecompenseerd door periodieke aanpassing van het canonbedrag aan de fluctuerende geldwaarde:

> "Niettemin verzet zich de eis van een verantwoord rendement van het door de grond vertegenwoordigde, gemeentelijke vermogen, dat thans zowel nominaal als in reële zin een regelmatige groei vertoont, tegen handhaving van het canonbedrag gedurende een geheel erfpachtstijdvak op het aanvankelijke niveau. Een frequente aanpassing van het canonbedrag bij de fluctuerende geldswaarde kan in belangrijke mate aan deze eis tegemoet komen."[106]

Volgens de AB 1966 zou de canon iedere vijf jaar worden geïndexeerd aan de hand van de prijsindexcijfers voor het binnenlands product van het CBS. De canon zou daarnaast aan het einde van een tijdvak van vijftig jaar worden herzien aan de hand van de actuele grondwaarde. De AB 1966 golden voor nieuwe rechten en werden op bestaande rechten bij het einde van een tijdvak van toepassing verklaard. De canonindexeringsbepaling uit de art. 3 lid 11-13 AB 1966 luidde als volgt:

> "11. Onverminderd het in de leden 1 tot en met 10 bepaalde, wordt binnen een tijdvak van 50 jaar, als bedoeld in het 2de lid, de canon na verloop van 5, 10, 15, 20, 25, 30, 35, 40 en 45 jaar sinds de datum, waarop het tijdvak is ingegaan, bouwbloksgewijze aangepast bij het verloop van het algemeen prijsniveau. De aangepaste canon wordt gevonden door de geldende canon te vermenigvuldigen met een voor elk kalenderjaar vast te stellen aanpassingscoëfficiënt. (…)
> 12. De voor een kalenderjaar geldende aanpassingscoëfficiënt, als bedoeld in lid 11, wordt berekend door toepassing van de formule (…)
> 13. De voor een kalenderjaar geldende aanpassingscoëfficiënt, bepaald zoals aangegeven in lid 12, wordt door Burgemeester en Wethouders vastgesteld in het jaar, dat aan het in lid 12 bedoelde kalenderjaar voorafgaat, in het Gemeenteblad afdeling 3, bekendgemaakt."

Tegen het collegevoorstel kwam veel protest, van belangengroepen en raadsfracties, en deze bezwaren betroffen met name de vijfjaarlijkse indexering van de canon en het streven van de gemeente naar een verantwoord rendement op haar grond.[107] De bezwaren betroffen ook de koppeling van het prijsindexcijfer voor roerende zaken aan prijsbewegingen van onroerende zaken en de verplichte toe-

105 'Nota van B&W aan de gemeenteraad omtrent de herziening van het erfpachtsstelsel' (13 mei 1966), *Gemeenteblad Amsterdam* 1966, afdeling 1, p. 691.
106 *Gemeenteblad Amsterdam* 1966, afdeling 1, p. 691.
107 *Gemeenteblad Amsterdam* afdeling 2, 17 augustus 1966, p. 1214.

passing op bestaande rechten bij het einde van een tijdvak. Een aantal van deze bezwaren wordt nader besproken in par. 5.4 over canonindexering. De bezwaren konden niet verhinderen dat de canonindexering werd ingevoerd.[108]

Treurniet bespreekt in 1970 een aantal vormen van wat hij noemt de variabele canon bij stedelijke erfpacht.[109] Die vormen houden in dat de aanvangscanon onder meer tussentijds kan worden aangepast aan een verandering van de waarde van de grond, aan een verandering in de koopkracht van het geld en aan een wijziging in de rentevoet, met het oog op leningen die de gemeente moet afsluiten om de aankoop van grond te financieren. De verandering kan positief en negatief zijn. Bij het eerste geval incasseert de gemeente de waardestijging van de grond. Voor het tweede geval was in Amsterdam bovengenoemde ingewikkelde regeling van canonindexering ingevoerd. Voor het derde geval noemt Treurniet twee voorbeelden van uitgifte van grond voor winkelcentra in Utrecht. Een regeling waarbij de canon iedere tien jaar opnieuw wordt vastgesteld op de voet van het gemiddelde rentepercentage van de aflopen tien jaren van langlopende leningen, door de BNG aan gemeenten verstrekt, vermeerderd met een half procent zonder dat sprake is van tussentijds incasseren van de waardevermeerdering van de grond en met een volledige bescherming tegen geldontwaarding, kan op instemming rekenen. Een regeling waarbij de canon om de vijftien jaar kan worden herzien aan de hand van de bruto-huuropbrengst van de na de uitgifte tot stand gebrachte bebouwing, deed Treurniet denken aan het oude tiendrecht.[110] Wat opvalt aan al deze vormen van tussentijdse canonherziening is dat de belangen van de erfverpachters leidend zijn en dat vrijwel geen rekening wordt gehouden met de verwachtingen van de erfpachters ten aanzien van de lastenontwikkeling.

5.3.5 Canonherziening en canonexplosie 1970-2018

Canonindexering is sinds de invoering in Amsterdam in 1966 algemeen onderdeel gaan uitmaken van algemene erfpachtvoorwaarden, ook buiten stedelijke erfpacht.[111] Er was en is echter geen sprake van enige uniformiteit en ook voor andere vormen van canonherziening geldt dat er grote verschillen bestaan tussen erfverpachters. Een kort overzicht van recent erfpachtonderzoek kan dit bevestigen.

Uit het onderzoek van Nelisse naar stedelijke erfpacht blijkt dat er grote verschillen bestaan tussen gemeentelijke grondeigenaren ten aanzien van canonherziening.[112] De hoogte van de canon varieert en de berekening is zelden transparant. De wijze waarop de canon periodiek wordt aangepast aan de waardeontwikkeling van de grond geschiedt in iedere gemeente weer anders en ook in de wijze waarop de grondwaarde en het canonpercentage worden vastgesteld en periodiek worden aangepast bestaan grote verschillen. De Koe constateert voor zogenoem-

108 De AB 1994 van Amsterdam kenden eveneens een vijfjaarlijkse canonindexering (art. 8), de erfpachtvoorwaarden van de AB 2000 en de AB 2016 hanteren een jaarlijkse canonindexering (art. 7).
109 Treurniet 1970, p. 54-55.
110 Treurniet 1970, p. 55.
111 Reeds in 1981 is canonherziening bij stedelijke erfpacht een gebruikelijke praktijk, Bouwer 1981, p. 850-852.
112 Nelisse 2008, p. 26-29.

de groene erfpacht in landelijke gebieden eveneens een grote variatie in erfpachtvoorwaarden en canonherzieningsbepalingen.[113] Bartels stelt in de Asser-serie vast dat de canon thans veelal variabel is.[114] De vraag of een verhoging van de canon, die immers een wijziging van de inhoud van het recht met zich brengt, ook moet worden beschouwd als een wijziging van het recht zelf wordt ontkennend beantwoord, mits het om een voorzienbare canonherziening gaat.[115] De Jong & Ploeger constateren dat de variabele canon in de praktijk is ontwikkeld en dat daartegen door erfpachters veel bezwaren zijn aangevoerd en dat vooral conflicten ontstaan over onduidelijke grondslagen voor canonherziening.[116] Ook Hoofs bespreekt het verschijnsel canonherziening in het licht van de vraag of door aanpassing van de canon het erfpachtrecht wijzigt.[117] Canonverhoging heeft tot gevolg dat het genot van de erfpachter vermindert waardoor zijn recht minder waard wordt, wat ook ten nadele is van de houder van een hypotheekrecht op het erfpachtrecht.[118] De Hoog noemt de problemen met canonherziening een knelpunt.[119] Naar zijn mening ligt de oorzaak mede in het feit dat tussen partijen geen machtsevenwicht bestaat en dat de erfverpachter als de aanbieder van een veel gevraagd en schaars goed de uitgiftevoorwaarden kan dicteren. In de praktijk ontstaan vooral problemen over de vaststelling van de periodieke canonverhoging.[120] De rechtspraak is terughoudend met ingrijpen in bestaande rechtsverhou-

113 De Koe 2011.

114 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/231: "In de laatste decennia is er in het algemeen sprake van een stijging van de grondprijzen. Dit heeft ertoe geleid dat de vaste canon in onbruik is geraakt. De canon is thans veelal variabel, doordat de akte van vestiging de mogelijkheid biedt dat telkens na afloop van een bepaalde periode of bij gebeurtenissen zoals overdracht, splitsing in appartementsrechten of bebouwing, de canon wordt gewijzigd. Die wijziging vindt plaats aan de hand van een nader omschreven indexcijfer, bijvoorbeeld dat van consumptieprijzen of de grondwaarden, de inflatie en het rentepeil. Denkbaar is dat de herziene canon wordt bepaald door een of meer deskundigen."

115 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/218a: "Een wijziging van de canon is geen wijziging van het erfpachtrecht wanneer in de vestigingsakte met periodieke herziening rekening is gehouden en de hoogte van de herziene canon uit de akte van vestiging is af te leiden. Als een vastgestelde berekeningsgrondslag wordt aangepast, geldt dit echter wel als wijziging."

116 De Jong & Ploeger 2008, p. 40-43: "Veel conflicten ontstaan recent over de canonherziening. De algemene voorwaarden zijn vaak onduidelijk over de grondslag of maatstaven aan de hand waarvan deze moet plaatsvinden. Vooral de herwaardering van de grondprijs kan in dit verband moeilijkheden geven. Betrouwbare indexcijfers voor onroerend goed zijn niet voorhanden." Ook Rank-Berenschot verwijst naar de praktijk: "De hoogte van de canon wordt in de praktijk meestal periodiek aangepast, waarbij rekening wordt gehouden met factoren als de waardeontwikkeling van het onroerend goed (canonherziening), de inflatie (canon-indexering) en het rentepeil (rente-conversie).", Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 568. De indeling verwijst naar De Jong & Ploeger 2008.

117 Hoofs 2011, in een noot bij HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *TBR* 2010/93, m.nt. F.J. Vonck (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*). Beslissend is of de wijziging vooraf kenbaar was, par. 4, aansluitend bij het standpunt van Bartels: "Wanneer de mogelijkheid tot wijziging van de canon alsook de berekeningsmethode waaruit de wijziging van de hoogte van de canon volgt, direct in de vestigingsakte is opgenomen dan wel indirect uit de algemene voorwaarden volgt, blijft het erfpachtsrecht ongewijzigd voortbestaan. Maar als de mogelijkheid tot wijziging van de canon direct noch indirect door de vestigingsakte wordt gegeven, *kàn* wijziging volgens de heersende leer leiden tot een nieuw erfpachtsrecht. Een eenvormig antwoord op de vraag wat het gevolg is van het wijzigen van de canon, in het geval de mogelijkheid tot wijziging niet in de vestigingsakte is opgenomen, ontbreekt."

118 Hoofs 2011, par. 4, waarin zij zich aansluit bij de door P-G De Vries Lentsch-Kostense in de conclusie bij HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, par. 9, in navolging van Bartels aangehangen leer 'dat wijziging van de inhoud van het erfpachtsrecht in beginsel als een voortzetting in gewijzigde vorm moet worden beschouwd (…)'.

119 De Hoog 2008, par. 1: "Met een zekere regelmaat zijn problemen in het nieuws die met erfpacht te maken hebben. Zowel in stedelijke als landelijke gebieden hebben deze betrekking op de voor het erfpachtsrecht te betalen prijs – de canon – (…). Uit het feit dat elke keer weer opnieuw dezelfde problemen de kop opsteken, kan worden afgeleid dat tot op heden geen adequate oplossing daarvoor is gevonden, noch door de wetgever, noch in de rechtspraak."

120 De Hoog 2008. De Hoog gaat in par. 3.1-3.3 uitvoerig in op canonherziening in de agrarische sector en constateert dat er grote verschillen bestaan in de berekening van zowel de aanvangscanon als de canon na herziening.

dingen op grond van redelijkheid en billijkheid. Om de positie van de erfpachter te verbeteren stelt De Hoog een wetswijziging voor die de rechter verplicht tot een inhoudelijk oordeel over een voorgenomen canonherziening en die canonaanpassingen maximeert aan de hand van de regeling voor bijvoorbeeld huur- en pachtprijzen.[121] Enige jaren later bespreekt De Hoog aan de hand van recente rechtspraak over canonherziening als voorwaarde voor bestemmingswijziging, het knelpunt van de koppeling tussen de canon en de grondwaarde.[122]

Vonck behandelt canonindexering in het kader van een onderzoek naar de vraag wanneer sprake is van een wijziging van een erfpachtrecht en werkt daarin de stelling van Bartels nader uit.[123] Bij canonindexering ligt de wijziging van een onderdeel van het erfpachtrecht besloten in de bestaande vestigingsvoorwaarden, vormt daarvan een toepassing en leidt dus niet tot een wijziging van het recht. Indien de aanpassing van de canon het gevolg is van 'een latere herwaardering van de grond overeenkomstig een nauw in de vestigingsakte omschreven procedure' is eveneens sprake van toepassing van de bestaande rechtsverhouding en niet van een wijziging.[124] Voor de gevallen waarin de canonherzieningsprocedure niet nauwkeurig in de vestigingsakte is omschreven, maar vaag is omschreven of ontbreekt introduceert Vonck het criterium van de voorzienbaarheid van de wijziging voor derden die daar de dupe van zullen worden.[125] Canonherziening bij heruitgifte of verlenging van een erfpachtrecht zal volgens de opvatting van Vonck mogelijk zijn tenzij de grondeigenaar hierbij misbruik maakt van zijn feitelijke machtspositie of zijn zorgplicht niet in acht neemt door te handelen in strijd met art. 3:44 lid 4 BW en misbruik te maken van de afhankelijke positie van de erfpachter.[126] Uit de jurisprudentie leidt hij af dat dit alleen anders is indien erfpachters bijzondere omstandigheden aanvoeren die een afwijking van dit uitgangspunt rechtvaardigen.[127]

121 De Hoog 2008, par. 6. De Hoog bepleit een regeling van de maximaal toelaatbare canon bij algemene maatregel van bestuur. Kritisch over het argument van de ongelijkwaardige machtsverhouding en over de voorgestelde oplossing is Vonck 2009.

122 De Hoog 2010, par. 4. De Hoog maakt onderscheid tussen de aanvangscanon en tussentijdse canonaanpassing en concludeert in par. 6: "Zolang de wettelijke positie van de erfpachter niet is verbeterd, ligt er de taak voor de rechter de criteria van redelijkheid en billijkheid in te vullen. (…) Specifiek voor erfpacht zou kunnen gelden dat een directe relatie van de canon aan de grondprijs als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt. Niet alleen is in de afgelopen decennia gebleken dat de grondprijs dermate fluctueert, dat in geval van een daarop gebaseerde canon de rechtszekerheid van de erfpachter onevenredig wordt aangetast, het doorberekenen aan de erfpachter van (virtuele) vermogenswinst gedurende de looptijd van het erfpachtrecht is op zich in strijd met de redelijkheid en billijkheid."

123 Vonck 2013, p. 194: "De wijziging van de canon [bij indexering] is dan niet het gevolg van een beschikkingshandeling van de erfpachter of de grondeigenaar, maar vormt louter de toepassing van de reeds bestaande verhouding."

124 Vonck 2013, p. 194.

125 Vonck 2013, p. 199: "Waar het naar mijn mening om gaat is of een individuele wijziging in voldoende mate voorzienbaar is voor de derden die daarvan de dupe worden. Is dat het geval, dan is het gerechtvaardigd om de verandering te zien als een toepassing van het bestaande recht; is dat niet het geval, dan moet de verandering worden behandeld als een gedeeltelijke afstand gecombineerd met een aanvullende vestiging." Deze uitwerking van het publiciteitsbeginsel geldt zowel voor de erfpachter als voor derden.

126 Vonck 2013, p. 208-216. In de regel geldt, p. 212: 'dat op de erfverpachter die bereid is tot heruitgifte, de plicht rust een marktconforme canon vast te stellen. Het kernarrest waarin de Hoge Raad zich over dit vraagstuk uitlaat, wordt gewezen op 26 maart 1999.'

127 Vonck 2013, p. 213. In dit hoofdstuk onderzoek ik mede of de zorgplicht van de erfverpachter en het knelpunt misbruik van omstandigheden uit de jurisprudentie naar voren komt.

Samengevat leidden de Amsterdamse AB 1966 onder meer tot een uitvoerige discussie over meervoudige inflatievergoeding die hieronder in par. 5.4.3 wordt besproken. Na afloop van de eerste tijdvakken van 75 jaar van tijdelijke erfpacht zoals in Den Haag of van voortdurende erfpacht zoals in Amsterdam vonden vanaf 1990 heruitgiftes en vaststelling van de voorwaarden voor nieuwe tijdvakken plaats die gepaard gingen met canonexplosie, een herziene canon die een verveelvoudiging van de voorgaande canon betekende. De Hoge Raad oordeelde in de Haagse erfpacht-zaak dat het de gemeente vrij stond om bij heruitgifte aan de zittende erfpachter de canon te berekenen naar de marktwaarde van de grond.[128] Ook de zaak van de Amsterdamse erfpachters waarover de Hoge Raad in 2016 oordeelde gaat over canonexplosie.[129] Canonherziening tijdens de looptijd van het recht is een gebruikelijk onderdeel van het erfpachtrecht geworden, een vaste canon komt bij nieuw uitgegeven rechten en bij heruitgegeven rechten eigenlijk niet meer voor. Hierna volgt een bespreking van recente rechtspraak over problemen bij canonherziening, geordend naar vijf verschillende situaties waarin die canonherziening plaatsvindt. De jurisprudentiebespreking wordt voorafgegaan door de bespreking van een recent oordeel over de vindplaats van canonherzieningsbepalingen.

5.3.6 Vindplaats canonherzieningsbepalingen

De canonverplichting dient op grond van art. 5:85 lid 2 BW in de akte van vestiging te worden opgenomen. Of dat behelst dat alle afspraken over de canon, dus naast de hoogte en eventueel de berekening van de aanvangscanon ook de afspraken over canonherziening, in de akte van vestiging moeten staan is uit de wet niet af te leiden. De reikwijdte van het begrip 'akte van vestiging' omvat volgens de parlementaire geschiedenis ook een akte van wijziging.[130] Dat betekent dat de canonafspraken niet alleen aan het begin van het recht kunnen worden gemaakt, maar dat ook op een later moment, bij wijziging van het recht alsnog een canon kan worden afgesproken of een eerder afgesproken canon kan worden gewijzigd. Ook een wijzigingsakte moet worden ingeschreven in de openbare registers. Bartels stelt in het Asser-deel over eigendom en beperkte rechten dat bepalingen over de hoogte van de canon bij aanvang en bij herziening van het recht ook kunnen worden opgenomen in ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden waarnaar in de akte van vestiging wordt verwezen, zoals praktijk is bij stedelijke erfpacht.[131] Anderzijds heeft Van Velten het standpunt ingenomen dat het voor-

128 HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*). Dit arrest is uitvoerig besproken in par. 2.4.3.1.

129 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*). Dit arrest zal uitvoerig worden behandeld in par. 5.6.6.

130 PG Boek 5 BW, p. 4 onder nr. 10 (TM): "In vele bepalingen van de titels Erfdienstbaarheden, Erfpacht, Opstal en Grondrente vindt men de woorden: 'tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald'. Deze woorden geven te kennen, dat partijen vrij zijn aan het zakelijk recht een andere inhoud te geven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, mits zij deze inhoud aangeven in *de akte van vestiging – waaronder een akte van wijziging is begrepen* –, welke akte in de openbare registers moet worden ingeschreven." Nadruk toegevoegd.

131 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/216: "Overheidslichamen die regelmatig grond in erfpacht uitgeven, hebben veelal erfpachtvoorwaarden in algemene voorwaarden neergelegd. (…) De algemene voorwaarden kunnen in de openbare registers worden ingeschreven (art. 46 Kadw). Het inschrijven heeft als voordeel dat zij niet in iedere akte van vestiging behoeven te worden herhaald, maar dat in die akte naar de reeds ingeschreven algemene voorwaarden kan worden verwezen. Dit geldt ook als de wet aangeeft dat 'in de akte van vestiging' een afwijkende regeling kan worden opgenomen."

schrift van de wetgever letterlijk moet worden genomen zodat het niet mogelijk moet zijn om bepalingen die van groot belang zijn voor de last van de erfpachter op te nemen in algemene erfpachtvoorwaarden.[132] De Hoge Raad heeft in een arrest gewezen op 29 april 2016 het standpunt zoals verwoord door Bartels onderschreven.[133] Omdat dit het eerste oordeel van het hoogste rechtscollege over deze vraag was zal ik dit aspect van deze zaak wat uitvoeriger behandelen. De erfpachters van voortdurende rechten uitgegeven onder toepassing van de algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam uit 1915, 1934 en 1937 werden aan het einde van het eerste tijdvak van 75 jaar geconfronteerd met een canonexplosie. De canon was sinds de uitgifte in de jaren dertig op een vast bedrag gesteld en dat bedrag zou bij het einde van het tijdvak flink worden verhoogd en door toepassing van nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden ook niet meer voor het hele tijdvak van 50 jaar vaststaan, maar jaarlijks geïndexeerd worden.

De belangenvereniging van Amsterdamse erfpachters en een aantal individuele erfpachters namen het standpunt in dat de gemeente niet bevoegd was de canon van voortdurende rechten aan het einde van het eerste tijdvak van 75 jaar te herzien omdat de canonherzieningsbepalingen in strijd met de wet niet waren opgenomen in de vestigingsakte, maar in de algemene erfpachtvoorwaarden stonden en daarom nietig waren. Dit gold volgens de erfpachters ongeacht of art. 767 OBW of art. 5:85 lid 2 BW op de rechten van toepassing was.[134] In deze gevallen stond vast dat de aanvangscanon in de vestigingsaktes was opgenomen, dat in die aktes werd verwezen naar de van toepassing zijnde algemene erfpachtvoorwaarden en dat die voorwaarden waren ingeschreven in de openbare registers. Het ging de erfpachters bij de vraag naar de locatie van de herzieningsbepalingen onder meer om de kenbaarheid van de regeling en daarmee van de voorzienbaarheid van hun woonlasten en daarmee van de waarde van hun recht.

De rechtbank oordeelde dat op erfpachtrechten gevestigd in de jaren dertig het OBW van toepassing was en dat daarin geen verplichting was opgenomen om canonherzieningsbepalingen in de vestigingsakte op te nemen.[135] De rechtbank voegde daaraan toe dat ook indien art. 5:85 lid 2 BW wel van toepassing zou zijn op deze rechten, de gemeente bevoegd zou zijn de canonherziening toe te passen omdat uit dit artikel evenmin volgde dat bepalingen over canonherziening in de

132 Van Velten 1995b, p. 60: '(…) de wet [geeft] op verschillende plaatsen de mogelijkheid om bij de uitgifte bijzondere regelingen te treffen of van de wettelijke regeling af te wijken, in welke gevallen dat veelal gebeurt met een verwijzing naar de akte van uitgifte. (…) *Naar mijn mening moet men dit letterlijk nemen*, dat wil zeggen de hier bedoelde regelingen of afwijkingen van het wettelijk stelsel zijn van dien aard, dat men die niet mag 'verstoppen' in met algemene woorden van toepassing verklaarde algemene erfpachtbepalingen. Wel zal men deze in de akte van uitgifte in het kort mogen opnemen met een verwijzing naar een met name genoemd artikel van die algemene bepalingen alwaar de desbetreffende materie nader wordt uitgewerkt, bijvoorbeeld de mogelijkheid van herziening der canon (…).' Nadruk toegevoegd.

133 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

134 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 4.1, Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 2.4 en HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.1.1-4.1.2.

135 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.2: "Onder het oude recht bestond in ieder geval geen verplichting om de bepaling inzake de canonherziening in de akte van vestiging op te nemen."

vestigingsakte moesten worden opgenomen.[136] In hoger beroep bevestigt het hof dat canonherzieningsbepalingen in de algemene erfpachtvoorwaarden mogen staan en wordt de vraag of canonherzieningsbepalingen naar huidig recht in de vestigingsakte moeten worden opgenomen niet beantwoord omdat de bevoegdheid tot canonherziening moet worden opgevat als een verkregen (vorderings) recht in de zin van art. 69 aanhef en sub a Overgangswet NBW.[137] De Hoge Raad laat de juistheid van dit beroep van het hof op de Overgangswet in het midden en oordeelt dat het standpunt van de erfpachters op een onjuiste rechtsopvatting berust. De juiste rechtsopvatting ten aanzien van de canonherzieningsbepalingen in algemene erfpachtvoorwaarden luidt als volgt:

> "Zowel onder art. 767 (oud) BW als onder art. 5:85 lid 2 BW is (in elk geval) voldoende dat, zoals in dit geval is gebeurd, de canon die bij de aanvang van de erfpacht geldt, is opgenomen in de erfpachtakte en dat die akte verwijst naar in de openbare registers ingeschreven algemene voorwaarden waarin een bepaling omtrent de herziening van de canon is opgenomen."[138]

Hieruit lijkt het voor de bevoegdheid van de erfverpachter om canonherzieningsbepalingen toe te passen voldoende indien deze zijn opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden die zijn ingeschreven in de openbare registers en waarnaar in de vestigingsakte of de wijzigingsakte wordt verwezen. Canonherzieningsbepalingen mogen naar het oordeel van de Hoge Raad verstopt worden in algemene erfpachtvoorwaarden. A-G Wissink had in zijn conclusie een nuancering aangebracht op deze locatie-vraag en de Hoge Raad lijkt die nuancering over te nemen in de tussen haakjes geplaatste woorden 'in elk geval'. In zijn conclusie wijst de A-G op de wetsgeschiedenis van art. 46 Kadw waarin voor de inschrijfbaarheid van algemene erfpachtvoorwaarden wordt aangesloten bij de wettelijke regeling die ook ten aanzien van modelreglementen voor de splitsing in appartementsrechten bestaat.[139] De regeling in de Kadasterwet heeft tot gevolg 'dat een akte tot vestiging van een erfpachtrecht, die verwijst naar reeds ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden, wordt geacht die algemene erfpachtvoorwaarden tevens te omvatten' en in dit geval was zowel naar oud als naar nieuw recht aan deze tech-

136 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.2: "Indien artikel 5:85 lid 2 BW veronderstellenderwijs wel van toepassing zou zijn, volgt daaruit bovendien slechts dat in de akte van vestiging aan de erfpachter de verplichting kan worden opgelegd een canon te betalen. Dit betekent dus dat de canon in de akte van vestiging dient te worden opgenomen. In de onderhavige akten van vestiging is dat gedaan. Over een eventuele verplichting om een canonherziening daarin op te nemen is in artikel 5:85 lid 2 BW niets bepaald. (…) Nu de canonherziening is geregeld in artikel 6 van de AB-en, maakt die onderdeel uit van de erfpachtrechten in kwestie."

137 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.4. Het hof oordeelt dat in dit geval de uitzondering van art. 69a Overgangswet NBW van toepassing is: "Ingevolge artikel 68a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow) heeft dat artikel directe werking tenzij iemand daardoor een vermogensrecht verliest dat hij onder het oude recht had verkregen, aldus artikel 69a Ow. Dat geval doet zich hier voor, omdat de Gemeente op grond van de vestigingsakte niet alleen een vordering met betrekking tot de aanvankelijk overeengekomen canon heeft verkregen maar ook, na ommekomst van de termijn van 75 jaar, een vordering met betrekking tot de nieuw bepaalde canon. De eerste grief stuit daarop af. In het midden kan dan blijven of artikel 5:85 lid 2 BW wel vereist dat de wijze van wijziging van de canon in de akte van vestiging wordt opgenomen." Merk op dat het hof uit de inhoud van het recht zoals opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden uit 1915, 1934 en 1937 een verbintenisrechtelijk vorderingsrecht afleidt. Deze passage wordt nader besproken in par. 5.6.6.1.

138 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.1.3.

139 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), par. 5.8.3-5.15. Op grond van art. 5:111 aanhef en sub d BW dient de akte van splitsing een reglement in te houden 'waartoe geacht worden te behoren de bepalingen van een nauwkeurig aangeduid modelreglement dat is ingeschreven in de openbare registers ter plaatse waar de akte moet worden ingeschreven'.

nische voorwaarde voldaan.[140] De vraag of de inhoud van de algemene voorwaarden geacht moet worden deel uit te maken van de vestigingsakte kan echter niet aan de hand van de Kadasterwet worden beantwoord en is een vraag van burgerlijk recht. Het standpunt van de erfpachters dat bepalingen die van essentieel belang zijn voor het erfpachtrecht, zoals de hoogte van de canon, altijd uit de vestigingsakte moeten blijken, berust naar de mening van de A-G op een onjuiste rechtsopvatting en de Hoge Raad volgt die mening. De A-G doet, in navolging van Van Velten, de aanbeveling de verwijzing vanuit de vestigingsakte naar canonherzieningsbepalingen in algemene erfpachtvoorwaarden zo duidelijk mogelijk te maken:

> "Een wat meer uitgebreide verwijzing in de akte naar de AB kan bijdragen aan het voorkómen van misverstanden tussen de partijen die het erfpachtrecht vestigen over de vraag wat zij hebben afgesproken. Als ten aanzien van een bepaald onderwerp de vestigingsakte zelf iets (of niets) vermeldt en de eerder ingeschreven algemene voorwaarden, waarnaar in de akte op correcte wijze wordt verwezen, vermelden iets anders (of wel iets) dan kan de vraag rijzen wat tussen partijen is overeengekomen omtrent de inhoud van het erfpachtrecht.(…) Een wat meer uitgebreide verwijzing in de akte naar de AB komt de kenbaarheid daarvan ook ten goede."[141]

Met deze uitspraak is voor canonherzieningsbepalingen beslist dat deze deel uitmaken van de inhoud van het erfpachtrecht indien ze zijn opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden die zijn ingeschreven in de openbare registers en waarnaar in de vestigingsakte wordt verwezen. Of de bepalingen in een concreet geval ook kunnen worden toegepast is afhankelijk van de tekst en de uitleg van de betreffende bepalingen. De toepasbaarheid van canonherzieningsbepalingen kan op grond van het geldende recht dus niet reeds op grond van de locatie van deze bepalingen worden afgewezen. In het licht van de kenbaarheid onderschrijf ik de aanbeveling om de verwijzing zo duidelijk mogelijk te maken, zeker als het bepalingen betreft die gedurende lange tijd de lasten van de erfpachter kunnen beinvloeden. Een dergelijk pleidooi is ook opgenomen in de voor particuliere erfpacht geschreven criteria gepubliceerd door de Nederlandse Vereniging van Banken. Deze criteria en de daarna ontwikkelde bancaire richtlijn laten in het midden of de canonherzieningsbepalingen in de vestigingsakte of in de algemene voorwaarden moeten zijn opgenomen, als de inhoud van deze bepalingen maar duidelijk blijkt.[142]

De verwijzing naar algemene erfpachtvoorwaarden kan ook bestaan uit de integrale opname van de algemene erfpachtvoorwaarden in de vestigingsakte. De gemeente Schiedam heeft in de algemene erfpachtvoorwaarden 2004 in art. 32a bepaald dat deze algemene erfpachtvoorwaarden integraal dienen te worden op-

---

140 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, par. 5.11 en 5.15.

141 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, par. 5.13. Van der Kamp, *JIN* 2016/133, par. 5, was van mening dat de Hoge Raad met r.o. 4.1.3 van zijn arrest de staande praktijk sauveerde. Van der Kamp bepleitte een ruime betekenis toe te kennen aan de overweging en de woorden '(in elk geval)' op te vatten als een minimumeis. Beter zou zijn indien het deel en nummer waaronder de algemene bepalingen waren ingeschreven kenbaar waren uit een met betrekking tot het specifieke erfpachtrecht ingeschreven stuk.

142 Uit de toelichting op de criteria lijkt een voorkeur voor opname in de vestigingsakte te volgen. Criteria, p. 10: "De akte van uitgifte moet voldoende richtsnoeren bevatten voor een objectieve vaststelling of controle door een derde. Daarvan is geen sprake wanneer de bloot eigenaar op grond van de erfpachtvoorwaarden het recht heeft om eenzijdig het tarief of de grondslag te bepalen."

genomen in iedere akte van vestiging, 'omwille van de in de openbare registers te lezen duidelijkheid en volledigheid'.[143] Dan bestaat er geen twijfel.

Bepalingen over canonherziening die niet zijn opgenomen in de vestigingsakte en ook niet in de ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden waarnaar in de vestigingsakte wordt verwezen, hebben alleen obligatoire werking tussen de partijen die betrokken waren bij de aan de vestiging ten grondslag liggende titel. Dit geldt bijvoorbeeld voor een afspraak om een in de vestigingsakte opgenomen canonherziening voor bepaalde of onbepaalde tijd niet toe te passen.

5.3.7 Overgangsrecht

Uit het hierboven besproken arrest van het hof Amsterdam zou afgeleid kunnen worden dat art. 5:85 lid 2 BW op erfpachtrechten die op 1 januari 1992 reeds bestonden niet van toepassing is, maar dat is onjuist en heeft het hof vermoedelijk ook niet bedoeld zodat enige precisering gewenst is. De hoofdregel van het overgangsrecht NBW bestaat op grond van art. 68a lid 1 Overgangswet NBW uit onmiddellijke werking. Voor bestaande erfpachtrechten werden op 1 januari 1992 de art. 767-782 OBW vervangen door de bepalingen van titel 5.7 BW waarbij de definitiebepaling art. 767 OBW werd vervangen door art. 5:85 BW. De Overgangswet bevat geen bijzondere overgangsbepalingen die de toepassing van art. 5:85 BW beperken zodat art. 5:85 BW op 1 januari 1992 op bestaande rechten van toepassing werd. Vanuit het algemene beginsel der rechtszekerheid worden blijkens art. 69 Overgangswet NBW verkregen rechten geëerbiedigd, waaronder vermogensrechten die in art. 3:6 BW gedefinieerd worden als: 'rechten die (...) er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen (...)'. Dit beginsel van verkregen rechten staat toepassing van art. 5:85 BW niet in de weg.[144] In de Amsterdamse zaak gaat het om een tussen partijen afgesproken, maar in feite eenzijdig opgelegde, bevoegdheid van de erfverpachter die volgt uit de algemene erfpachtvoorwaarden die bij vestiging op het erfpachtrecht van toepassing zijn verklaard. De eerbiediging van dat verkregen recht betekent in dit geval dat, ook al zou art. 5:85 lid 2 inhouden dat de canonherzieningsbepaling in de vestigingsakte moet worden opgenomen en anders niet geldig is, dat niet afdoet aan het verkregen recht van de gemeente de canonherzieningsbepaling in te roepen.[145] Op de zeer vele nog lopende en voor 1 januari 1992 gevestigde erfpachtrechten zijn de bepalingen van titel 5.7 BW dus van toepassing mits aan het vereiste is voldaan dat de canon in de vestigingsakte is opgenomen. Uitzonderingen gelden indien in een specifiek geval een bijzondere overgangsbepaling van toepassing is of sprake is van eerbiediging van onder het OBW verkregen rechten.

Het historisch overzicht dient een beter begrip van het verschijnsel canonherziening. De problemen rond canonherziening werden begin twintigste eeuw al on-

143 *Beleidsnota Gronduitgifte en conversie in Schiedam*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2008, p. 19.
144 PG Overgangsrecht BW, p. 15 onder punt 13.
145 PG Overgangsrecht BW, p. 16: "De regel die inhoudt dat het absolute recht en de verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking worden gehandhaafd, verhindert niet dat *hun inhoud voor het vervolg* door het nieuwe recht worden beheerst, voor zover de bijzondere overgangsartikelen niet anders bepalen." Nadruk in origineel.

derkend. Dat verhinderde niet dat de gemeenten in hun erfpachtstelsels vanaf de jaren zestig overstapten van een vaste naar een variabele canon. Op grond van de literatuur en de achtergrond van het verschijnsel canonherziening verwacht ik dat in de praktijk vooral knelpunten optreden indien de canonherziening voor de erfpachter onverwacht komt, wanneer canonherziening tot een zeer grote stijging van de canon leidt en de nieuwe canon op onvoorspelbare want ondoorzichtige wijze wordt berekend. In het algemeen wordt het van groot belang geacht dat erfpachters en hun financiers van tevoren op de hoogte zijn van de mogelijkheid en de berekeningswijze van tussentijdse canonherziening in verband met de hoogte van de woonlasten en de waarde van het erfpachtrecht als onderpand voor een recht van hypotheek. Canonherziening bij verlenging of het einde van een tijdvak komt meestal niet onverwacht, maar dan kan de wijze van berekening problemen geven. In alle gevallen zullen de canonherzieningsbepalingen uit de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden bepalend zijn.

5.4 Canonindexering: tussentijdse bepaalbare wijziging

Indexering van een geldbedrag wil zeggen aanpassing van dat bedrag aan een indexcijfer waarin de geldontwaarding wordt uitgedrukt zodat het reële bedrag gelijk blijft. Voor de waardedaling van het geld wordt meestal de consumentenprijsindex (CPI) van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) gehanteerd die bestaat uit een gewogen gemiddelde prijs van de goederen die worden gebruikt in een gemiddeld huishouden.[146] Een andere vaak gebruikte index is de index bruto binnenlands product tegen marktprijzen waarin naast consumentengoederen ook kapitaalgoederen zijn opgenomen.[147] Bij agrarische erfpacht wordt veelal aansluiting gezocht bij de door de overheid jaarlijks vastgestelde maximale pachtnormen.[148] Men spreekt bij indexering van de canon wel van een 'waardevaste canon' in die zin dat het te betalen of te ontvangen bedrag over de jaren uitgedrukt in geldwaarde gelijk blijft.

Indexering van de canon is een wijziging van het recht waarbij niet de bevoegdheid, maar de inhoud van de wijziging van de canon centraal staat. Deze wijziging van de inhoud van het erfpachtrecht vindt tussentijds plaats aan de hand van een externe index en lijkt daarmee voorzienbaar en betrouwbaar, want onafhankelijk van partijen. Zo eenvoudig is het echter niet omdat ook de waarde van geld en goederen op verschillende manieren gemeten kunnen worden. Een grotendeels technische discussie bestaat over de vraag of indexering volgens CPI, dat uitgaat van de prijzen van consumentengoederen, zinvol is voor de aan de waar-

146 De inflatie is sinds de piek in 1975 (de inflatie bedroeg toen ruim tien procent) sterk gedaald, kan jaarlijks schommelen en bedroeg in 2017 gemiddeld 1,4%.
Bron: <opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/70936ned/table?ts=1528461676977>, geraadpleegd op 25 juli 2018.

147 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 13 juli 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY4798 (*Van de Kooij/Schiedam*) over de toepassing van artikel 3 lid 2a van algemene erfpachtvoorwaarden van 1974 waarbij canonindexering werd ingevoerd voor bedrijfsmatige uitgiften. Voor andere uitgiftes werd door de gemeente Schiedam in 1980 een vijfjaarlijkse canonindexering ingevoerd aan de hand van het prijsindexcijfer van het CBS voor de kosten van de gezinsconsumptie, reeks werknemersgezinnen (basis 1975=100).

148 Een eenvoudig overzicht van maximale pachtprijzen is te vinden op Rijksoverheid.nl, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/landbouw-en-tuinbouw/vraag-en-antwoord/wat-zijn-de-maximale-pachtprijzen-voor-landbouwgrond>, geraadpleegd op 8 juni 2018.

de van onroerende zaken gerelateerde erfpachtcanon, en daarnaast bestaat discussie over de gewenste frequentie van indexeren en over het juiste aanvangsmoment van de index en de canon. Als alternatief voor indexering wordt incidenteel gekozen voor een periodieke aanpassing van de canon aan een bepaald rentepercentage.[149] In een uitspraak van de Kroon uit 1987 over het erfpachtbeleid van de gemeente Deventer werd geoordeeld dat er vanuit financieel oogpunt geen bezwaar bestond tegen een variabele canon waarbij de canonopbrengst werd gerelateerd aan de (rente)lasten van de leningen die nodig waren om de betreffende gronden aan te kopen en bouwrijp te maken alvorens ze in erfpacht uit te geven. Een vaste canon zou leiden tot verliezen van de gemeente. De herziening van de canon moest echter worden afgestemd op de looptijd van de leningen, wat voor de Kroon reden was om de termijn van vijf jaar te wijzigen in tien jaar.[150]

Tien jaar na de invoering van canonindexering in de AB 1966 van Amsterdam kwam deze vorm van canonherziening kort aan de orde in de parlementaire geschiedenis van titel 5.7 BW, bij de bespreking van het voorstel van de Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken tot wijziging van art. 5.7.1.8a (art. 5:97 BW) 'in verband met de wenselijkheid van aanpassing van de canon'.[151] De vaste Kamercommissie vatte het voorstel op als een verzoek om een wettelijke regeling van de aanpassing van de canon aan de inflatie wees dit af omdat 'partijen in de akte van vestiging een indexeringsclausule [konden] opnemen'. Regeringscommissaris Snijders voegde daar nog aan toe dat canonherziening een zaak was van de partijvrijheid en dat de *imprévision* van art. 5:97 BW niet was bedoeld voor 'aanpassing van de canon aan een normale inflatie (…). Een zodanige inflatie is immers geen 'onvoorziene omstandigheid'.'[152] Het valt op dat canonindexering al een gewone praktijk werd gevonden, dat de indexeringsclausule bij voorkeur in de vestigingsakte diende te worden opgenomen en dat normale inflatie geen onvoorziene omstandigheid was. Toch hadden erfverpachters tot 1966 slechts incidenteel de canon aangepast aan de normale inflatie. Tegenwoordig is indexering een gebruikelijke vorm van canonherziening.[153]

Uit de jurisprudentie blijkt dat in het begin de toepassing van canonindexering op bestaande rechten enige aanpassing behoefde (par. 5.4.1) en dat het verstandig was ook een regeling te treffen voor het geval de met name genoemde index werd

149 KB 27 mei 1987, ECLI:NL:XX:1987:AM9420, *AB* 1987/335, *BR* 1988, p. 140 (*Canonherziening Deventer*). De herziening in 1982 van de algemene erfpachtvoorwaarden betrof een vastlegging van de sinds de jaren zeventig gegroeide praktijk dat de canon steeds na verloop van 5 jaar werd gewijzigd en dat bij deze wijziging als percentage het ten tijde van de canonwijziging geldende rentepercentage voor langlopende leningen zou worden genomen. De Jong & Ploeger 2008, p. 41 noemen deze variant als een van de drie meest voorkomende vormen van canonwijziging, uit de jurisprudentie is dat niet af te leiden.

150 De toetsing door de Kroon betrof op grond van art. 132 lid 4 van de Grondwet uitsluitend het algemeen belang van een goede financiële huishouding van de gemeente, belangen van de erfpachters speelden daar geen rol bij. Vgl. voor de situatie na de inwerkingtreding van de Algemene Wet bestuursrecht Elzinga & De Lange 2006, p. 920-922.

151 Dit voorstel is behandeld in par. 5.3.1.

152 PG Boek 5 BW, p. 323.

153 Zie bijvoorbeeld art. 10 AV Staatsbosbeheer 2015 (jaarlijks, aan de hand van CPI), art. 7 AB 2000 en AB 2016 Amsterdam (jaarlijks, aan de hand van een aanpassingscoëfficiënt berekend op grond van CPI). Zie bijvoorbeeld ook Rb. Gelderland 4 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6424 (*Mens en Werk/Canisius-Wilhelmina*), r.o. 2.8 waarin geconstateerd werd dat het vaststellen van een indexering, naar algemeen bekend was, een vast gebruik is bij het berekenen van een marktconforme vergoeding voor een opstalrecht.

gewijzigd of opgeheven (par. 5.4.2). Een knelpunt betreft de kwestie van de dubbele inflatievergoeding (par. 5.4.3 en 5.4.4).

5.4.1 Indexering toepassen op bestaande rechten

Bij de invoering van nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden in 1966, met daarin opgenomen een vijfjaarlijkse canonindexering, had het Amsterdamse college nagelaten de raad te verzoeken deze voorwaarden van toepassing te verklaren op bestaande rechten. De erfpachter van een recht gevestigd onder toepassing van de AB 1915 vocht met succes aan dat bij canonherziening einde termijn de AB 1966 op zijn recht van toepassing zouden worden.[154] Na een aanvullend raadsbesluit van bovenbedoelde strekking werd de omissie hersteld en konden de AB 1966 bij het einde van de eerste termijn wel van toepassing worden verklaard op bestaande rechten.[155] De erfverpachter die zijn algemene erfpachtvoorwaarden wijzigt dient alert te zijn op de vereisten om de nieuwe voorwaarden toe te passen op bestaande rechten en de daarvoor geldende regels in acht te nemen. Gezien de recente jurisprudentie van het Hof van Justitie over eenzijdige wijzigingsbedingen zoals behandeld in hoofdstuk 3 is het overigens de vraag of een dergelijke handelwijze heden ten dage nog aanvaardbaar is. De Hoge Raad acht dit vooralsnog voor gemeenten niet onaanvaardbaar.[156]

5.4.2 Wijziging of vervanging index

Het komt voor dat de index die in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden wordt genoemd als grondslag voor de periodieke indexering van de canon door de opsteller daarvan wordt gewijzigd of vervangen door een of meer andere index(en) met een andere grondslag. Dan moet veelal door uitleg worden bepaald of de gewijzigde index van toepassing is op de erfpachtcanon en, in het geval meerdere indexen in aanmerking komen, welke index het beste aansluit bij de bestaande afspraken. Daarnaast kan onenigheid ontstaan over het beginpunt van indexering in de vorm van het aanvangsbedrag en over het beginpunt van de index in de vorm van het jaar dat als uitgangspunt wordt genomen. Bij stedelijke erfpacht wordt over het algemeen gebruikgemaakt van een consumentenprijsindex en levert wijziging geen knelpunten op. Bij agrarische erfpacht kan een wijziging van de pachtnormen tot problemen leiden. Na een indexwijziging hebben erfpachter en grondeigenaar vaak een verschillende opvatting van de juiste index.

---

154 HR 28 mei 1976, ECLI:NL:HR:1976:AC5743, *NJ* 1977/449, m.nt. W.H. Heemskerk (*Amsterdam/Kuiper*). Dit arrest is behandeld in par. 4.4.2.

155 Hof Amsterdam 7 mei 1987, ECLI:NL:GHAMS:1987:AS8144, *BR* 1989, p. 212 (*Fris/Amsterdam*), r.o. 1 citeert de wijziging: "Bij besluit van de gemeenteraad van Amsterdam van 1 februari 1978 is onder meer bepaald dat de AB 1966 moeten worden geacht een herziening in te houden van alle algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht, welke tot 18 augustus 1966 door hem zijn vastgesteld."

156 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 5.1.6: "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) (…)."

Een voorbeeld van een gewijzigde CBS-index bood een arrest uit 1992.[157] Bij uitgifte in erfpacht in 1974 van een perceel grond te Lauwersoog met toepassing van de algemene erfpachtvoorwaarden van de dienst Domeinen was in de erfpachtakte opgenomen dat de canon voor het eerst op 1 januari 1978 en vervolgens telkens na vijf jaar zou worden verhoogd op basis van het CBS-indexcijfer der groothandelsprijzen. In 1983 waren de indexcijfers groothandelsprijzen afgeschaft en berekende de opvolgende erfverpachter de canonindexering op basis van het 'prijsindexcijfer producentenprijzen finale producten' van het CBS. De erfpachter weigerde de verhoging te betalen, onder meer omdat hij het niet eens was met de gekozen index en stelde voor 'het indexcijfer gemiddelde koopprijzen van bouwterreinen voor industriële bouw gekocht van anderen dan gemeenten' te hanteren en om uit te gaan van 1978=100 in plaats van 1973=100 zoals de erfverpachter had voorgesteld. De rechtbank besliste bij vonnis van 26 augustus 1988 dat geïndexeerd mocht worden op grond van het door de erfverpachter voorgestelde indexcijfer en dat oordeel werd in hoger beroep en in cassatie niet weersproken.

Het Pachtnormenbesluit 1977 lag bij vestiging van een erfpachtrecht in 1984 ten grondslag aan de bepaling over tienjaarlijkse canonindexering terwijl de aanvangscanon op een aanmerkelijk hoger niveau was vastgesteld dan de maximale pachtprijs conform dat besluit.[158] Nadat dit besluit was vervangen door het Pachtnormenbesluit 1995 berekende de erfverpachter de canonindexering per 1 november 1994 op grond van het nieuwe besluit. De erfpachter weigerde de verhoging te betalen en vorderde canonverlaging op grond van het Pachtnormenbesluit, wat echter in strijd was met de vestigingsakte en naar het oordeel van het hof ook niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.[159]

Het knelpunt van de gewijzigde index lijkt relatief eenvoudig te ondervangen door in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden voor dat geval een regeling op te nemen. Dit levert echter niet altijd de vereiste duidelijkheid op. Bijvoorbeeld niet als wel rekening wordt gehouden met het stopzetten van een index, maar niet met een wijziging daarvan. In een andere zaak over agrarische erfpacht leidde de gewijzigde systematiek van het Pachtnormenbesluit 1995 tot discussie over de wijze van indexering. In de vestigingsakte was op gedetailleerde wijze een vijfjaarlijkse canonindexering afgesproken, met een regeling ingeval het Pachtnormenbesluit zou komen te vervallen:

---

157 HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0805, *NJ* 1993/153 (*Provincie Groningen/Vebervis*). Dit arrest is behandeld in par. 2.4.3.2. Het rechtbankvonnis van 26 augustus 1988 is niet gepubliceerd. De zaak concentreerde zich in hoger beroep en cassatie op de vraag of de opvolgende grondeigenaar gebonden was aan een bij vestiging gemaakte obligatoire overeenkomst om de canon alleen te verhogen indien de bedrijfsresultaten van de erfpachter daartoe aanleiding gaven; de geldigheid van het door de grondeigenaar gekozen indexcijfer kwam daarbij niet meer aan de orde.

158 Hof Leeuwarden 21 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE6801 (*erfpachter/grondeigenaren*).

159 Hof Leeuwarden 21 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE6801, r.o. 7: "Voorzover die indexering [conform het Pachtnormenbesluit] er al toe heeft geleid dat de canon nog steeds op een relatief hoog niveau ligt ([de grondeigenaren] hebben dat gemotiveerd betwist), is dat niveau naar het oordeel van het hof niet zo onaanvaardbaar hoog dat op gronden van redelijkheid en billijkheid dienaangaande een correctie behoort plaats te vinden. Daarbij dient te worden bedacht dat de overeenkomst tussen partijen ruim 16 jaar loopt. De verhoging bedraagt derhalve minder dan 4 % per jaar, hetgeen – zeker gelet op de sterke stijging van de grondprijzen in bedoelde periode – niet als extreem valt aan te merken." De erfpachter had niet zozeer bezwaren tegen de indexering conform het nieuwe Pachtnormenbesluit, maar wilde in strijd met de afspraken de hoogte van de canon ook aan dat besluit aanpassen.

> "3. Indien de overheid te eniger tijd het uitvaardigen van een Pachtnormenbesluit mocht staken, zal een zoveel mogelijk vergelijkbaar indexcijfer worden gehanteerd. Bij verschil van mening hieromtrent zal door de meest gerede partij aan de directeur van het Centraal Bureau voor de Statistiek een uitspraak worden gevraagd welke voor partijen bindend is."[160]

In 1995 werd in het Pachtnormenbesluit de indeling naar grondsoort vervangen door een norm per regio. In geschil was onder meer de vraag of de canon cumulatief geïndexeerd moest worden en vooral welke systematiek moest worden gevolgd. De erfpachter uit bovengenoemde zaak koos voor de pachtnorm voor de regio Veenkoloniën/Oldambt, terwijl de erfverpachter koos voor uitsluitsel door de directeur van het CBS. Naar het oordeel van de rechtbank was bindend advies van de directeur van het CBS echter niet aan de orde omdat de overheid de uitvaardiging van het Pachtnormenbesluit niet had gestaakt. De systematiek van dat besluit was wel ingrijpend gewijzigd, er werd geen hoogst toelaatbare basispachtprijs voor zeekleigronden categorie II meer vastgesteld zodat de in de erfpachtakte omschreven indexering niet zonder meer kon worden uitgevoerd. De rechtbank was van oordeel dat het gewijzigde Pachtnormenbesluit wel als leidraad voor canonindexering kon dienen omdat het besluit nog steeds bepalend was voor de ontwikkeling van de pachtprijzen van percelen zoals het onderhavige. Het was de bedoeling van partijen dat de canon na verloop van tijd zou stijgen of dalen in overeenstemming met de stijging en daling van de pachtprijzen, met dien verstande dat de aanvangscanon ingevolge de vestigingsakte als ondergrens gold. In de verhouding tussen partijen gold de per 1 januari 1991 verhoogde canon als uitgangspunt voor indexering, aldus de rechtbank.[161]

Hoewel het aanbeveling verdient in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden duidelijk vast te leggen wat er dient te gebeuren indien een afgesproken index wijzigt of ophoudt te bestaan, blijkt uit de uitspraken dat wijzigingen in een index niet altijd op voorhand te voorzien zijn. Een vangnetbepaling dat partijen in dat geval in gezamenlijkheid zullen besluiten over de toe te passen index kan dan uitkomst bieden. In de behandelde uitspraken stond de bevoegdheid tot indexering niet ter discussie, maar was uitsluitend de te gebruiken index, dus de inhoud van de wijziging, in het geding. Indien de vestigingsakte geen uitsluitsel geeft en partijen verschillende oplossingen voorstellen met verschillende financiële gevolgen wordt de leemte in de rechtsverhouding ingevuld met behulp van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

5.4.3 Meervoudige inflatievergoeding

Naast Amsterdam voerden ook andere gemeenten vanaf de jaren zestig een zogenoemde waardevaste canon in, met verschillende maatstaven. In de AB 1966 van Amsterdam werd de aanvangscanon elke vijf jaar aangepast aan de hand van een

---

160 Rb. Groningen 15 februari 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AV2013 (*Helenaveen/Brooijmans*), r.o. 2.

161 Rb. Groningen 15 februari 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AV2013, r.o. 3.10-3.12. In het eindvonnis van 20 december 2006 berekende de rechtbank de geïndexeerde canon conform de vestigingsakte en het Pachtnormenbesluit 1995, regionorm Veenkoloniën en Oldambt. Deze berekening kwam uit op een hogere canon voor de jaren 2000 en 2005 dan de erfverpachter had gevorderd zodat de vordering werd toegewezen, Rb. Groningen 20 december 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AZ4497 (*Helenaveen/Brooijmans*). Het is opvallend dat de rechtbank de berekening zelf uitvoerde.

aanpassingscoëfficiënt gebaseerd op de waardestijging van het netto binnenlands product.[162] Rotterdam gebruikte het CBS indexcijfer voor de jaarlijkse indexering.[163] De invoering van de waardevaste canon stuitte op bezwaren bij investeerders zoals het bedrijfsleven, de hypotheekbanken en institutionele beleggers.[164] Die bezwaren richtten zich onder meer op de meervoudige inflatievergoeding waaronder het volgende werd verstaan. Indien de aanvangscanon werd berekend aan de hand van een rentepercentage waarin een geldontwaardingsvergoeding was opgenomen en de canon daarnaast periodiek werd geïndexeerd was het resultaat dat de erfpachter dubbel moest betalen voor inflatie. De erfpachters en hun financiers achtten dat onrechtvaardig en onnodig. Na het debat hierover in de jaren zeventig bleef het stil, maar opgelost is de problematiek nog niet. Hieronder volgt een korte weergave van dat debat dat raakt aan waardeverschillen binnen de rechtsverhouding.

Het was bij stedelijke erfpacht gebruikelijk de aanvangscanon vast te stellen op een percentage van de grondwaarde en voor dat percentage aan te sluiten bij het rentepercentage voor langlopende leningen, de kapitaalmarktrente, zodat de canon werd berekend als het rendement van de grond. Bij stedelijke erfpacht werd vaak aangesloten bij het rentepercentage van door de Bank voor Nederlandse Gemeenten aan gemeenten verstrekte 25-jarige leningen.[165] Dit bleek bijvoorbeeld uit een geschil over een rentepercentage:

> '(…) dat volgens algemene opvatting de canon berekend dient te worden naar een gemiddeld rentepercentage op van op lange termijn opgenomen geldleningen, welk percentage dan nog dient te worden verhoogd met een opslag voor administratiekosten; *dat het rendement van de sedert door de n.v. Bank voor Nederlandse Gemeenten aan de gemeenten verstrekte 25-jarige leningen bijna altijd meer bedroeg dan 6,5% en in 1970 zelfs bijna 9%.*'[166]

162 De Ruiter 1967, p. 50. Zie ook de geciteerde bepalingen uit de AB 1966 in par. 5.3.4.
163 De Jong 1984a, p. 158.
164 De Ruiter 1967, Blom 1973.
165 Die handelwijze bleek onder meer uit het onderzoek van De Jong 1984a, p. 156: "Aansluiting wordt gezocht bij het gemiddelde rentepercentage dat door de NV Bank voor de Nederlandsche Gemeenten (BNG) aan de gemeenten wordt berekend voor geldleningen met een termijn van ten minste 25 jaar, koers 100. Hierbij doen zich echter verschillende varianten voor omdat de ene gemeente het percentage op een bepaald moment neemt, de ander het gemiddelde berekent over een periode van 5 jaar voorafgaand aan de uitgifte, en weer een ander een gewogen gemiddelde sedert een bepaalde datum." Evenzo het handboek van De Haan 1984, p. 167: "Veel meer dan de koopprijs is de canon voorwerp van politieke discussie geworden, met name sinds zij een variabel karakter is gaan dragen. Over de aanvangscanon wordt men het nog wel eens. Die bedraagt meestal een bepaalde rentepercentage, bijv. voor lange-termijnleningen, over de grondprijs." En ook uit Harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden. Rapport van de begeleidingscommissie juridisch-bestuurlijk knelpuntenonderzoek in de bouw 1988 p. 25: "In vrijwel alle voorwaarden is bepaald dat de hoogte van de canon wordt gevormd door een bepaald percentage van de grondwaarde. Voor de bepaling van dit percentage worden diverse methoden gebruikt. Soms wordt aansluiting gezocht bij het gemiddeld effectieve rendement van de door de N.V. Bank voor de Nederlandse Gemeenten verstrekte leningen met een looptijd van 25 jaar." De Commissie De Jong bevestigde het gebruik van deze richtsnoer in De Jong 2009, p. 81: "Stammend uit de periode dat meer kostprijs- dan marktprijsgericht werd gedacht, is de meest voorkomende verwijzing bij gemeentelijke erfpacht die naar de rente bij leningen voor vijfentwintig jaar van de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG) aan gemeenten. Deze rentevoet wordt dan gezien als het canonpercentage. In een aantal gevallen is er daarnaast nog sprake van opslagen voor administratiekosten en/of risico."
166 KB 26 maart 1974, *AB* 1974/179 (*canonherziening Oostburg*), p. 418. Nadruk toegevoegd.

In die kapitaalmarktrente was een vergoeding voor inflatie opgenomen.[167] Die rentevergoeding bestond uit drie componenten: een vergoeding voor het ter beschikking stellen van kapitaal, een vergoeding voor het risico van de uitlener dat de lener niet zou kunnen terugbetalen (een risico dat bij erfpacht nihil is) en een vergoeding voor de geldwaardevermindering of inflatie. Het indexeren van de canon strookte niet met dat laatste, "Immers, hierdoor wordt de inflatievergoeding die al begrepen is in het rentepercentage eveneens jaarlijks gecorrigeerd. Dit is dubbelop en dus niet redelijk."[168] Deze dubbele inflatievergoeding werd alom als onredelijk beschouwd, althans vanuit het gezichtspunt van de erfpachter en zijn financiers.[169] De erfverpachter incasseerde op deze wijze een 'inflatiewinst'.[170] De Raad voor Onroerende Zaken stelde in een nota over erfpacht uit 1977 vast dat er zelfs regelingen bestonden waarin viermaal een vergoeding voor de inflatie was opgenomen:

> "Bovendien zijn er regelingen waarin viermaal een vergoeding voor de inflatie is opgenomen. Een vergoeding door de inflatie wordt reeds verkregen uit het louter bezit van de grond zelf (1). Zij is als stille reserve voortdurend aanwezig. Als de canon voor het ter beschikking stellen van de grond op het niveau van de marktrente wordt gesteld ontvangt de gemeente ook langs deze weg de in rente begrepen vergoeding van de inflatie (2). Is de canon aan indexering onderhevig doordat zij bijvoorbeeld de huurpeilindex of de index voor de prijzen van de gezinsconsumptie volgt, dan incasseert de gemeente ten derde male de vergoeding voor de inflatie (3). Voor de vierde maal ontvangt zij een vergoeding door de waarde van de grond, die de basis is voor de bepaling van de canon, periodiek bij te stellen (4)."[171]

Erfpachtgemeenten zijn vanaf de jaren zestig in groten getale overgestapt op een stelsel met periodieke tussentijdse canonherziening gecombineerd met indexe-

167 Boon 1973, p. 364: "In de rente voor obligaties en leningen zit een zeker element ter compensatie van de geldontwaarding." Zie ook Blom 1973, p. 425-426: "In de huidige leenrentevoet – 8,5% of meer – zit een 'geldontwaardingsvergoeding' voor de geldgever. Van te voren staat vast dat hij rente en aflossing zal ontvangen in krimpende guldens. *Globaal gesproken krijgt de geldgever 3,5% reële rente en 5% per jaar vergoeding voor de waardeuitholling van de hoofdsom*." Nadruk toegevoegd.

168 Breedveld 2003, p. 7.

169 Blom 1973, p. 426: "Indien een gemeente grond uitgeeft tegen een vaste canon van *f* 85 per jaar per *f* 1.000 grond, betaalt de pachter al een stevige 'geldontwaardingsvergoeding'. Indien die canon bovendien nog voor inflatie geïndexeerd wordt, moet de erfpachter dubbel voor inflatie betalen. Stel dat de prijsindex van het binnenlands product met 5% per jaar stijgt (…). Deze oplopende canon komt in werkelijkheid overeen met een gemiddelde rentevoet van 13% per jaar. Daarvan moet de gemeente 8,5% per jaar afdragen op de door haar opgenomen leningen, en het surplus van 4,5% gemiddeld per jaar is winst voor de gemeente." Zie ook Blom 1974, p. 34: "Wat betreft canonindexatie: het is natuurlijk wél met dubbel krijt schrijven. Het basis-canonpercentage ligt al vér boven een reële rentevoet, en wordt dan nog geïndexeerd ook. De grondgebruiker moet dubbel voor inflatie betalen. Of laten we het maar nog scherper stellen: de gemeente probeert risicoloos inflatiewinsten te maken."

170 Boon 1973, p. 366: "Indien dit [de canon indexeren] inhoudt dat de aanvangscanon zou worden gesteld op het niveau van de 'vaste' canon van bijv. 7% dan betekent dit dat de gemeente een rente op de grond maakt van bijna 13%. Dit percentage is veel hoger dan het percentage dat de belegger op de investering in onroerend goed incl. de grond zou maken." Zie ook Nederlandse Consumentenbond 1979, p. 14: "Een behoorlijk aantal gemeenten indexeert de canon, terwijl die canon tevens ligt op het niveau van de marktrente. Daarin schuilt in wezen een dubbele kompensatie voor de geldontwaarding. (…) in de marktrente zit echter naast een reële interestvergoeding van enkele procenten ook een groot deel inflatievergoeding. Zo laten deze gemeenten zich dus dubbel vergoeden voor de geldontwaarding."

171 Monchen, Beelen & Bouwcentrum 1982, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer 1982, p. 84. De Raad voor Onroerende Zaken was een overlegorgaan waarin diverse organisaties uit de onroerend goed wereld participeerden, zoals de Vereniging van Bouwondernemers, de Vereniging van Hypotheekbanken, de Spaarbankbond, de Notariële Broederschap en de Bankiersvereniging. Dezelfde viervoudige inflatievergoeding werd gesignaleerd door Assink die daaraan toevoegde, Assink 1978, p. 494: "Een dergelijke erfpachtspolitiek schrikt investeerders in hoge mate af. Daarnaast zijn deze kostenverhogende effecten inflatiebevorderend nadelig voor de gewone burgers, zowel huurder als koper van een eigen woning."

ring. Het rapport 'Harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden' van de begeleidingscommissie juridisch-bestuurlijk knelpuntenonderzoek in de bouw formuleert de bezwaren tegen indexering van de canon naast hertaxatie:

> "In veel erfpachtsvoorwaarden, welke in de jaren zestig en zeventig zijn opgesteld, wordt voorzien in een periodieke aanpassing van de canon aan de ontwikkeling van de kosten van levensonderhoud c.q. de prijsontwikkeling, zodat de inflatie min of meer gevolgd wordt. Aan een dergelijke indexering van de canon kleven twee belangrijke bezwaren. Allereerst *is het niet goed mogelijk een parameter te vinden die de waardeontwikkeling van het onroerend goed op een juiste manier weergeeft*. De ontwikkeling van de kosten van levensonderhoud bijvoorbeeld heeft weinig te maken met de ontwikkeling van onroerend-goedprijzen. (…) Belangrijker is echter dat, wanneer indexering naast hertaxatie gehanteerd wordt, gemeenten in wezen tweemaal het inflatiedeel in de waardeontwikkeling van het goed doorberekenen. Immers, bij de periodieke hertaxatie wordt de canon reeds gecorrigeerd door de gestegen grondprijzen, en ditzelfde gebeurt bij indexering, zij het op basis van algemene maatstaven die de inflatieontwikkeling tot uitdrukking brengen. De inflatiecomponent in de waardeontwikkeling wordt overigens ook al in het rentepercentage, dat gemeenten berekenen aan de erfpachter, doorberekend. Zo gesteld, zouden (…) de gemeenten dus drie keer de inflatievergoeding incasseren. Wat daarvan zij (…) de combinatie hertaxatie en indexering leidt onvermijdelijk tot onbillijkheden jegens de erfpachter."[172]

In de model-gronduitgiftevoorwaarden wordt daarom afgezien van indexering en voorgesteld om de inflatie slechts eenmaal door te berekenen door óf een geïnfleerd canonpercentage zonder indexering te hanteren óf een reëel canonpercentage met indexering.[173] Indien de canon gedurende de looptijd van het recht wordt geïndexeerd, moet een lagere aanvangscanon gelden.[174] De gemeente Den Haag

172 De Haan 1988, p. 77-78 en 151. Nadruk toegevoegd. Zie ook De Haan 1984, p. 134: '(…) in de laatste tijd vindt (…) een omschakeling plaats op systemen van indexatie en periodieke aanpassing aan de waardestijging (bv. eens per vijf jaar). Daarbij komen echter belangrijke problemen naar voren, o.a. betrekking hebbend op de vraag of niet met dubbel of drievoudig krijt geschreven wordt, doordat én de stijging van de rente én de geldontwaarding via indexatie in aanmerking worden genomen en soms zelfs daarenboven een veronderstelde reële waardestijging van de grond.' Zie ook Nelisse 2008, p. 135: "Een belangrijk punt van kritiek op de nieuwe regeling [de AB 1966] betrof de constatering dat de erfpachter voortaan een dubbele vergoeding voor de inflatie moest betalen. Immers, in het canonpercentage zat al een 'geldontwaardingsvergoeding' voor de gemeente. Wanneer die canon bovendien geïndexeerd werd, betaalde de erfpachter dubbel voor inflatie. Dit met dubbel krijt schrijven van de gemeente kon als misbruik van het grondmonopolie van de gemeente beschouwd worden. De grondgebruikskosten werden immers op ongerechtvaardigde en onrechtvaardige wijze opgedreven."

173 Blom 1973, p. 426: 'Men kan op twee verschillende wijzen met inflatie rekening houden: met een geïnfleerd canonpercentage (bv. 8,5% per jaar) óf met een indexering van reëel canonpercentage (bv. 4%). Maar beide boven op elkaar is totaal onredelijk." De vereniging van projectontwikkelings-maatschappijen NEPROM deed in een rapport uit 1981 over erfpacht en woningbouw de aanbeveling aan de gemeenten het systeem van de dubbele inflatieheffing te vervangen door een enkelvoudige inflatievergoeding: "Loslaten van het systeem van de dubbele inflatieheffing, in die situaties waar afkoop niet van toepassing is. Mocht men blijven vasthouden aan de jaarlijkse heffing van de canon, dan zal gekozen moeten worden voor een waardevaste (geïndexeerde) canon op basis van de reële rentevergoeding, of voor een niet of nauwelijks geïndexeerde canon op basis van de actuele marktrente, zodat geen aanwijsbare inflatiewinsten via de erfpachter toevloeien aan de gemeente. Gezien de moeilijkheid om het inflatiebestanddeel als component van de rente af te zonderen pleiten wij voor het laatste, het loslaten van de indexering van de canon' (geciteerd in Monchen, Beelen & Bouwcentrum 1982, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer 1982, p. 82).

174 Boon 1973, p. 365: "Indien de canon wordt geïndexeerd overeenkomstig de prijsindex (5%) dan mag de aanvangscanon slechts 2,7% (3,7%) van de investering in de grond bedragen. Wanneer een matige indexering wordt toegepast, bijvoorbeeld stijging canon is gelijk aan de helft van de stijging van de prijsindex (dus 2,5%), dan bedraagt de aanvangscanon 3,4% (4,6%) van de investering. In alle gevallen zullen voor de gemeenten financieringsmoeilijkheden ontstaan, omdat in de huidige conjuncturele situatie leningen tegen ca. 7,5% kunnen worden verkregen. Een geïndexeerde lening met een laag aanvangspercentage zal hier uitkomst kunnen bieden." Daarnaast kan matiging van de indexering worden toegepast, een vijfjaarlijkse indexering in plaats van een jaarlijkse en een koppeling aan de maximale huurprijsstijging.

nam in de Nota Gronduitgiftebeleid uit 1974 de gedachte over dat de geldontwaarding slechts eenmaal in de canon moet worden doorberekend.[175] Bij de wijziging van het Haagse erfpachtbeleid in 1986 werd een canon ingevoerd die bij aanvang wordt vastgesteld op een percentage van de grondwaarde en elke vijf jaar wordt herzien aan de hand van het rentepercentage voor (hypothecaire) leningen. Daarmee wordt in Den Haag geen dubbele inflatie meer doorberekend.[176]

Of andere gemeenten dit voorbeeld wilden navolgen was geheel aan hen. Voorstellen voor een structurele oplossing haalden het wederom niet. Assink stelde een 'raamwet erfpacht' voor met de volgende uitgangspunten ten aanzien van de vaststelling van de canon:

> "Bij de canonvaststelling dient de werkelijke grondwaarde als uitgangspunt te worden genomen. (…) Voorts zal de canon gebaseerd moeten worden op een percentage van de eerder genoemde grondwaarde. Dit percentage zou gesteld moeten worden op de gemiddelde marktrente van de voorafgaande maand met dien verstande, *dat in een stelsel van canonherziening in verband met de geldontwaarding de als basis genomen marktrente ontdaan moet worden van de inflatiecomponent ter voorkoming van een tweezijdig cumulerende inflatiecompensatie*. Bovendien dient bij een herziening van de canon in verband met de inflatie maximaal gelijke tred te worden gehouden met de ontwikkeling van het netto huurniveau van de opstal."[177]

Het rapport 'Harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden' bevat een modelverordening voor uitgifte in voortdurende erfpacht zonder indexering. Volgens dit model wordt de canon alleen om de vijf jaar aangepast aan de renteontwikkeling:

> "Artikel 25 Aanpassing van de canon/rentewijziging: 25.1 Indien de canon niet (…) ineens en bij vooruitbetaling is voldaan, wordt deze telkens na verloop van een periode van vijf jaar aangepast aan de ontwikkeling van de marktrente. (…) Toelichting: (…) wordt de canon (…) uitsluitend aan rentefluctuaties aangepast. *Afgezien is van canonindexering*: aanpassen van de canon aan een indexcijfer, zoals dat voor de gezinsconsumptie of de omvang van het binnenlands product. Hiermee wordt een grote mate van gelijkstelling met de eigenaar van de grond bereikt die niet meer dan een fluctuerende rente over een vaststaand bedrag betaalt. In een dergelijke rente is de waardevermindering van het geld reeds verdisconteerd zodat een indexering dubbelop zou zijn."[178]

De aandacht voor deze problematiek nam af met het dalen van de inflatie, maar opgelost is het niet. De Commissie De Jong adviseerde in haar rapport 'Groene erfpacht in balans' uit 2009 aan Staatsbosbeheer om het canonpercentage op een zodanige wijze op te bouwen dat de canon gedurende de looptijd van het erfpachtrecht niet meer hoeft te wijzigen:

---

175 Santen 1975, p. 514 citeert deze nota van de gemeente Den Haag: "Door indexering zonder correctie van de aan de canonvaststelling ten grondslag liggende rentevoet zou de gemeente derhalve haar 'inflatieverlies' dubbel compenseren. Ik meen dat deze gedachte juist is. Daarmee is niet de grondslag (indexatie) maar wel de uitwerking van het systeem van Amsterdam veroordeeld."

176 De Wolff, Ploeger & De Jong 2006, p. 51 en 53.

177 Assink 1978, p. 495. Nadruk toegevoegd.

178 De Haan 1988, p. 151. Nadruk toegevoegd.

> "Frequente aanpassing van het canonpercentage en van de grondwaarde worden door erfpachters niet gewaardeerd. Een grote mate van volatiliteit is in strijd met de status van erfpacht als een op eigendom gelijkend recht. De Commissie geeft er de voorkeur aan om – gegeven de eerdere keuze voor de voortdurende erfpacht – een dusdanig canonpercentage te kiezen, dat deze een tijdvak lang gelijk kan blijven: derhalve *een vaste canon voor dertig jaar*. Deze keuze komt tegemoet aan de gewenste stabiliteit en transparantie van de erfpacht. Ook al vindt een waardemutatie van grond in theorie elk moment plaats, de commissie acht de inning ervan een zaak van de langere termijn. Het advies behelst in feite *het terug draaien van de trend om bij voortduring de canon aan te passen, waarbij het mogelijk toenemen van een reële canonsprong wordt geaccepteerd*. Het komt de emancipatie van erfpacht en de maatschappelijke acceptatie ervan ten goede. Het houdt in, dat de bloot eigenaar meer oog heeft voor het vermogensrisico van een erfpachter en de meerwaarde, die deze creëert door zijn investeringen in grond en opstal."[179]

Een standaard heeft zich niet ontwikkeld. Ten tijde van de discussie eind jaren zeventig, begin jaren tachtig was de kapitaalmarktrente bijzonder hoog, daarna zette een daling in die nog steeds voortgaat.[180] Maar dat heeft de praktijk niet veranderd en de kritiek ook niet.[181] De dubbele inflatievergoeding komt niet alleen voor bij stedelijke erfpacht, maar ook bij groene erfpacht en bij de overheid.[182] Enige recente uitspraken getuigen daarvan.

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt in 2013 dat een bepaling in algemene erfpachtvoorwaarden van een recreatiepark die inhoudt dat bij canonherzie-

---

179 De Jong 2009, p. 83-84. Nadruk toegevoegd. De minister volgde dit advies om een vaste canon te hanteren niet op, *Kamerstukken II* 2009/10, 29659, 39, p. 6: "Wanneer dertig jaar geen indexatie heeft plaatsgevonden, is de kans aannemelijk dat de erfpachters dan worden geconfronteerd met zeer grote stijgingen. In feite ontstaat dan dezelfde discussie als nu. Ik vind dit in strijd met mijn uitgangspunt dat er moet worden gewerkt aan een duurzame oplossing. Ook is dit voorstel in strijd met mijn uitgangspunt van marktconformiteit. Bij een stijgend prijsniveau zal een vaste canon gaandeweg de periode van 30 jaar immers relatief steeds lager worden. Indexering is ook gebruikelijk in de markt. Ik ben daarom ook van mening dat een vorm van indexering noodzakelijk is." Bij toepassing van de Algemene Erfpachtvoorwaarden Staatsbosbeheer uit 2015 wordt de canon ieder jaar geïndexeerd en iedere tien jaar herzien.

180 Boon 1973, p. 364. De 'Nota Volkshuisvesting' ging in 1973 uit van een kapitaalmarktrente voor investeringen in woningbouw van 8,5% en voor investeringen in niet-woningbouwprojecten van 9,5%. Volgens Nederlandse Consumentenbond 1979, p. 14 lag de marktrente in 1979 nog steeds boven de 8%. Voor de daling tot 0,5% in januari 2015 zie dit bericht met grafiek van het CBS van 12 februari 2015, <www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2015/07/rente-daalt-alsmaar-verder>, geraadpleegd op 8 juni 2018.

181 De Jong 2009, p. 46-47: "De grondwaarde wordt gezien als de contante waarde van het toekomstig nut, waaronder de waardevastheid van grond. In een marktrente, bijvoorbeeld de rente voor tienjarige obligaties ad 4% geldt 1,5% als reële rente, is 2% opslag toe te rekenen aan de dekking voor inflatie en 0,5% de inflatierisicopremie. In een veel gebruikte rentevoet zit de inflatiecomponent begrepen, zodat het dubbel op wordt indien indexatie van de grondwaarde wordt doorberekend. Wordt tussentijds aangepast voor de gestegen grondwaarde, dan is die grondwaarde stijging mede veroorzaakt door de inflatie. Reëel is om het canonpercentage vast te stellen inclusief inflatiecomponent en verder geen inflatievergoeding te vragen." Zie ook Nelisse 2008, p. 135: 'canonindexering is op zich niet verkeerd, maar (…) hangt het van de aanvangscanon af of er sprake is van een dubbele inflatievergoeding. In de praktijk betreft de aanvangscanon een op de lange rente gebaseerd percentage. Hierin zit inderdaad reeds een vergoeding voor inflatie. Echter, zou in de aanvangscanon het mislopen van de verwachte waardestijging verdisconteerd worden, dan zou er sprake zijn van een Pareto-verbetering.' En op p. 136: "Het fenomeen van de dubbele inflatievergoeding doet zich overigens volledig voor bij erfpachtstelsels met een op de lange rente gebaseerde canon die vervolgens geïndexeerd wordt, en gedeeltelijk bij een erfpachtstelsel waarin de indexatie gematigd wordt zoals in Amsterdam het geval is."

182 Seijffert en De Lange stellen dat het beleid voor erfpacht van overheidsgronden berust op onjuiste uitgangspunten wat onder meer blijkt uit het feit dat de inflatie dubbel in rekening wordt gebracht. Zij stellen een meer objectieve maatstaf voor een waardevaste canon voor bestaande uit netto reëel rendement en jaarlijkse inflatie, zie F. Seijffert en K.M. de Lange, 'Onjuiste berekeningswijze maakt erfpacht van overheidsgronden buitensporig duur', gepubliceerd op 1 december 2012 op de website van De Landpachter, <blhb.nl/landpachter/landpachter-items/dossier-erfpacht-/-onjuiste-berekeningswijze-maakt-erfpacht-van-overheidsgronden-buitensporig-duur.html>, geraadpleegd op 8 juni 2018.

ning zowel hertaxatie als indexatie plaatsvindt onredelijk is tegenover de erfpachters:

> "Het hof deelt ook het oordeel van de rechtbank dat in de lezing die de Gemeente heeft gegeven aan deze bepaling in de erfpachtvoorwaarden wel een *onaanvaardbare verhoging van de canon* wordt gecreëerd. Door zowel iedere 15 jaar de waarde van de in erfpacht uitgegeven gronden te taxeren en aan de berekeningen van de canon ten grondslag te leggen als met de waardeontwikkeling rekening te houden door het percentage dat van die waarde als canon moet worden betaald te indexeren wordt – in ieder geval na de eerste 15 jaar – *de waardeontwikkeling van de gronden dubbel verdisconteerd*. Dat zou in ieder geval *onredelijk* zijn tegenover de erfpachters."[183]

De rechtbank had geoordeeld dat de op deze basis vereiste canonverhoging strijdig was met de eisen van redelijkheid en billijkheid.[184] Een tussen partijen overeengekomen bevoegdheid tot canonherziening kon aldus niet worden uitgeoefend omdat deze, mede gezien de omstandigheden van het geval, onredelijk was voor de erfpachters.

In het kader van een procedure tegen een hoogheemraadschap voerden opstalhouders in 2015 een kort geding over dubbele inflatievergoeding.[185] Vast stond dat de grondeigenaar de aanvangsretributie had berekend aan de hand van een rentepercentage waarin een inflatievergoeding was opgenomen en dat de retributie daarna vijfjaarlijks zou worden verhoogd met een vast percentage van vijf procent. De opstalhouders stelden dat dit vaste percentage ten onrechte ook een actualisering in verband met de inflatie inhield, onder verwijzing naar het bepaalde in een arrest van het hof Den Haag in een zaak tussen dezelfde partijen.[186] Het kort geding ging over de uitleg van de toezegging van de grondeigenaar af te zien van verdere doorberekening van inflatie in latere wijzigingen van de retributie en het oordeel van het hof dienaangaande. Waarbij de crux zat in het woord *verdere*

---

183 Hof Den Bosch 14 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA0218 (*De Wildhorst c.s./Bernheze*), r.o. 4.7.6. Nadruk toegevoegd. De hier toegepaste indexering van het canonpercentage is ongebruikelijk, zie Hof Den Bosch 26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1884 (*Mooi Weer c.s./Bernheze*), r.o. 14.10.

184 Rb. Den Bosch 29 april 2009 en 28 september 2011, niet gepubliceerd, maar kenbaar uit r.o. 4.7.1 van het arrest: "In de door [appellanten c.s.] aangehaalde rechtsoverweging 3.9.2 van het [tussen]vonnis van 29 april 2009 heeft de rechtbank overwogen dat de door haar genoemde stijging van de canon in 2007 respectievelijk 2008 in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid die de Gemeente als erfverpachter ten opzichte van [appellanten c.s.] in acht dient te nemen." De rechtbank benoemde daarop drie onafhankelijke deskundigen, die onder meer eenzelfde oordeel rapporteerden, citaat uit het arrest r.o. 4.7.2: "Daarbij hebben zij opgemerkt dat die clausule naar hun oordeel leidt tot een thans behoorlijke, en in de toekomst enorme depreciatie van de marktwaarde van de kavels welke belast zijn met het recht van erfpacht. Zij achten het onredelijk en ongewenst dat enerzijds periodiek (in casu iedere 15 jaar) de grondwaarde opnieuw wordt vastgesteld en gelijktijdig het rentepercentage steeds verder verhoogd wordt." De rechtbank neemt dat oordeel over en het hof bevestigt dat oordeel. Het hof had ook Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten kunnen toepassen nu de bepaling was opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden, zie hoofdstuk 3.

185 Rb. Den Haag (vzr) 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12823 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*). Dit oordeel was eveneens van toepassing op erfpachtrechten.

186 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 27: "Van een actualisering van de retributie in verband met de inflatie (…) wordt afgezien, zoals het Hoogheemraadschap in de akte uitlating producties heeft betoogd en ten pleidooie heeft bevestigd." En in het dictum: 'verklaart voor recht dat het Hoogheemraadschap jegens [appellant sub 2], [appellant sub 3], [appellanten sub 4], [appellant sub 5] en [appellant sub 6] bij verlenging/heruitgifte van het opstalrecht gerechtigd is tot uitvoering van het besluit van 12 april 2011, waarbij is besloten tot toepassing van de methodiek voor aanpassing van de retributie met 5% per 5 jaar en *wordt afgezien van verdere doorberekening van inflatie* en van veranderingen in de WOZ-waarde van de betreffende percelen.' Nadruk toegevoegd.

doorberekening.[187] De vordering van de opstalhouders tot vermindering van de aanvangsretributie met de inflatievergoeding kon echter niet worden toegewezen omdat de toezegging van het hoogheemraadschap en de uitleg van het hof daar geen betrekking op hadden. De opstalhouders hadden wel een punt. In de uitspraken over deze zaak wordt het besluit tot retributiewijziging soms aangeduid als 'een vijfjaarlijkse indexering met 5%' en ook de A-G wijst in haar conclusie op de terminologische verwarring omtrent de vraag of de vijfjaarlijkse retributieherziening een indexering inhoudt.[188] Het onderliggende punt is dat dubbele doorberekening van inflatie niet redelijk is.

De bancaire richtlijn van de Nederlandse Vereniging van Banken voor de hypothecaire financiering van erfpachtrechten van particuliere grondeigenaren schrijft voor dat dubbele indexering van de canon moet worden vermeden. Indien een canon wordt geïndexeerd mag in het canonpercentage geen inflatievergoeding zijn opgenomen:

> "Als nominale basis [voor het canonpercentage bij aanvang] kan ten hoogste worden gekozen voor Nederlandse staatsobligaties met een opslag van maximaal 2% of voor geldende hypotheekrentes zonder opslag. Voor erfpachtrechten waarbij de canon wordt geïndexeerd moet het canonpercentage een reëel percentage zijn (nominaal percentage minus inflatieverwachting)."[189]

Als gekozen wordt voor indexatie moet dat volgens de richtlijn jaarlijks geschieden met als indexatiefactor de consumentenprijsindex of een andere objectieve Nederlandse index.[190] De bancaire richtlijn is op dit moment de enig beschikbare vorm van standaardisering. Hoewel deze tot stand is gekomen binnen één sector van belanghebbenden bij erfpachtrechten, de hypotheekverstrekkende banken, alleen van toepassing is op erfpachtrechten van particuliere erfverpachters en de status heeft van een richtlijn die iedere bank vrijlaat zijn eigen keuzes ten aanzien van financiering van erfpachtrechten te maken, is het een vorm van zelfregulering die in staat is om met harde gegevens zoals een rode notariële opinie, de effecten van onredelijke erfpachtvoorwaarden op met name de overdraagbaarheid van erfpachtrechten aan te tonen. Zoals gezien in hoofdstuk 3 bij de bespreking van de toetsing van algemene erfpachtvoorwaarden kan dat tot gevolg heb-

187 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 3.7.2: "Die lezing [van het hof] komt erop neer dat toepassing van de methodiek waarin de retributie vijfjaarlijks met 5% wordt aangepast, meebrengt dat wordt afgezien van (verdere) doorberekening van inflatie. Aangezien daarmee volledig is tegemoetgekomen aan hetgeen SBOH c.s. beogen, hebben zij geen belang bij hun klacht."

188 Rb. Den Haag 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12823, r.o. 2.6 en conclusie A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:526, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, par. 3.13: "Ten slotte is in het rapport van RIGO van december 2010 vermeld dat de daarin (naar aanleiding van het vonnis van 18 augustus 2010) geadviseerde vaste vijfjaarlijkse indexering met 5% kan voorzien in een 'gematigde, gedeeltelijke vergoeding voor de te verwachten waardestijging van de grond' (p. 3)." Zie ook par. 3.41-3.47 waarin de A-G tot de conclusie kwam dat het onderdeel terecht was voorgesteld, een oordeel dat door de Hoge Raad niet werd gevolgd.

189 NVB, Bancaire richtlijn financierbaarheid erfpachtrechten (te vestigen) vanaf 1-1-2013, p. 7-8. Bron: <www.nvb.nl/thema-s/wonen/200/particuliere-erfpacht.html>, geraadpleegd 25 juli 2018.

190 Bancaire richtlijn, toelichting op punt 16, p. 9: "Om een discussie over indexatiefactoren te voorkomen wordt geadviseerd, indien van toepassing, de consumentenprijsindex, reeks alle huishoudens, zoals gepubliceerd door het CBS, te hanteren. Het maakt daarbij niet uit welke referentiemaand wordt gehanteerd. Dit indexcijfer is algemeen bekend en ook leidend bij de verhoging van de huurprijzen. De consumentenprijsindex mag niet worden verhoogd of verlaagd met op- of afslagen of vermenigvuldigingsfactoren." Volgens deze richtlijn wordt erfpachtrechten uitsluitend gevestigd voor onbepaalde tijd en wijzigt de canon uitsluitend door indexatie of na herziening. Ook voor herziening geeft de richtlijn gedetailleerde voorschriften.

ben dat een onredelijk canonherzieningsbeding wordt vernietigd of buiten toepassing moet blijven.

De dubbele of meervoudige inflatievergoeding kan een knelpunt worden genoemd. Het treedt op sinds in de jaren zestig bij stedelijke erfpacht de vaste canon werd verruild voor een periodiek te indexeren canon. Vanaf het begin is er kritiek geweest vanuit de kringen van erfpachters op stelsels waarin de canongrondslag reeds een inflatiecomponent bevatte. Diverse oplossingen werden voorgesteld zonder dat dat heeft geleid tot consensus. Erfverpachters zijn over het algemeen onveranderd doorgegaan met het bedingen van dubbele inflatie, met uitzondering van de gemeente Den Haag en de hieronder te bespreken aanpassingen van het beleid in Amsterdam.

5.4.4 Verminderde en geen inflatiecorrectie

Bij de totstandkoming van de AB 2000 van de gemeente Amsterdam werd de dubbele inflatievergoeding vervangen door een verminderde inflatiecorrectie. En voor nieuwe eeuwigdurende erfpachtrechten waarop de AB 2016 van toepassing zijn wordt, indien gekozen wordt voor jaarlijkse betaling van een indexcanon, de canon niet langer bepaald aan de hand van een percentage of factor waarin een inflatievergoeding is opgenomen.

In het kader van het honderdjarig bestaan van het Amsterdamse erfpachtstelsel werd het stelsel in 1996 kritisch tegen het licht gehouden in een 'operatie groot onderhoud'.[191] Uit onderzoek bleek een aantal onevenwichtigheden in de financieel-economische systematiek van het erfpachtstelsel, waaronder een dubbele inflatievergoeding voor erfpachters die een jaarlijkse canon betaalden. Die canon was gebaseerd op de omslagrente waarin al een inflatievergoeding was opgenomen en werd daarnaast iedere vijf jaar geïndexeerd. Het gevolg was dat de lasten voor deze erfpachters relatief hoog waren in vergelijking met erfpachters die hadden gekozen voor afkoop van de canon.[192] In een alternatieve opzet voor het erfpachtstelsel werden aanbevelingen gedaan om de bestaande onevenwichtigheid in de financiële systematiek te elimineren, waaronder de dubbele inflatievergoeding:

> "Onevenwichtigheden in het bestaande stelsel. Met name voor de indexering van de canon met de volledige inflatie geldt, dat de canonlast voor de erfpachter hoog is ten opzichte van het financieel gezien meer verantwoorde afkopen. De canon is hierbij gebaseerd op de leningfonds rente, waarin reeds een bepaalde inflatievergoeding is opgenomen. Wanneer nu de canon periodiek wordt verhoogd met de geconstateerde inflatie, wordt de inflatie feitelijk tweemaal in rekening gebracht."[193]

191 Jesterhoudt 2012, p. 78-79 en p. 82-85 vermeldt dat het resultaat van het onderzoek in januari 1998 werd vastgelegd in een 'Hoofdrapportage groot onderhoud Erfpachtstelsel' en dat de operatie eindigde met een raadsbesluit van 26 januari 2000.

192 Jesterhoudt 2012, p. 83.

193 'Eindrapportage 100 jaar erfpacht; operatie Groot onderhoud' (Voordracht B&W 4 januari 2000 nr. 19), *Gemeenteblad Amsterdam* 2000, afd. 1, p. 109 e.v., p. 11. Vgl. de eindrapportage die als Bijlage A bij het Gemeenteblad 2000 werd gepubliceerd, p. 15 met in noot 2 een toelichting op de leningfondsrente.

In plaats daarvan dienden erfpachters een budgettair neutrale keuze te hebben tussen afkoop of canonbetaling.[194] Verbetering was mogelijk door de indexcanon anders te berekenen en niet de volledige inflatie door te berekenen, maar deze steeds met 1% te verminderen.[195] Dit werd genoemd 'het principe dat de geldontwaarding op afstand wordt gevolgd (inflatie minus 1%)'. Dat betekende niet dat er geen sprake meer was van dubbele inflatie, maar dat bij de jaarlijkse canonaanpassing aan de geldontwaarding de inflatiecorrectie niet volledig, maar verminderd werd doorgevoerd in verband met de waardeontwikkeling van grond bezwaard met een erfpachtrecht.[196] Door de inflatiecorrectie gedeeltelijk toe te passen werd rekening gehouden met de geleidelijke vermindering van de reële waarde van de onroerende zaak. De wijziging werd vastgelegd in de nieuwe Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000 in de vorm van een indexcanon die niet meer vijfjaarlijks, maar jaarlijks werd aangepast en waarbij een indexering 'op afstand' werd toegepast, bestaande uit de inflatie verminderd met 1%.[197]

In de Algemene Bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 van de gemeente Amsterdam is op advies van de grondwaardecommissie afstand gedaan van de jaarlijkse correctie met inflatie min 1. Volgens art. 7 lid 4 van de AB 2016 wordt de canon jaarlijks volledig aan de inflatie aangepast aan de hand van het consumentenprijsindexcijfer (CPI), zonder enige vermindering.[198] De aanvangscanon

194 'Eindrapportage 100 jaar erfpacht; operatie Groot onderhoud' (Voordracht B&W 4 januari 2000 nr. 19), *Gemeenteblad Amsterdam 2000*, afd. 1, p. 109 e.v.

195 Jesterhoudt 2012, p. 84: "Een indexcanon is mogelijk, waarbij het canonpercentage bij uitgifte gelijk is aan het rendement op de vijf langstlopende staatsleningen en waarbij de canon jaarlijks wordt aangepast aan de inflatie minus 1%." Vgl. de toelichting op het voorstel een indexcanon met jaarlijkse indexering in te voeren in de 'Eindrapportage', *Gemeenteblad Amsterdam* 2000, Bijlage A, p. 19: "Deze vorm van canon betalen, die in de huidige situatie niet voorkomt (…) vloeit voort uit het advies van de externe deskundige Fakton BV, dat aangaf dat een indexmatig product zeer veel voordelen heeft, ook voor de erfpachter omdat er een duidelijke relatie blijft tussen de grondwaarde bij uitgifte en de canon. Fakton heeft daarbij voorgesteld de inflatiecorrectie niet volledig toe te passen. Immers, bij volledige inflatiecorrectie zal de grondwaarde en daarmee de canon aan het einde van het vijftigjarige tijdvak aanmerkelijk hoger zijn dan de grondwaarde die volgens de geldende gemeentelijke taxatiemethodiek met toepassing van de depreciatiefactor 40% (…) aan het einde van het tijdvak zou worden vastgesteld. Hieraan ligt dan weer ten grondslag de ervaring dat de waardeontwikkeling van bestaand onroerend goed in de pas loopt met de geldontwaarding. Indien het te constateren inflatiecijfer met 1% wordt gecorrigeerd, is het probleem opgelost."

196 'Eindrapportage 100 jaar erfpacht; operatie Groot onderhoud' (Voordracht B&W 4 januari 2000 nr. 19), *Gemeenteblad Amsterdam* 2000, afd. 1, p. 109 e.v., p. 14 noot 4 legt de vermindering met 1% in navolging van de eindrapportage als volgt uit: "Voorgesteld wordt de inflatiecorrectie niet volledig maar op afstand (minus 1%) te volgen. Immers, bij volledige inflatiecorrectie zal de grondwaarde aanmerkelijk hoger zijn dan de grondwaarde die volgens de geldende gemeentelijke taxatiemethodiek met toepassing van een forfaitair kortingspercentage van 40 aan het einde van het tijdvak zou worden vastgesteld. Hieraan ligt dan weer ten grondslag de ervaring dat de waardeontwikkeling van bestaand onroerend goed in de pas loopt met de geldontwaarding."

197 'Vaststelling Algemene bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000 Amsterdam en aanpassing van het moderniseringsbesluit 1990' (Voordracht B &W 2 november 2000 nr. 689), *Gemeenteblad Amsterdam* 2000, afd. 1, p. 4175 e.v.

198 'Instemmen met de uitwerking van het stelsel voor eeuwigdurende erfpacht' (Voordracht college 19 januari 2016), *Gemeenteblad Amsterdam* 2016, afd. 1, p. 6. Het college volgt ten aanzien van de indexcanon het advies van de Grondwaardecommissie met als gevolg: "Het canonpercentage fluctueert door de ontwikkelingen in rente en inflatie en wordt bij start van het eeuwigdurende erfpachtrecht vastgesteld waarna het canonpercentage jaarlijks met de *daadwerkelijke* inflatie van het voorgaande jaar wordt aangepast met een ondergrens van 0%." Nadruk toegevoegd.

wordt zodanig vastgesteld dat daarin geen inflatievergoeding is opgenomen.[199] Daarmee lijkt het vraagstuk van de meervoudige inflatievergoeding voor erfpachtrechten in Amsterdam op termijn beslecht. Het werkelijke effect blijft nog een tijd uit want de overgangsregeling bepaalt dat de erfpachter pas na het einde van het lopende tijdvak onder de bestaande algemene voorwaarden voor voortdurende erfpacht kan overstappen naar eeuwigdurende erfpacht.[200] Ten aanzien van de canon en de indexering daarvan blijven de bestaande algemene bepalingen, bijvoorbeeld de AB 1994, tot aan het einde van het tijdvak van kracht.

5.4.5 Samenvatting canonindexering

Canonindexering is een veelvoorkomende vorm van tussentijdse aanpassing van de hoogte van de canon. De bevoegdheid tot deze wijziging van het recht dient in de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden bedongen te worden. Vaak wordt aangesloten bij een door het CBS bijgehouden index of, bij agrarische erfpacht, bij het Pachtnormenbesluit. Geschillen over canonindexering betreffen de vraag of de bevoegdheid volgens de afgesproken procedure wordt uitgeoefend. Uit de jurisprudentie komt als knelpunt naar voren het ontbreken van een regeling voor de situatie dat een bepaalde index wijzigt of niet langer wordt bijgehouden. In dat geval moet door uitleg en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid bepaald worden welke alternatieve index dient te worden toegepast. Uit de literatuur blijkt dat het dubbel doorberekenen van de inflatie zeker bij hoge rentestanden op grote weerstand stuitte bij erfpachters en hun financiers. Haagse erfpachters en Amsterdamse erfpachters met rechten waarop de AB 2000 of de AB 2016 van toepassing zijn hebben in de toekomst niet meer met dubbele doorberekening van inflatie in de canon te maken. Sinds kort wordt de meervoudige inflatievergoeding ook door de rechtspraak in strijd met de redelijkheid en billijkheid geacht. Bij die toets worden alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen. Het vraagstuk van de dubbele inflatievergoeding is een tamelijk technische kwestie waaraan aandacht is besteed omdat deze de kern raakt van de vraag aan wie de waardevermeerdering van de grond gedurende de looptijd van het recht toekomt. De grote variatie aan berekeningsmethodes en verschillen tussen stelsels tonen tevens het gebrek aan consensus over de vraag waaraan een redelijke canon zou moeten voldoen. De enig beschikbare norm lijkt de bancaire richtlijn van de NVB te zijn.

---

199 'Instemmen met de uitwerking van het stelsel voor eeuwigdurende erfpacht' (Voordracht college 19 januari 2016), *Gemeenteblad Amsterdam* 2016, afd. 1, p. 6: "Het college neemt de geadviseerde formule van de GWC voor de indexcanon over. In de formule wordt gebruik gemaakt van de disconteringsvoet (d) en de inflatie (i). De disconteringsvoet is opgebouwd uit de reële rente en een opslag voor risico en kosten. De disconteringsvoet is een rentepercentage waarmee bedragen uit de toekomst naar het heden kunnen worden gehaald. De formule voor indexcanon is: (di)/(1+d)." Overigens beschouwde de Grondwaardecommissie canonindexering niet als aanpassing van de canon aan de verwachte inflatie, maar als een bepaalde wijze van spreiding van canonbetalingen *Schoon schip. Advies van de grondwaardecommissie Eeuwigdurende Erfpacht*, Amsterdam: Gemeente Amsterdam 2015, p. 46-47 en 72.

200 'Instemmen met het collegebesluit tot vaststelling van de Overstapregeling van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017' (Voordracht B&W), *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, afd. 1, nr. 683, punt 5.8: "De huidige betaalverplichtingen en -rechten worden gerespecteerd en verwerkt in het aanbod om over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht. Dit gebeurt op een zodanige wijze dat de huidige financiële afspraken tot de einddatum van het voortdurende tijdvak worden uitgediend en de erfpachtkosten voor het opvolgende eeuwigdurende tijdvak vanaf deze einddatum meegenomen worden. De AB 2016 worden bij overstap wel meteen van toepassing op het erfpachtrecht."

5.5 Canonherziening bij tijdelijke erfpachtrechten

Een canonherziening bij tijdelijke erfpachtrechten waarbij de hoogte van de herziene canon vooraf niet bepaalbaar is komt voor zowel gedurende de looptijd van het recht als bij verlenging van het recht na afloop van de afgesproken duur. Deze twee vormen worden afzonderlijk behandeld, de tussentijdse canonherziening in par. 5.5.1 en de canonherziening bij verlenging in par. 5.5.2. Ook deze vormen van canonherziening dienen te berusten op de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden. Op grond van de literatuur verwacht ik dat tussentijdse canonherziening meer knelpunten zal opleveren dan canonherziening bij het einde van het recht.

5.5.1 Tussentijdse niet-bepaalbare canonherziening

Bij tijdelijke erfpachtrechten wordt naast een vaste canon vaak ook een periodieke herziening van de aanvangscanon afgesproken. De vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden bepalen dan dat de canon tussentijds opnieuw kan worden vastgesteld, bijvoorbeeld aan de hand van de actuele grondwaarde. Periodieke canonherziening vormt het instrument ter realisering van de doelstelling van stedelijke erfpacht dat de waardestijging van de grond aan de gemeente als grondeigenaar zal toekomen. Omdat niet valt te voorspellen of grond in waarde zal stijgen of dalen is dan van tevoren ook niet te voorspellen hoe hoog de canon bij herziening zal zijn. Vandaar dat ik deze categorie ‘niet-bepaalbaar’ noem, de erfpachter kan bij aanvang van het recht zijn lasten voor de hele duur daarvan niet met zekerheid inschatten.[201] Omdat het meebewegen van de canon met de grondwaarde ook er toe kan leiden dat de canon daalt zijn grondeigenaren er al vroeg toe overgegaan te bepalen dat de canon niet lager kan worden dan het aanvangsbedrag.

Uit de jurisprudentie blijkt dat zich bij deze vorm van canonherziening een aantal knelpunten voordoet. De tekst van canonherzieningsbepalingen kan zodanig onduidelijk zijn dat deze moet worden uitgelegd. Dat kan verschillende onderdelen betreffen, zoals het canonpercentage, de grondwaarde of de reden voor canonherziening (par. 5.5.1.1). Indien de voorschriften voor canonherziening specifieker zijn en tevens een ratio van canonherziening bevatten kan het de erfverpachter na verloop van tijd slecht uitkomen dat hij zich heeft vastgelegd op een bepaalde vorm van canonberekening (par. 5.5.1.2). Daarnaast zorgt de inzet van deskundigen voor veel geschillen (par. 5.5.1.3).

5.5.1.1 Uitleg canonherzieningsbepalingen

De uitlegmaatstaf voor de goederenrechtelijke overeenkomst tot vestiging van een beperkt recht met een bepaalde inhoud, die besloten ligt in een notariële akte

201 De koper van een erfpachtrecht dient zich wel te verdiepen in de inhoud van het bestaande recht. Vgl. Rb. Rotterdam 7 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1877 (*erfpachter/Schiedam*), waar de koper van een deel van een erfpachtrecht gevestigd in 1984, met in de vestigingsakte een specifieke bepaling over canonherziening om de twintig jaar, ten onrechte stelde dat de canonherzieningsbepalingen uit de AV 2004 van toepassing waren, waarin een canonherziening om de tien jaar was voorzien.

waarbij een recht van erfpacht wordt gevestigd, bestaat naar vaste rechtspraak uit de in de akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in de akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van het te vestigen recht.[202] De objectieve uitleg wordt gerechtvaardigd door de derdenwerking van goederenrechtelijke rechten, die op grond van het publiciteitsvereiste in de openbare registers moeten worden ingeschreven. Algemene voorwaarden worden in beginsel niet objectief uitgelegd.[203] Ik zou verwachten dat indien algemene voorwaarden deel uitmaken van de inhoud van een beperkt recht, deze objectief moeten worden uitgelegd, gezien de aard van de rechtsverhouding waar de algemene voorwaarden deel van uitmaken en vanwege genoemde derdenwerking. In consumentenverhoudingen geldt voor onduidelijk geformuleerde bedingen in algemene voorwaarden de *contra proferentem*-regel van art. 6:238 lid 2 BW.[204]

De algemene erfpachtvoorwaarden 1921 van de gemeente Schiedam stonden centraal in het arrest van de Hoge Raad van 8 maart 1985.[205] Het betrof een bedrijfsmatige uitgifte en de partijen waren na twintig jaar nog dezelfde. De rechtsvraag luidde welke maatstaf gehanteerd diende te worden voor de berekening van het percentage dat ten grondslag lag aan de twintigjaarlijkse canonherziening. Hiertoe diende de bepaling in de vestigingsakte over die berekening te worden uitgelegd. Volgens de vestigingsakte moest als canonpercentage gehanteerd worden 'het rentetype, waarnaar voor de aanvang van elk twintigjarig tijdvak de laatste geldlening door de gem. Schiedam is uitgegeven (...)'. De erfpachter beschouwde als die laatste geldlening 'de laatste obligatielening van de Gemeente' (uit 1952 tegen 4,25% rente) en de rechtbank volgde dat standpunt. De erfverpachter echter beschouwde als die laatste geldlening 'de laatste, door de Gemeente gesloten langlopende lening' (uit 1975 tegen 9,25% rente), welke uitleg door het hof werd gevolgd. Het hof onderzocht de kennelijke bedoeling van de bewuste bepaling als 'de nieuwe canon naar een vooraf vastgestelde maatstaf zodanig vast te stellen dat deze zoveel mogelijk aansluit aan de actuele rentevoet op de kapitaalmarkt'.[206] De standpunten van partijen afgezet tegen die bedoeling leidde tot het volgende oordeel:

> "Met die bedoeling is niet te rijmen het standpunt van ENFM dat de canon dient te worden gekoppeld aan het rentetype van de laatste uit 1952 daterende obligatielening terwijl de rentevoet voor vergelijkbare leningen op de kapitaalmarkt ten tijde van de nieuwe vaststelling in 1975 ongeveer was verdubbeld. Met die bedoeling is wel in overeenstemming het standpunt van de

202 Schelhaas & Valk 2016, p. 58-59. Onder verwijzing naar onder meer HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, *NJ* 2011/111, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*) over de vestiging van een opstalrecht, besproken op p. 62-63. Dit arrest is ook behandeld in par. 2.4.3.2.

203 Schelhaas & Valk 2016, p. 54 en Van Rossum 2017, p. 66.

204 Van Rossum 2017, p. 73-74.

205 HR 8 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0264, *NJ* 1985/468 (*ENFM/Schiedam*). Rb. Rotterdam 11 december 1981, nr. 1978/80 (*Schiedam/ENFM*), niet gepubliceerd en vernietigd door Hof Den Haag 7 september 1983, nr. 27 VR/82, *NJ* 1985/468. Zaaknummer 12415. De akte van vestiging bevatte de tekst van de modelvoorwaarden van de gemeente uit 1921: 'Als percentage te berekenen over de grondwaarde wordt aangenomen het rentetype waarnaar vóór den aanvang van elk tijdvak de laatste geldleening door de Gemeente Schiedam is uitgegeven', aangevuld met bijzondere voorwaarden voor deze specifieke uitgifte zoals de termijn van twintig jaar.

206 HR 8 maart 1985, *NJ* 1985/468, r.o. 4 hof.

Gemeente dat de canon dient te worden gekoppeld aan het rentetype van de laatste door de Gemeente gesloten langlopende lening die wel aansluit aan de actuele rentevoet."[207]

Deze uitleg was reden voor het hof om de vordering van de erfverpachter toe te wijzen. Het hof vond mede steun voor deze uitleg in een andere bepaling uit de vestigingsakte en de erfpachter had deze bepaling ook redelijkerwijze op deze wijze mogen en moeten verstaan. De Hoge Raad achtte het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk zodat het geen nadere motivering behoefde.[208] Ook A-G Biegman-Hartogh betrok in haar conclusie de doelstellingen van gemeenten om grond in erfpacht uit te geven en daarbij het beleid te voeren de canon periodiek aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden, ervan uitgaande dat de canon een tegenprestatie van de erfpachter is voor het genot van de grond.[209] De A-G sanctioneerde de uitleg van het hof aan de hand van de Haviltex-norm, waarbij de kennelijke bedoeling van partijen mede werd afgeleid uit literatuur en omstandigheden van buiten de tekst van de akte, waaronder een gebruikelijke praktijk bij stedelijke erfpacht. Een bedrijf zoals deze erfpachter had de financieel-economische beginselen waarop de bewuste bepaling berustte moeten begrijpen en de afspraken tussen partijen in een erfpachtverhouding, ook indien deze waren neergelegd in een notariële akte, dienden te worden uitgelegd naar de subjectieve Haviltex-norm. In casu hanteerde het hof vooral de omstandigheid of een door één der partijen aan de uitdrukking gehechte betekenis zou leiden tot een resultaat dat minder goed overeenkwam met hetgeen partijen met de overeenkomst beoogden. Het hof had volgens de Hoge Raad de zinsnede terecht uitgelegd in het licht van de partijbedoeling. Deze uitleg zou heden ten dage niet meer mogelijk zijn, de uitlegmaatstaf voor notariële akten bestaat op grond van vaste jurisprudentie uit een objectieve uitlegnorm.[210] Het hof trad met bovengenoemde uitleg buiten de tekst in de notariële akte door een veronderstelde bedoeling van de opsteller van de voorwaarden in zijn oordeel te betrekken. Als het de bedoeling van de uitgevende gemeente was om iedere twintig jaar niet alleen de grondwaarde maar ook het canonpercentage te actualiseren dan had zij dat ondubbelzinnig in de algemene erfpachtvoorwaarden moeten opnemen.

De genoemde formulering kwam ook in latere algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Schiedam voor. In 1959 was bijvoorbeeld sprake van een 'alsdan geldende normale rentevoet voor langlopende geldleningen'.[211] Dan is natuurlijk de vraag wat 'normaal' is. Een manier om uitlegkwesties te omzeilen is

207 HR 8 maart 1985, *NJ* 1985/468, r.o. 5.
208 HR 8 maart 1985, *NJ* 1985/468, r.o. 3.2.
209 Conclusie A-G Biegman-Hartogh bij HR 8 maart 1985, *NJ* 1985/468, par. 3: "Met het oog op de mogelijkheid van waardestijging van de grond, waardedaling van het geld, en wijziging van de rentevoet (de door de overheid af te sluiten leningen dienen immers eveneens ter financiering van de in erfpacht uit te geven gronden) getuigt het dus van een goed financieel beleid om bij zeer langlopende erfpachtovereenkomsten in de akte van uitgifte te bedingen dat het bedrag van de canon na een bepaald tijdvak wordt aangepast aan de inmiddels gewijzigde omstandigheden." De A-G verwees voor voorbeelden van dit 'goed financieel beleid' naar Treurniet 1970, p. 55, De Vries 1984, p. 10 en art. 5.7.1.8a NBW waarover De Vries 1984, p. 60 en 102 en Asser/Beekhuis 1983, p. 259. Dit is het latere art. 5:97 BW over wijziging van het erfpachtrecht na 25 jaar op grond van onvoorziene omstandigheden.
210 HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2004/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*). Uitvoerig hierover Biemans 2015 en Tjittes 2009, p. 22-23.
211 'Verordening regelende de uitgifte in erfpacht van grond ten behoeve van inrichtingen van handel en nijverheid in de gemeente Schiedam', *Gemeenteblad Schiedam* 1958, No. 2, artikel 3 lid 3 van het bij de verordening behorende Model van voorwaarden van erfpacht.

door in de vestigingsakte de bepaling uit de algemene erfpachtvoorwaarden te vervangen door een ondubbelzinnige verwijzing. De bepaling over het canonpercentage die in het arrest uit 1985 aan de orde was stond sinds 1921 in de modelvoorwaarden van de gemeente Schiedam en werd in een uitgifte uit 1975 in de vestigingsakte vervangen door een verwijzing naar een periodiek door het college vast te stellen percentage, welke formulering in 2004 in de modelvoorwaarden werd opgenomen.[212] Daarover kunnen dan geen uitlegkwesties meer ontstaan. Bij de periodieke vaststelling van het percentage dient het college inzicht te verschaffen in de grondslag en de berekening.[213]

In een langlopend conflict tussen een particuliere grondeigenaar en zijn erfpachters was eveneens de uitleg van de canonherzieningsbepaling uit de vestigingsakte in het geding.[214] Van deze bepaling behoefden zowel de doelstelling als de methode van canonherziening uitleg. De letterlijke bepaling was niet kenbaar uit de uitspraak, wel dat het ging om een tienjaarlijkse canonherziening 'in verband met fluctuaties van de waarde van de zaak'. De rechtbank had de doelstelling van canonherziening vervat in de term fluctuaties als volgt uitgelegd: "Het gebruik van het woord 'fluctuaties' beoogt naar het oordeel van de rechtbank slechts aan te duiden dat zowel een verandering van de waarde naar beneden als naar boven van invloed kan zijn op de periodieke herziening van de canon".[215] Die uitleg sloot aan bij de uitleg van de erfpachters 'dat de canon meebeweegt met de waardestijging of -daling van de grond'. Dat nam niet weg dat de erfverpachter de actuele grondwaarde als uitgangspunt voor de nieuwe canon mocht hanteren, in aansluiting op de gangbare praktijk bij canonherziening. Bij de uitleg van het beding hanteerde de rechtbank de Haviltex-norm en een uit de literatuur bekende 'gangbare praktijk' bij canonherziening:

> "Een redelijke en op de gangbare praktijk afgestemde uitleg van het beding [brengt] mee dat de canon eens in de tien jaar kan worden herzien, waarbij de herberekening plaatsvindt aan de hand van taxatie van de waarde van de grond op het moment van herziening."[216]

212 Rb. Rotterdam 29 maart 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV8762 (*Schiedam/erfpachters*). De passage uit de modelvoorwaarden uit 1926 over 'het [bij herziening] in overeenstemming brengen met het rentetype der laatstelijk door de Gemeente Schiedam gesloten leening' was in de vestigingsakte vervangen door 'Bij eerste uitgifte, evenals bij tussentijdse herziening van de canon, wordt de erfpachtscanon berekend naar een percentage, dat in de regel eenmaal per jaar door burgemeester en wethouders wordt vastgesteld' en dat nimmer minder dan vijf zal bedragen. In de meest recente modelvoorwaarden uit 2004 werd dit vastgelegd in art. 6.a: "Bij herziening van de canon zal de nieuwe canon worden bepaald op het rekenkundig product van het bij deze voorwaarden behorende herzieningspercentage zoals dat geldt voor het kalenderkwartaal voorafgaande aan het kwartaal waarin de herzieningsdatum is gelegen; en de grondwaarde op de herzieningsdatum."

213 Zo stelt het college van de gemeente Amsterdam elk kwartaal het canonpercentage vast op basis van het gemiddeld rendement op staatsleningen, verhoogd met een toeslag. Meer informatie en voorbeelden: <www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/canonpercentages/>, geraadpleegd op 9 juni 2018. De gemeenten Amsterdam en Schiedam voeren een actief grondbeleid. In 2015 heeft de gemeente Schiedam het beginsel dat grond uitsluitend in erfpacht wordt uitgegeven losgelaten en erfpachters de mogelijkheid gegeven te kiezen voor aankoop van de bloot eigendom. In Amsterdam is in 2016 een stelsel van eeuwigdurende erfpacht met eenmalig afgekochte canon ingevoerd. Zie hierover nader in par. 5.7.

214 Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5981 (*Schiethaven/erfpachter*). Dit betreft een tussenvonnis, waarna de zaak werd geschikt.

215 Rb. Noord-Holland bij tussenvonnis van 19 mei 2010 zoals bleek uit Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5981, r.o. 2.3.

216 Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5981, r.o. 2.4. De erfpachters hadden erop gewezen erop dat er meerdere methoden bestonden voor tussentijdse canonherzieningen, maar daar ging de rechtbank aan voorbij.

Het interpreteren van een beding in een akte aan de hand van een gangbare praktijk is niet verenigbaar met een objectieve uitleg van een bepaling over canonherziening, tenzij het gaat om feiten of omstandigheden van algemene bekendheid of algemene ervaringsregels.[217] Er is bij de uitgifte van grond in erfpacht en zeker bij canonherzieningsbedingen geen sprake van een gangbare praktijk, eerder van een waaier van verschillende opvattingen over de wijze waarop de erfpachtcanon berekend dient te worden, zowel bij aanvang als bij herziening. Bovendien had de uitgifte veelal enige tijd geleden plaatsgevonden en diende de uitleg van de tekst van de akte dan ook rekening te houden met wat op het moment van uitgifte een gangbare praktijk was. Een praktijk kan wijzigen in de loop der tijd en dat geldt zeker voor het waarderen van onroerende zaken. De huidige partijen kunnen rechtsopvolgers van de partijen bij vestiging zijn en niet bekend zijn met de toenmalige partijbedoelingen die niet uit de vestigingsakte blijken. Indien gerefereerd wordt aan een gangbare praktijk dient die praktijk ook echt in brede kring van betrokkenen en in ieder geval door partijen en hun deskundigen als gangbaar te worden aangemerkt.[218] Gezien de vele conflicten over taxaties die in verband met erfpachtrechten worden uitgevoerd kan niet gesteld worden dat er sprake is van één gangbare praktijk, hooguit is er een aantal methoden dat vaker wordt toegepast. Maar dat wil nog niet altijd zeggen dat partijen in een concreet geval, zeker bij particuliere erfpacht, aansluiting bij een dergelijke praktijk hebben beoogd indien dat niet duidelijk uit de vestigingsakte blijkt. In de literatuur waar de rechtbank in bovengenoemde zaak naar verwees wordt een onderscheid naar die verschillende methoden van canonaanpassing gegeven, waarvan canonherziening er één is. Een of meer gangbare methoden voor canonherziening worden daar niet genoemd.[219]

Het rapport van de deskundige kwam in dit geval tot een canonverhoging met vijfhonderd procent, wat de erfpachter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar vond. De rechtbank had echter overwogen dat bij een dergelijke canonverhoging 'niet geoordeeld [kan] worden dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid die verhoging (van het één op het andere moment) niet kan worden vastgesteld en dat in elk geval sprake dient te zijn van een overgangsregeling, gelijk door [eisers] c.s. is aangevoerd. (…)'.[220] Ook uit eerdere jurisprudentie was al gebleken dat een canonverhoging op zich, ook al was de verhoging fors, geen reden was om deze onaanvaardbaar te achten.[221]

217 Art. 149 lid 2 Rv.

218 Vergelijk de eisen die worden gesteld aan een bestendig gebruikelijk beding dat men bij het afsluiten van bepaalde overeenkomsten pleegt te maken, Asser/Sieburgh *6-III* 2018/384.

219 De Jong & Ploeger 2008, p. 41 vermelden integendeel: "Veel conflicten ontstaan recent over de canonherziening. De algemene voorwaarden zijn vaak onduidelijk over de grondslag of maatstaven aan de hand waarvan deze moet plaatsvinden. Vooral de herwaardering van de grondprijs kan in dit verband moeilijkheden geven. Betrouwbare indexcijfers voor onroerend goed zijn niet voorhanden. Daarom moet de grondprijs veelal getaxeerd worden."

220 Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5981, r.o. 2.10. Het tussenvonnis eindigde met het voornemen van de rechtbank een nieuwe deskundige te benoemen om de grondwaarde vast te stellen omdat het rapport van de eerste door de rechtbank benoemde deskundige onvoldoende gemotiveerd was.

221 Zie onder meer HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), Rb. Middelburg 23 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0527 (*Stichting Renesse/erfpachter*), Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789 (*Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier/Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier c.s.*) en Rb. Den Bosch 7 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU6994 (*Bergeijk/erfpachter*).

Een redelijke uitleg van de canonherzieningsbepaling was ook aan de orde in een vonnis over een agrarisch erfpachtrecht uitgegeven in 1994 met toepassing van de Algemene voorwaarden voor uitgifte in erfpacht van grondbankgronden.[222] De canon kon iedere zes jaar worden herzien door 'de geldende canon te vermenigvuldigen met een door de eigenaar voor dat jaar vast te stellen aanpassingscoëfficiënt' die 'wordt berekend door toepassing van de formule a/b waarin voorstelt: a. de gemiddelde prijs van gebruiksvrij te aanvaarden los land (bouwland of grasland) over de 3 laatste bekende jaren'.[223] Een objectieve uitleg van deze bepaling uit de erfpachtvoorwaarden bracht mee dat indien de gemiddelde prijzen over een bepaald jaar nog niet bekend waren dat geen reden was om de canonherziening te laat aan te kondigen nu er uitgegaan moest worden van de gemiddelde prijzen over de drie laatste *bekende* jaren. De ontijdig aangekondigde canonverhoging werd afgewezen, 'gelet op het uitgangspunt dat partijen bij de erfpachtovereenkomst tijdig op de hoogte moeten zijn van de voor hen uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen'.[224] De erfverpachter dient kortom zijn eigen voorwaarden na te leven.

Uitleg van een canonherzieningsbepaling in de algemene erfpachtvoorwaarden van Rijkswaterstaat was aan de orde in een zaak over de uitgifte van een perceel grond op Texel.[225] Art. 3 van de Algemene Erfpachtsvoorwaarden Materieel Beheer Rijkswaterstaat 1993 bepaalde dat de canon iedere vijf jaar kon worden herzien 'indien het bedrag van de canon niet langer een gelijkwaardige tegenprestatie is te achten voor het genot van de erfpachtzaak'. De erfpachter legde deze bepaling zo uit dat een gelijkwaardige tegenprestatie betekende dat de aanvangscanon moest worden geïndexeerd:

> '(…) omdat het erom gaat [dat] de canon op gelijke wijze blijft drukken op het vermogen van de erfpachter, nu het genot niet is veranderd sinds de vestiging van het erfpachtrecht. Het gaat dus niet erom dat de canon gelijke tred houdt met de grondwaarde van het perceel, omdat de grondwaarde geen verband houdt met het genot dat de erfpachter heeft.'[226]

Het hof stond een uitleg naar objectieve maatstaven voor die, anders dan de erfpachter betoogde, niet uitging van continuering van de verhoudingen zoals die waren geweest bij vestiging van het erfpachtrecht, mede omdat de wijze waarop de aanvangscanon was bepaald niet in de vestigingsakte was opgenomen. Als partijen geen overeenstemming konden bereiken diende de vijfjaarlijkse canonherziening door deskundigen te worden vastgesteld:

> "Anders dan [appellante] (…) doet voorkomen staat in artikel 3, eerste lid van de AE 1993 niet vermeld dat herziening moet bewerkstelligen dat de canon een gelijkwaardige tegenprestatie

222 Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5879 (*Staat/erfpachter*). De toegepaste algemene erfpachtvoorwaarden waren de Algemene voorwaarden voor uitgifte in erfpacht van grondbankgronden 2007-D (AV 1993 herzien 2007).

223 Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5879, r.o. 4.1, citaten uit art. 3 van de erfpachtvoorwaarden.

224 Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5879, r.o. 4.12. Dit uitgangspunt volgt uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, aldus de rechtbank in r.o. 4.8.

225 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1875 (*erfpachter/Staat*) en Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3477 (*erfpachter/Staat*).

226 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1875, r.o. 3.6.

voor het genot blijft als partijen bij vestiging zijn overeengekomen. Artikel 3 neemt niet tot uitgangspunt dat de tegenprestaties (de canons) in de onderscheiden tijdvakken van vijf jaar gelijkwaardig aan elkaar moeten zijn, maar dat de canon bij de aanvang van ieder tijdvak van vijf jaar als tegenprestatie gelijkwaardig moet zijn aan het genot. Wel zijn de woorden 'niet langer een gelijkwaardige tegenprestatie' gebezigd, die suggereren dat de canon eerder wel een gelijkwaardige tegenprestatie voor het genot is geweest. Die enkele suggestie acht het hof echter niet voldoende voor de conclusie dat de verhouding tussen het genot en de tegenprestatie gedurende de volledige duur van de erfpacht een constante zou (moeten) zijn en de canonwijziging derhalve steeds een indexering van de aanvangscanon zou moeten zijn, hetzij – zoals [appellante] betoogt – aan de hand van het prijsindexcijfer consumenten, (…). De wijze waarop de hoogte van de aanvangscanon is bepaald is immers niet vastgelegd in de akte, zodat die ook geen criterium biedt aan de hand waarvan zou kunnen worden vastgesteld in hoeverre de canon nog een even gelijkwaardige tegenprestatie vormt voor het genot als de canon dat bij de aanvang was. *Naar het oordeel van het hof moet artikel 3 van de AE 1993 dan ook zo worden uitgelegd dat telkens na vijf jaar, als partijen niet overeenkomstig het bepaalde in het tweede lid tot een vergelijk komen, door de deskundigen of de rechter los van de hoogte van de aanvangscanon (of een later vastgestelde canon) moet worden bepaald wat op dat moment een gelijkwaardige tegenprestatie is voor het genot van de erfpachtzaak.*"[227]

De benoeming van deskundigen door het hof liep vertraging op wegens gebrek aan onafhankelijkheid van een voorgestelde deskundige en de eis van een zeer hoog voorschot.[228] De door de erfpachter gewenste (ambtshalve) toetsing van art. 3 AE 1993 aan afdeling 6.5.3 BW en Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten strandde op de vaststelling dat de erfpachter een vennootschap was zodat de bescherming van de richtlijn in dit geval niet van toepassing was.[229] De Hoge Raad deed de zaak af met art. 81 RO en volgde de mening van de A-G Wissink dat de tegen boven geciteerde uitleg van het hof gerichte klacht berustte op een onjuiste rechtsopvatting. De erfpachter had betoogd dat de aard van het erfpachtrecht meebracht dat de verhouding tussen het genot van de zaak en de canon die daarvoor werd betaald, zoals bij vestiging overeengekomen, bij herziening niet kon worden aangetast. Maar ten aanzien van de canon en de herziening daarvan heerste in beginsel contractvrijheid, zowel over de frequentie als de wijze van vaststelling.[230] De maatstaf voor uitleg stond in cassatie niet ter discussie.

In een zaak over erfpachtrechten uitgegeven in de periode 1959-1967 was uitleg van het beding in de vestigingsakte over de tienjarige canonherziening aan de

227 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1875, r.o. 3.8. Nadruk toegevoegd.
228 Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3477, r.o. 2.8-2.9.
229 Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3477, r.o. 2.5, bevestigd door HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559, *RVR* 2017/51 (*erfpachter/Staat*). Dit arrest is behandeld in par. 3.5.2.
230 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2017:72, bij HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559 (*erfpachter/Staat*), par. 3.3: "Een canon is geen constitutief vereiste voor erfpacht (art. 5:852 lid 2 BW). Bij het vormgeven van de canon zijn partijen in beginsel vrij. Een canon die periodiek, zo nodig door deskundigen, wordt herzien en is gekoppeld aan het genot van de zaak – en daarom variabel kan worden genoemd – verdraagt zich met de aard van erfpacht. Daaraan doet niet af dat niet nauwkeurig(er) wordt aangegeven aan de hand van welke criteria de canon moet worden herzien."

orde.[231] In het kader van de herontwikkeling van een gebied aan de rand van Rhoon ontdekte de gemeente Albrandswaard in 2014 dat de erfpachtcanon voor de gronden die zij daar in erfpacht had uitgegeven niet meer marktconform was. In het geval van een erfpachter van drie percelen aan de Havendam werd vergeefs onderhandeld over aankoop van de bloot eigendom waarna de gemeente aangaf dat zij voornemens was de canon te verhogen naar een marktconform peil. De vestigingsakten uit onder meer 1960 boden in dit geval de mogelijkheid om 'na verloop van telkens tien jaren' de canon te herzien conform deze procedure uit de erfpachtvoorwaarden:

> "De erfpachtuitgeefster behoudt zich uitdrukkelijk het recht voor om na verloop telkens van tien jaren, de erfpachtscanon per centiare te herzien met dien verstande, dat de nieuw vast te stellen erfpachtscanon per centiare niet hoger mag zijn dan de hoogste prijs, waarvoor in dat tijdperk van tien jaren door de erfpachteruitgeefster in de Heerlijkheden Rhoon en Pendrecht gronden in erfpacht zijn uitgegeven of bestaande erfpachten zijn verlengd. Wanneer in het hierboven genoemde tijdperk van tien jaren geen gronden door de erfpachtuitgeefster in de Heerlijkheden Rhoon en Pendrecht in erfpacht zijn uitgegeven of bestaande erfpachten zijn verlengd, dan zal bij geschil over de opnieuw vast te stellen erfpachtscanon deze vastgesteld worden door deskundigen, waarvan één te benoemen door de erfpachtuitgeefster en één door de erfpachter. Kunnen deze beide deskundigen niet tot overeenstemming komen, dan kiezen zij in gemeenschappelijk overleg een derde deskundige en bij gebreke daarvan wordt aan de heer kantonrechter van het Kanton, waaronder de Heerlijkheden Rhoon en Pendrecht ressorteren verzocht een derde deskundige aan te wijzen. De kosten die deze tussenkomst van deskundigen met zich brengt worden gelijkelijk gedragen tussen de erfpachtuitgeefster en de erfpachter."[232]

Sinds de erfpachter de rechten in 1982 en 1991 had verkregen was aan deze bepaling geen toepassing gegeven. De gemeente sprak met de erfpachter af dat conform de akten de herziene canon door twee deskundigen zou worden vastgesteld, één door ieder der partijen aan te wijzen. De erfpachter liet na een deskundige aan te wijzen. De deskundige van de gemeente bracht een advies uit op grond waarvan de gemeente besloot tot een eenzijdige canonverhoging per 1 januari 2016 van € 294,46 naar € 32.340,- per jaar. Hiertegen kwam de erfpachter in rechte op, welke vordering bij verstek werd toegewezen.

In de verzetprocedure kwam eerst de bevoegdheid van de gemeente om de canon per 1 januari 2016 te herzien aan de orde, met name de vraag wanneer deze bevoegdheid kon worden uitgeoefend. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat een uitleg naar objectieve maatstaven van bovengeciteerde passage uit de vestigingsakte meebracht dat de canon iedere tien jaar *na de vorige herziening* kon worden herzien, en niet zoals de erfpachter stelde iedere tien jaar *na vestiging*. De rechtbank grondde deze uitleg in strijd met de objectieve uitlegnorm op een vermoedelijke partijbedoeling bij vestiging:

---

231 Rb. Rotterdam 26 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6469 (*erfpachter/Albrandswaard*). De duur van deze erfpachtrechten blijkt niet uit het vonnis. In de erfpachtakte is sprake van nieuwe uitgiftes dan wel verlenging van bestaande uitgiftes, wat ik interpreteer als dat de uitgiftes voor zeer lange, maar wel bepaalde duur waren. Mocht het om onbepaalde duur gaan, dan maakt dat voor de uitleg van de canonherzieningsbepaling niet uit, maar had de uitspraak in par. 5.6 van dit onderzoek geplaatst moeten worden.

232 Rb. Rotterdam 26 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6469, r.o. 2.3.

> "De woorden 'telkens na verloop van tien jaren' hebben naar het oordeel van de rechtbank betrekking op de periode na herziening van de erfpacht. Met deze bepaling lijkt te zijn bedoeld dat de erfpachter gedurende een periode van tien jaar na wijziging van de canon niet geconfronteerd zou kunnen worden met een nieuwe wijziging."[233]

Omdat vaststond dat de canon voorafgaand aan 1 januari 2016 minimaal tien jaar niet was herzien, was de gemeente bevoegd tot canonherziening per 1 januari 2016. Voor de uitleg die de erfpachter voorstond ontbrak in de vestigingsakte de aanduiding van een aanvangsdatum voor de herziening. Dat de canon alleen op vaste tijdstippen herzien kon worden, iedere tien jaar na vestiging en dus niet op 1 januari 2016, maar eerst op 1 januari 2021, bleek niet uit de akte, maar was naar mijn mening net zo plausibel en had aan dezelfde impliciete bedoeling beantwoord. Maar omdat de erfverpachter de afgesproken procedure niet had gevolgd werd diens vordering afgewezen. Nu de erfpachtvoorwaarden een bepaling bevatten over de wijze waarop herziening van de canon plaats diende te vinden was de gemeente niet bevoegd de canon op andere wijze, namelijk eenzijdig, te herzien. Partijen hadden geen overeenstemming over de herziene canon bereikt zodat deze door deskundigen moest worden vastgesteld. Dat de erfpachter geen gebruik had gemaakt van de gelegenheid een eigen deskundige aan te wijzen betekende niet dat de erfverpachter gerechtigd was de canon eenzijdig vast te stellen op het door haar deskundige geadviseerde bedrag. De rechtbank oordeelde dat de erfpachter de onder protest betaalde canonverhoging onverschuldigd had betaald. De schade in de vorm van wettelijke rente en buitengerechtelijke kosten diende echter voor rekening van de erfpachter te blijven. Deze konden aan hem worden toegerekend omdat hij had nagelaten zelf een deskundige te benoemen.[234]

De formulering van een canonherzieningsbepaling luistert dus nauw, ook ten aanzien van het moment waarop de bevoegdheid kan worden uitgeoefend. Het verdient de voorkeur geen termen zoals 'laatste' of 'normaal' te gebruiken omdat die na vele jaren voor meerdere uitleg vatbaar kunnen zijn. Gemeenten die een actieve grondpolitiek voeren, stellen periodiek een aanpassingscoëfficiënt voor het canonpercentage vast, waarover dan geen discussie meer kan ontstaan. Het opnemen van een reden voor canonherziening lijkt vragen om moeilijkheden, tenzij dit gepaard gaat met duidelijke en zo concreet mogelijke voorschriften over de te hanteren maatstaven voor de berekening van de herziene canon. Termen als 'een gelijkwaardige tegenprestatie', de 'werkelijke waarde' of 'fluctuaties in de grondwaarde' zijn te vaag en dienen vermeden te worden of aangevuld met concrete criteria waarop de waarde of de gelijkwaardigheid dient te berusten. Een beroep op een gangbare praktijk die niet uit de erfpachtvoorwaarden blijkt past niet in een objectieve uitleg, maar wordt in de rechtspraak wel aangetrof-

233 Rb. Rotterdam 26 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6469, r.o. 4.7.

234 Rb. Rotterdam 26 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6469, r.o. 4.18. De vordering van de erfverpachter in reconventie dat de erfpachter een deskundige zou benoemen werd toegewezen. De erfpachter diende binnen twee maanden een eigen deskundige aan te wijzen, op straffe van een dwangsom van € 1.000,- per dag. De erfpachter werd tevens veroordeeld volledige medewerking te verlenen aan de procedure tot canonherziening conform de vestigingsakte, wat inhield dat de door de erfpachter aan te wijzen deskundige diende mee te werken aan de benoeming van een derde deskundige, zo nodig via de kantonrechter, r.o. 4.22-4.23.

fen.[235] Het lijkt geen verschil te maken of de canonherzieningsbepaling in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden is opgenomen, beide dienen als gepubliceerde inhoud van het erfpachtrecht objectief uitgelegd te worden. Toepassing van de contra proferentem-regel werd in deze uitspraken niet gevonden.

5.5.1.2 Doelstelling: sluitende grondexploitatierekening

Erfpachtconstructies komen vaak voor bij terreinen met een recreatiebestemming. Een grondeigenaar geeft dan een terrein in erfpacht uit aan een beheerorganisatie die de percelen verhuurt of in ondererfpacht uitgeeft aan recreanten. Er is meestal sprake van tijdelijke erfpacht, soms gecombineerd met een bouwverplichting of een afnameverplichting van een bepaald type recreatiewoning. Het komt ook voor dat de erfverpachter tevens de beheerorganisatie is en de huiseigenaren de erfpachters. Een complicatie bij recreatieterreinen vormen de kosten van het beheer van de gezamenlijke gedeelten, wat soms geregeld wordt via een in de erfpachtvoorwaarden verplicht gesteld lidmaatschap van een beheerorganisatie.

De drie hieronder besproken uitspraken betroffen de stichting Renesse, een door de gelijknamige gemeente opgerichte stichting die onder meer tot doel had de exploitatie van terreinen en gebouwen bestemd voor recreatieve doeleinden. Deze stichting gaf percelen op een recreatieterrein in erfpacht uit onder toepassing van algemene erfpachtvoorwaarden. Volgens de voorwaarden kon de canon iedere twaalf jaar worden herzien. Het uitgangspunt waaronder de stichting het recreatieterrein beheerde was dat de exploitatierekening niet zou leiden tot winst of verlies, maar precies sluitend zou zijn. Toen de erfverpachter na verloop van tijd in strijd met de afgesproken kostendekkende exploitatie wenste over te gaan op een marktconforme exploitatie kwamen de erfpachters daartegen met succes op.

In de eerste zaak weigerden twee erfpachters de canonherziening per 1 januari 1978 te voldoen en liepen de onderhandelingen over vaststelling door drie deskundigen vervolgens vast.[236] De erfpachters eisten afgifte van de jaarlijkse grondexploitatierekening. De rechtbank had geoordeeld dat de deskundigen niet klakkeloos de door het bestuur van de stichting opgestelde exploitatierekening dienden te volgen, maar dat zij kritisch dienden te beoordelen of de in de exploitatierekening opgevoerde lasten aan te merken waren als normale lasten en of deze naar goed koopmansgebruik op het betreffende complex dienden te drukken. Niet de exploitatierekening zoals opgesteld door het bestuur was bindend, maar het principe dat de rekening niet met winst of verlies zou sluiten, aldus de rechtbank. Een redelijke uitleg van de algemene erfpachtvoorwaarden bracht naar het oordeel van de rechtbank mee dat de deskundigen onder meer tot taak hadden te beoordelen of de exploitatierekening voldeed aan de tussen partijen

235 Bijvoorbeeld HR 8 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC0264, *NJ* 1985/468 (*ENFM/Schiedam*) en Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5981 (*Schiethaven/erfpachter*).

236 Hof Den Haag 18 augustus 1983, ECLI:NL:GHSGR:1983:AC8081, *NJ* 1984/577 (*Stok & Van der Vorst/Stichting Renesse*).

gesloten overeenkomst. Het hof nam de rechtsverhouding tussen partijen in acht en bevestigde het oordeel van de rechtbank. De stichting mocht het beheer van het complex aanpassen aan de eisen van de tijd zolang zij optrad als een goed en efficiënt beheerder, 'hetwelk mede moet worden bepaald door de jegens de erfpachters in acht te nemen goede trouw, in welk verband mede een rol spelen verwachtingen welke de erfpachters redelijkerwijs mochten hebben bij het aangaan van de erfpacht'.[237] De deskundigen dienden de nieuwe canon te bepalen aan de hand van een exploitatierekening die voldeed aan de eisen van de algemene erfpachtvoorwaarden. De vaststelling door deskundigen kon vervolgens door de rechter worden getoetst naar de maatstaven voor toetsing van bindend advies.[238] In deze zaak werd de vraag aan de orde gesteld of het tot de taak van de rechtbank behoorde om in de rechtsverhouding tussen partijen de hoogte van de canon vast te stellen. Op grond van de algemene erfpachtvoorwaarden was het vaststellen van de canon voorbehouden aan deskundigen en kon de rechter het bindend advies dat daarvan het resultaat was vervolgens toetsen. Deze vraag werd vaker gesteld en het antwoord hangt steeds af van de afspraken tussen partijen.

In de tweede zaak was in geschil de door de erfverpachter voorgestelde canonverhoging per 1 januari 1996.[239] De erfverpachter had zijn beleid gewijzigd en wenste voortaan marktconforme tarieven te hanteren. De klacht van de erfpachter luidde dat de erfverpachter zich bij het vaststellen van een marktconforme canon niet had gehouden aan het uitgangspunt van een sluitende exploitatierekening voor het recreatiecomplex. De rechtbank oordeelde dat niet uit de wet of de statuten volgde dat de erfverpachter in strijd met zijn eigen doelstelling handelde. Uit de vestigingsakte kon niet worden afgeleid dat uitsluitend een kostendekkende exploitatie was bedoeld. Het besluit tot wijziging van het beleid en tot canonverhoging was derhalve niet in strijd met de doelstelling van de stichting, aldus de rechtbank.[240] Althans de rechtbank kon geen nietig besluit tot canonverhoging in de zin van art. 2:14 BW vaststellen.[241] De grondslag van de nietigheid had naar mijn mening breder kunnen worden toegelicht dan uitsluitend op grond van art. 2:14 BW, vernietigbaarheid op grond van art. 6:233 sub a BW was ook een mogelijkheid geweest of een handelen in strijd met de erfpachtvoorwaarden dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was dan wel een inbreuk vormde op het erfpachtrecht.

237 Hof Den Haag 18 augustus 1983, *NJ* 1984/577, r.o. 3.
238 Hof Den Haag 18 augustus 1983, *NJ* 1984/577, r.o. 5.
239 Rb. Middelburg 13 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR5117 (*erfpachter/Stichting Renesse*).
240 Rb. Middelburg 13 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR5117, r.o. 4.3.2.
241 Rb. Middelburg 13 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR5117, r.o. 4.3.4, met een argumentatie vanuit het verbintenissenrecht: "Zoals eiser ook zelf aangeeft is art. 1 van de Voorwaarden een bepaling van een tussen de Stichting en een individuele erfpachter gesloten overeenkomst. De stelling van eiser komt er – in dat licht gezien – op neer dat de Stichting haar verplichtingen uit overeenkomst niet nakomt door de herziening van de canon tot stand te brengen op een wijze die strijdig is met de daaromtrent overeengekomen uitgangspunten. Een dergelijk handelen van de Stichting zou – indien vaststaand – moeten worden gekwalificeerd als een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst die zij met eiser heeft gesloten. Dat dat ook met zich brengt dat sprake is van een nietig besluit – dat wil zeggen (in de termen van art. 2:14 BW): een besluit in strijd met de wet of met de statuten – is daarmee evenwel niet gezegd. Eiser heeft dat in dit kader ook niet nader toegelicht. De rechtbank kan dan ook geen nietigheid vaststellen."

De rechtbank kon wel een oordeel geven over de uitleg van de canonherzieningsbepaling en hanteerde daartoe de Haviltex-norm.[242] Na een beschouwing over de gebruikelijke ratio van een canonherzieningsbepaling oordeelde de rechtbank dat partijen in dit geval bij vestigingsakte bewust een andere grondslag voor canonherziening hadden afgesproken, namelijk een sluitende exploitatierekening:

> "De ratio van een in een erfpachtsovereenkomst opgenomen herzieningmogelijkheid van de canon is doorgaans, gelet ook op het karakter van erfpacht, dat aldus mogelijke wijzigingen in de waarde van de grond gevolgen kunnen hebben voor de hoogte van de canon (en met name dat degene die grond in erfpacht uitgeeft bij stijging van die waarde, daarvan – door verhoging van de canon – kan meeprofiteren). In dat licht moet de omstandigheid dat partijen in art. 1 lid 2 van de Voorwaarden als (enige) bindende grondslag voor een canonherziening hebben genoemd een sluitende grondexploitatie-rekening, aldus worden gelezen dat zij daarmee uitdrukkelijk dat gebruikelijk uitgangspunt hebben verlaten; *de tekst kan dan niet anders worden gelezen dan dat de Stichting als uitgever van de grond ervoor heeft gekozen niet van mogelijke stijging van de waarde van de grond te willen meeprofiteren*. Gelet op de (toen geldende) doelstelling van de Stichting en haar positie – als door de gemeente ingesteld orgaan – is dat ook begrijpelijk."[243]

Tussentijdse canonherziening houdt gezien de aard van het erfpachtrecht, een langdurig gebruiksrecht op grond, normaal gesproken verband met wijzigingen in de grondwaarde waar de erfverpachter op deze wijze van kan meeprofiteren. Deze stelling over een gangbare praktijk kan voor stedelijke erfpacht zoals die tot voor kort gangbaar was worden onderschreven, maar dient vanwege de objectieve uitleg bij voorkeur uit de vestigingsakte te blijken. In de vestigingsakte van dit erfpachtrecht was slechts één grondslag voor canonherziening opgenomen, een sluitende grondexploitatie-rekening, waarmee partijen uitdrukkelijk het gebruikelijke uitgangspunt van grondwaardestijging afromen hadden verlaten. Dat standpunt paste in dit geval kennelijk bij de doelstelling van de stichting als gemeentelijke gronduitgever. Ook de uitzondering moest beperkt worden opgevat als alleen van toepassing in de situatie dat de gewone toepassing zou leiden tot een daling van de canon: "In dat geval zal de canon nimmer kunnen dalen beneden het bedrag dat de werkelijke waarde van het in erfpacht uitgegeven perceel weergeeft."[244] De rechtbank legde de term 'werkelijke waarde' uit als de waarde van de grond op het moment van canonherziening en merkte op dat de uitzonderingsbepaling ervan uit leek te gaan dat de canon steeds ter hoogte van de werkelijke waarde van de grond werd vastgesteld. In casu was de canon lange tijd niet gewijzigd zodat de vigerende canon onder de marktwaarde van de grond was gekomen. Het was de keuze van de erfverpachter de canon al dan niet te verhogen en hij diende daarvan de gevolgen te dragen, aldus de rechtbank. In het voorgelegde geval zag de rechtbank geen aanleiding voor toepassing van de uitzondering en was canonverhoging alleen volgens de gewone bepaling mogelijk. De erfverpachter diende zich aan zijn eigen voorwaarden te houden. Het kwam voor

242 Rb. Middelburg 13 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR5117, r.o. 4.4.1: "Primair is voor die uitleg de *letterlijke tekst* doorslaggevend; als die tekst geen duidelijkheid oplevert zal de uitleg moeten plaatsvinden aan de hand van de *verklaringen en redelijke verwachtingen van partijen* over en weer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst." Nadruk toegevoegd.

243 Rb. Middelburg 13 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR5117, r.o. 4.4.2. Nadruk toegevoegd.

244 Rb. Middelburg 13 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR5117, r.o. 4.4.2.

risico van de aan de gemeente gelieerde erfverpachter dat de canon op een laag peil was gekomen nadat jarenlang geen gebruik was gemaakt van de mogelijkheid de canon te herzien.

In de derde zaak over de erfpachtvoorwaarden van deze erfverpachter waren gewijzigde voorwaarden van toepassing.[245] Volgens deze voorwaarden werd de canon iedere zes jaar herzien volgens een in de voorwaarden opgenomen procedure die de marktwaarde van de grond tot uitgangspunt nam:

> "1. *In 2003 en vervolgens telkens na 6 jaren* kunnen partijen op verzoek van de meest gerede hunner in overleg treden over een herziening van de canon met betrekking tot de volgende 6 jaren, voor het eerst voor de periode 1 januari 2004 tot en met 31 december 2009. Een verzoek om herziening van de canon moet schriftelijk geschieden tenminste zes maanden voor het einde van het lopende tijdvak.
> 2. Bij de herziening als bedoeld in lid 1 van dit artikel wordt de canon vastgesteld als volgt: De Stichting Renesse geeft, uiterlijk 4 maanden voor het einde van het lopende tijdvak, opdracht aan een makelaar/taxateur in onroerende zaken tot de vaststelling van de vrije verkoopwaarde van de grond. Van de aldus vastgestelde waarde wordt afgetrokken de vrije verkoopwaarde van de grond zoals deze is vastgesteld bij het aangaan van de uitgifte in erfpacht. De uitkomst hiervan wordt gedeeld door de vrije verkoopwaarde van de grond zoals deze is vastgesteld bij het aangaan van de uitgifte in erfpacht. De uitkomst hiervan wordt vermenigvuldigd met de canon; deze uitkomst wordt bij de canon opgeteld casu quo van de canon afgetrokken."[246]

De bestaande canon werd vermenigvuldigd met de percentuele toename van de grondwaarde in de voorafgaande zes jaar. De erfpachter van een recht gevestigd in 1996 maakte vergeefs bezwaar tegen de door de grondeigenaar voorgestelde canonverhoging per 1 januari 2004 en ook tegen de aangepaste verhoging na overleg met de belangenvereniging van erfpachters. De rechtbank oordeelde dat de erfverpachter als privaatrechtelijke stichting in de contractuele verhouding tot de erfpachter bevoegd was de canon te wijzigen en dat deze herziening was uitgevoerd conform de vestgingsakte zodat de erfverpachter niet onrechtmatig jegens de erfpachter had gehandeld. Dat de canonverhoging aanzienlijk was, een verhoging met 91,5%, maakte dat niet anders. Aangezien de canonherzieningsbepaling bij aanvang van het recht in 1996 al in deze vorm was opgesteld was de erfpachter bij aanvang bekend met deze bepaling en met de daaraan verbonden boete bij niet nakomen. Het was voldoende dat de canonherziening voorzienbaar was, niet vereist was dat de herziening ook bepaalbaar zou zijn. De afspraken bij aanvang van het recht waren doorslaggevend voor de vraag wat de bedoeling van partijen was geweest, een erfverpachter die de afspraken volgde was bevoegd tot canonherziening, een erfverpachter die daarvan afweek niet.

245 Rb. Middelburg 23 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0527 (*Stichting Renesse/erfpachter*).
246 Rb. Middelburg 23 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0527, r.o. 2.1.

5.5.1.3 Bindend advies

De inzet van deskundigen bij canonherziening leidt vaak tot geschillen.[247] De zaak die zich afspeelde rond het recreatiegebied Veerse Meer betrof een geschil over canonherziening tussen erfpachters van percelen met een recreatiebestemming, verenigd in een belangenvereniging, en een beleggingsmaatschappij als particuliere erfverpachter.[248] De oorspronkelijke erfpachter was de gemeente Kortgene die na het ontginnen van de in erfpacht uitgegeven schorren en slikken de grond bouwrijp had gemaakt en in gedeelten had overgedragen aan leden van Veerse Meer die op de percelen recreatiewoningen hadden gebouwd. Bij die gelegenheid werd de canon verhoogd.[249] De vestigingsakte uit 1959 werd in 1962 aangevuld met een bepaling over het iedere vijf jaar opnieuw vaststellen van de canon door drie deskundigen, die de canon naar billijkheid bindend zouden vaststellen.[250] Tussen 1972 en 2002 was de canon niet herzien. De aangewezen deskundigen werden het over de canon voor deze rechten niet eens zodat een meerderheidsrapport en een minderheidsrapport werden uitgebracht. De erfverpachter beschouwde het meerderheidsrapport als een bindend advies en bracht de herziene canon conform dit rapport in rekening bij de erfpachters, maar deze weigerden de verhoging te betalen. De voorzieningenrechter oordeelde dat niet was gebleken dat partijen hadden bedoeld overeen te komen dat de drie deskundigen een unaniem rapport dienden uit te brengen zodat verdedigbaar was dat de canon met een meerderheidsrapport kon worden vastgesteld.[251] De kantonrechter benoemde in 2005 drie nieuwe deskundigen die de canon vaststelden. Vervolgens ontstond onenigheid over de bij het vaststellen van de erfpachtcanon te hanteren uitgangspunten. De erfpachters stelden dat de waardering moest uitgaan van de aanvangssituatie van in erfpacht uitgegeven schorren en slikken:

> "De erfpachtcanon moet worden gewaardeerd met als uitgangspunt dat de erfpachtverhouding tussen partijen een aanvang vond op 31 augustus 1959, dat wordt gepacht percelen schorren en slikken en dat de canon moet worden bepaald naar die toestand van schorren en slikken, waarbij voor de waardevermeerdering geen enkele rol mag spelen de waardeverandering door wijziging van de kwaliteit van de schorren en slikken ten gevolge van het ontginnen van de grond en het in gebruik nemen van de grond door de erfpachter, zodat alleen een canonwijziging kan plaatsvin-

247 Vonck 2011a bespreekt de rol van deskundigen bij heruitgifte en verlenging van erfpachtrechten, en concludeert dat de rechter niet zelf de vastgestelde canon dient te beoordelen, maar alleen of de door de deskundige gekozen berekeningsmethode aanvaardbaar is.

248 Rb. Middelburg 2 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY8606 (*Veerse Meer I/Rhoon Pendrecht en Cortgene*). Deze eerste zaak betrof één van de vier groepen erfpachters.

249 Rb. Middelburg 2 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY8606, r.o. 2.1 citeert artikel 2 van de vestigingsakte: "De erfpachtscanon zal bedragen voor de schorren en de dijksglooiing vijfentwintig gulden per hectare per jaar en voor de slikken een gulden per hectare per jaar. (...) Telkens wanneer door de erfpachtster een gedeelte van het terrein in gebruik genomen wordt, zal van dat gedeelte (de grootte afgerond naar boven op hele hectaren) de canon verhoogd worden tot tweehonderdvijftig gulden per hectare per jaar." Hier was dus sprake van een splitsing van het erfpachtrecht in de zin van art. 5:91 lid 2 BW.

250 Rb. Middelburg 15 juni 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5371 (*Veerse Meer I/Rhoon Pendrecht en Cortgene*), r.o. 2.2 citeert art. 2 lid 5 over de wijze waarop de canon moet worden bepaald: "De vaststelling der canon zal, indien het bedrag daarvan niet langer in overeenstemming is te achten met de waarde van het erfpachtsgoed in de toestand waarin dit zich bij de aanvang van het erfpachtsrecht bevond, door de deskundigen worden gedaan naar billijkheid, rekening houdend met alle factoren welke daarop van invloed zijn, speciaal met de eventuele waardeverandering sinds de vorige vaststelling der canon van de omliggende soortgelijke gronden, terwijl wijzigingen welke de erfpachtster aan het erfpachtsterrein heeft aangebracht daarbij buiten beschouwing blijven. (…)."

251 Rb. Middelburg 15 juni 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5371, r.o. 4.1.

> den indien de erfpachtgrond in de kwaliteit van de schorren en slikken een waardeverandering heeft ondergaan (…).”[252]

Gezien de tekst van de vestigingsakte viel er wat voor deze opvatting te zeggen. Bij aanvang van het erfpachtrecht bestond het perceel uit slikken en schorren en bij het bepalen van de waardeverandering moesten de wijzigingen die de erfpachter aan het terrein had toegebracht buiten beschouwing blijven. Dat was geen handige bepaling voor een perceel dat juist werd uitgegeven ter ontginning, om daar een recreatiegebied met een jachthaven tot stand te brengen. De erfverpachter was daarentegen van mening dat uitgegaan moest worden van ‘rijpe bouwgrond’ zoals door de eerste erfpachter tot stand gebracht. Dat was echter pas enige jaren na de aanvang van het recht gerealiseerd en niet bij uitgifte. Bovendien stelde de erfverpachter dat de rechtbank niet bevoegd was te oordelen over de hoogte van de canon omdat het aan de door partijen te benoemen deskundigen was de waarderingsgrondslag en de erfpachtcanon te bepalen. De rechtbank oordeelde dat in de akten was bepaald dat de canon bij bindend advies door deskundigen zou worden vastgesteld en dat de rechtbank daarbij derhalve geen taak had:

> “De rechtbank is van oordeel dat deze bepalingen dienen te worden opgevat als een bindend advies. Partijen hebben afgesproken de vaststelling van de canon over te laten aan drie deskundigen, aan wier oordeel zij zich bij voorbaat hebben gebonden. Het door de deskundigen uit te brengen advies heeft tussen partijen de kracht van een overeenkomst. Dat betekent dat zij ook gebonden zijn aan de afspraak, dat de vaststelling van de canon door de deskundigen wordt gedaan naar billijkheid, rekening houdend met alle factoren welke daarop van invloed zijn, en dat de uitkomst daarvan voor partijen bindend is. De rechtbank is van oordeel dat de opdracht aan de deskundigen aldus voldoende concreet is omschreven en aan de deskundigen ruimte laat om met alle vanuit hun deskundig oordeel in aanmerking komende factoren rekening te houden. Het is derhalve aan de deskundigen om invulling te geven aan die opdracht. De rechtbank kan daar niet in treden.”[253]

De deskundigen hadden de canon vastgesteld op basis van ‘juridisch bouwrijpe grond’ en legden hun advies vast neer in een concept-rapport, waarop de erfpachters de opdracht aan de deskundigen weer introkken. De rechtbank was met de erfverpachter van oordeel dat de erfpachters daarmee het werk van de commissies feitelijk onmogelijk hadden gemaakt en daardoor toerekenbaar tekort waren geschoten jegens de erfverpachter en dus aansprakelijk voor de ontstane schade. De erfpachters dienden de canonverhoging conform de rapporten van de deskundigen te betalen.

Opvallend is dat de rechtbank voor zichzelf ook geen rol zag in de marginale toetsing van het bindend advies op grond van art. 7:904 BW, terwijl die toetsing in een arrest van de Hoge Raad van een half jaar eerder expliciet aan de orde was gekomen.[254] In het geval van dit in appartementsrechten gesplitste erfpachtrecht

252 Rb. Middelburg 2 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY8606. De rechtsoverwegingen in dit vonnis zijn niet genummerd.
253 Rb. Middelburg 2 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY8606, beoordeling in conventie.
254 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/115, m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*). Dit arrest is ook behandeld in par. 3.4.3.

kon op grond van de algemene erfpachtvoorwaarden iedere 25 jaar de canon worden herzien door deskundigen. Die deskundigen

> '(…) dienen de verkoopwaarde vast te stellen, ten tijde telkens van de datum waarop de opnieuw vast te stellen canon zal ingaan, van de volle eigendom van de grond als ware die onbebouwd en vrij van ieder gebruiksrecht. De canon zal telkens opnieuw worden vastgesteld op een percentage van deze verkoopwaarde, gelijk aan het percentage verhoogd met een half dat naar het oordeel van de makelaars geldt voor een normale eerste hypothecaire geldlening ten dage waarop de opnieuw vastgestelde canon zal ingaan.'[255]

Per 1 oktober 1998 werd de canon op deze wijze met zevenhonderd procent verhoogd. De erfpachters betwistten de geldigheid van het deskundigenrapport omdat zij niet gehoord waren en het rapport ontoereikend was gemotiveerd. Rechtbank en hof deelden het standpunt van de erfverpachter. De rechtbank had geoordeeld dat het taxatierapport vernietigbaar was maar dat alleen de VvE daarop een beroep kon doen en individuele appartementseigenaren niet. Het hof had geoordeeld dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was dat de erfpachters aan het als bindend advies te beschouwen taxatierapport gebonden waren. De canonverhoging van zevenhonderd procent was in zichzelf onvoldoende om de canonherziening onredelijk te achten. De Hoge Raad bevestigt een eerder oordeel over de mate waarin een bindend advies gemotiveerd dient te worden:

> "Bij de beoordeling van de tegen dit oordeel aangevoerde klachten wordt vooropgesteld dat, naar de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 20 mei 2005, nr. C04/135, *RvdW* 2005, 76, op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd geen algemeen antwoord is te geven. In beginsel heeft te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.
> In het onderhavige geval hield de opdracht aan de makelaars in dat zij een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienden vast te stellen. Op zichzelf wijst dit erop dat hun oordeel weinig of geen motivering behoefde. De makelaars dienden, zoals hiervoor in 3.1 onder (ii) nader is uiteengezet, de nieuwe canon vast te stellen aan de hand van, kort gezegd, de verkoopwaarde van de grond en het naar hun oordeel voor een normale eerste hypothecaire lening geldende rentepercentage, vermeerderd met een half. In de Algemene Bepalingen worden geen nadere eisen gesteld aan de wijze waarop de makelaars te werk moeten gaan of hun bevindingen dienen te motiveren."[256]

Daarmee is de maatstaf voor de toetsing van een bindend advies bevestigd. In de twee hierboven behandelde gevallen van het Veerse Meer was in de erfpachtvoorwaarden overeengekomen dat de canon bij herziening zou worden vastgesteld door deskundigen. Dat is de vorm van bindend advies waarbij deskundigen

255 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 3.1 onder ii.
256 HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, r.o. 3.4.2.

een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen invullen zodat aan deze vorm van bindend advies minder hoge eisen aan de motivering worden gesteld dan vereist is indien het bindend advies meer het karakter heeft van rechtspraak.

Ook in het geval van een tijdelijk erfpachtrecht uitgegeven door de gemeente Schiedam toetste de rechtbank een deskundigenbericht aan art. 7:904 BW.[257] In dit geval gaf de vestigingsakte duidelijke voorschriften over de 25-jaarlijkse canonherziening en de inschakeling van deskundigen daarbij. De rechtbank oordeelde dat het deskundigenrapport naar wijze van totstandkoming en naar inhoud voldeed aan de eisen en dat de erfpachters dus gebonden waren aan de daarin berekende herziene canon. Bij hun motivering hadden de deskundigen aangegeven welke factoren zij van invloed achtten op de vaststelling van een redelijke grondprijs, zoals vereist door de vestigingsakte. Bij de vraag of de inzet van deskundigen is vereist bij canonherziening, wanneer dat het geval is en wat de opdracht aan de deskundigen daarbij is, staat de wijziging van de inhoud van het erfpachtrecht centraal en niet zozeer de bevoegdheid tot canonherziening zelf. Ook hier dient de tekst van de erfpachtvoorwaarden uit de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden veelvuldig uitgelegd te worden, naar een objectieve maatstaf en in het licht van de gehele akte. Er lijkt minder ruimte om te verwijzen naar een gebruikelijke praktijk die niet uit de erfpachtvoorwaarden blijkt. De erfverpachter heeft in beginsel wel de vrijheid zijn beleid over canonherziening, en daarmee de algemene erfpachtvoorwaarden, te wijzigen.

In een zaak die speelde in de gemeente Bloemendaal kwamen de erfpachters van een tijdelijk recht met een bedrijfsmatige bestemming op tegen het bindend advies waarmee de vijfjaarlijkse canonherziening was bepaald.[258] Partijen hadden eerder ieder een eigen taxatierapport laten opstellen en waren bindend advies overeengekomen nadat zij niet tot overeenstemming waren gekomen. De erfpachters hadden het bindend advies vernietigd en het hof Amsterdam voerde een marginale toetsing uit waarbij het hof gedetailleerd inging op de berekeningswijze van de canon en met name op de motivering van de drie deskundigen. Het oordeel luidde dat de gebondenheid van partijen aan het bindend advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was. Het komt mij voor dat een vijfjaarlijkse canonherziening bij een tijdelijk bedrijfsmatig erfpachtrecht uitgegeven door een gemeente een uitzonderlijk hoge frequentie van herziening vormt en een aanzienlijke beperking van het genot van de erfpachter.[259]

257 Rb. Rotterdam 29 maart 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV8762 (*Schiedam/erfpachters*).
258 Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:298 (*IvE c.s./Bloemendaal*).
259 Zoals ook opgemerkt in het bindend advies, Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:298, r.o. 2 sub i: "Bij de bepaling van het depreciatiepercentage van 20 is rekening gehouden met de volgende bezwarende beperkingen voor de koper: "De duur is beperkt (de koper prefereert op zich een onbepaalde duur boven een duur tot 2059); Er is gebondenheid tussen de erfpachter/koper en de eigenaar (*koper kan elke 5 jaar een erfpachtdiscussie met zijn bloot-eigenaar tegemoet zien*). Aan het eind van de erfpacht, in 2059, gaan de gebouwen omniet over naar de bloot-eigenaar. Het is de koper niet toegestaan zonder toestemming van de bloot-eigenaar de erfpachtzaak te splitsen, in ondererfpacht uit te geven, te bebouwen, uit te breiden, te wijzigen, te verpachten of aan derden in gebruik te geven"." Nadruk toegevoegd.

5.5.1.4 Knelpunten tussentijdse canonherziening tijdelijke rechten

Bij de toetsing van canongeschillen over een tussentijdse herziening van de canon bij tijdelijke rechten wordt onderscheid gemaakt tussen de vraag of de erfverpachter bevoegd is de canon te herzien en vragen over de correcte uitoefening van die bevoegdheid. Bij uitleg kunnen beide aspecten aan de orde komen, waarbij vragen naar de juiste uitoefening van de bevoegdheid tot canonherziening overheersen; de omstandigheden van het geval spelen bij de toetsing een rol. Aparte toetsingsmaatstaven gelden voor de gevallen waarin de herziene canon bij bindend advies wordt vastgesteld.

De knelpunten bij tussentijdse canonherziening bij tijdelijke erfpachtrechten kunnen als volgt worden samengevat. Geschillen ontstaan met name over de uitleg van de herzieningsbepalingen, onder meer wanneer deze bepalingen de doelstelling van de canonherziening bevatten, en over de aard van het bindend advies van deskundigen. Over deze punten kunnen ook in andere situaties geschillen ontstaan, maar tussentijdse herziening van tijdelijke rechten komt relatief vaak voor, iedere vijf, tien of vijftien jaar, en in vele gevallen wordt daarbij de inzet van deskundigen voorzien. In alle besproken gevallen ging het om een bepaling uit de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden, wat voor de gehanteerde uitlegmaatstaf geen verschil maakte.

Ten aanzien van uitleg is het de verantwoordelijkheid van partijen, met name de erfverpachter, de tekst van de vestigingsakte en de onderliggende overeenkomst tot uitgifte zo duidelijk mogelijk te formuleren, zeker waar het gaat om een canonherzieningsbeding dat pas na vele jaren zal worden uitgevoerd. In het belang van de erfpachter en zijn financiers kan die bepaling niet duidelijk genoeg geformuleerd worden en bevat deze bij voorkeur ook concrete instructies voor de berekening van de herziene canon, aan de hand van objectieve maatstaven. De erfverpachter daarentegen zal eerder belang hebben bij een meer algemeen gestelde bepaling zodat hij ten tijde van de canonherziening kan kiezen voor de op dat moment voor hem meest gunstige methode. Een dergelijke handelwijze wordt echter steeds minder aanvaard. De NVB-criteria vereisen bijvoorbeeld dat bij aanvang van het recht steeds voorzienbaar is wanneer en op welke wijze de canon zal worden herzien.[260] Iedere formulering van de doelstelling van canonherziening kan rekenen op geschillen zodat het wellicht aanbeveling verdient deze achterwege te laten. Bij uitleg kan zowel de bevoegdheid tot canonherziening als de inhoud van de wijziging voorwerp van discussie zijn, maar in de meeste gevallen betreft uitleg de wijze waarop de herziene canon berekend moet worden. Uitleg van bepalingen uit de vestigingsakte komt ook bij andere situaties als knelpunt aan de orde en dient in beginsel naar de objectieve maatstaf van de uitleg van notariële aktes te geschieden.

260 Nederlandse Vereniging van Banken, Criteria voor de financierbaarheid van erfpachtrechten gevestigd voor 01-04-2012, bron: <www.nvb.nl/thema-s/wonen/200/particuliere-erfpacht.html>. De zogenoemde NVB-criteria en de bijbehorende bancaire richtlijn kwamen in par. 3.5.8 al aan de orde en worden ook behandeld in par. 5.6.2.

Ten aanzien van bindend advies kwam in bovenstaande gevallen vooral de aard van het bindend advies aan de orde. Zoals gezien kan het bindend advies een aanvulling van de rechtsverhouding zijn of een vorm van geschilbeslechting en de vorm heeft gevolgen voor de toetsing van het bindend advies. Er zijn grofweg twee varianten te onderscheiden. In de eerste variant wordt in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden bepaald dat de canon bij gelegenheid van tussentijdse herziening zal worden vastgesteld door deskundigen en dat partijen zich aan dit bindend advies zullen conformeren. In dit geval is sprake van aanvulling van de rechtsverhouding met het ontbrekende element van de herziene canon en volgt een minder strenge toets van de totstandkoming en de motivering van het bindend advies omdat partijen zich bij voorbaat verbonden hebben aan het deskundigenadvies en er geen sprake is van een geschil. De gang naar de rechter is niet uitgesloten, maar de rechter toetst marginaal. Bij de tweede variant is afgesproken dat partijen eerst onderling overeenstemming proberen te bereiken over canonherziening, eventueel aan de hand van een voorstel van de grondeigenaar, en dat er pas deskundigen worden ingeschakeld indien partijen niet tot overeenstemming komen. Dan heeft het bindend advies het karakter van geschilbeslechting en is de toets op grond van art. 7:904 BW strenger ten aanzien van wijze van totstandkoming, motivering en inhoud van het bindend advies. Het inschakelen van deskundigen komt ook bij andere situaties aan de orde.

5.5.2 Canonherziening bij verlenging of conversie

Na afloop van een tijdelijk erfpachtrecht eindigt het gebruiksrecht van de erfpachter en herkrijgt de grondeigenaar de volle eigendom van de onroerende zaak. In de praktijk gaan partijen meestal niet uit elkaar, maar onderhandelen zij over voortzetting van het gebruiksrecht door dezelfde erfpachter. Voor de erfverpachter is dit het moment om nieuwe voorwaarden op te leggen, waarin vaak een herziening van de canon is begrepen. Het knelpunt hierbij is dat er niet altijd rekening mee wordt gehouden dat partijen onderhandelen vanuit een bestaande rechtsverhouding en dat zij daar bepaalde rechten en verwachtingen aan kunnen ontlenen. Hieronder worden twee situaties besproken aan de hand van recente jurisprudentie, de verlenging van het erfpachtrecht in par. 5.5.2.1 en de omzetting van een tijdelijk in een voortdurend erfpachtrecht, ook wel conversie genoemd, in par. 5.5.2.2.

5.5.2.1 Verlenging tijdelijk recht

Een belangrijk arrest over verlenging van tijdelijke rechten was het arrest Haagse erfpacht.[261] Dit arrest ging over de verlenging van een groot aantal tijdelijke erfpachtrechten uitgegeven onder de AB 1911 of de AB 1923 van de gemeente Den Haag met een gedurende 75 jaar vaste canon. Het aanbod van de gemeente tot heruitgifte bevatte een herziene canon gebaseerd op de actuele marktwaarde

261 Rb. Den Haag 30 november 1994, ECLI:NL:RBSGR:1994:AS5992, *BR* 1995, p. 329 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), Hof Den Haag 29 mei 1997, ECLI:NL:GHSGR:1997:AS5303, *BR* 1998, p. 60 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*) en HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*). Dit arrest is behandeld in par. 2.4.3.1.

van de grond. De erfpachters maakten bezwaar tegen deze canonexplosie die zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar achtten. De omstandigheid dat de erfpachters hun rechten tegen hoge prijzen hadden gekocht, soms slechts een klein aantal jaar voor expiratie van het recht, behoorde echter tot het risico van de erfpachters. De gemeente mocht de herziene canon baseren op de actuele marktwaarde van de grond nu daarbij rekening werd gehouden met het feit dat het ging om reeds met een recht van erfpacht bezwaarde percelen. Op de verhouding tot de voormalige erfpachters waren naar het oordeel van de Hoge Raad wel de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing. Zolang partijen onderhandelden liep het beëindigde recht op grond van art. 5:98 BW immers door. Naar de mening van Vonck impliceren die maatstaven dat de erfverpachter bij verlenging van een tijdelijk recht een zorgplicht heeft die inhoudt dat de herziene canon op een marktconforme waarde kan worden bepaald tenzij de erfpachter aantoont dat de grondeigenaar door zo te handelen misbruik van omstandigheden maakt.[262] Ik kan mij vinden in die zorgplicht van de partij die in een ongelijkwaardige rechtsverhouding het overwicht heeft, in dit geval de erfverpachter, en dus rekening dient te houden met de belangen van de zwakkere partij, in dit geval de erfpachter. De zorgplicht komt in onderstaande uitspraken nog geregeld aan de orde.

Op Terschelling ontstond een geschil omtrent de voorwaarden voor verlenging van tijdelijke erfpachtrechten op percelen met recreatiewoningen.[263] Nadat deskundigen bij bindend advies een herziene canon hadden vastgesteld liepen de onderhandelingen over de nieuwe erfpachtvoorwaarden, met daarin onder meer een canonherzieningsbeding, vast. De erfpachters verweten de erfverpachter ten aanzien van de heruitgifte eenzijdig te handelen en onvoldoende rekening te hebben gehouden met hun belangen en hun gebonden positie. Zij bepleitten een evenwichtige eindsituatie en stelden daartoe een aantal vorderingen in reconventie in waarbij zij een beroep deden op de redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtbank beoordeelde de voorgestelde nieuwe erfpachtvoorwaarden afzonderlijk en toetste of sprake was van een evenwichtige belangenafweging.[264] Bij die nogal technische toetsing kwam de recht-

262 Vonck 2013, p. 211-212. Die zorgplicht berust op een feitelijke machtspositie waarvan geen misbruik mag worden gemaakt, opzet is niet vereist en de omvang van de zorgplicht hangt af van de omvang van de machtspositie. In onderhandelingen tussen een erfverpachter en een erfpachter na het einde van een tijdelijk recht is de omvang van die economische machtspositie omvangrijk, aldus Vonck, en deze zal moeten berusten op art. 3:44 lid 4 BW en niet op de redelijkheid en billijkheid wegens het ontbreken van een contractuele relatie. Vonck leidt uit het arrest Haagse erfpacht een verplichting voor de erfverpachter af om bij heruitgifte een marktconforme canon te bedingen. Een dergelijke doorbreking van de contractvrijheid kan ik echter niet aan het arrest verbinden, Vonck 2013, p. 213.

263 Rb. Leeuwarden 5 december 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB9762 (*Staatsbosbeheer/Vereniging Terschellinger Erfpachters c.s.).*

264 Rb. Leeuwarden 5 december 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB9762, r.o. 2.16: "Bij de beoordeling van de inhoud van de ontwerpakte dient naar het oordeel van de rechtbank telkens een belangenafweging te worden gemaakt. Partijen hebben zich, zo blijkt uit het dossier, beiden tot doel gesteld om tot een nieuwe erfpachtovereenkomst te komen, waarmee een gemeenschappelijk belang is gegeven. Daarnaast dient er, zoals door gedaagden in conclusie van antwoord gesteld, balans te bestaan tussen een voor Staatsbosbeheer voldoende aantrekkelijk rendement en een voor de erfpachter aanvaardbare last."

bank tot het oordeel dat Staatsbosbeheer bij alle voorwaarden redelijk had gehandeld.[265]

Bij waterschapserfpacht werden erfpachtrechten gewoonlijk verlengd onder dezelfde voorwaarden en zonder noemenswaardige canonverhoging. Een hoogheemraadschap zocht aansluiting bij de leer van het arrest Haagse erfpacht en wilde deze gewoonte doorbreken door zijn gewijzigde beleid, waarin de canon werd gebaseerd op de actuele grondwaarde, toe te passen bij verlenging van tijdelijke erfpachtrechten op dijkgrond.[266] De erfpachters deden bij wijze van verweer tegen de bevoegdheid tot canonverhoging een beroep op het eigen karakter van waterschapserfpacht, dat op vele punten niet vergelijkbaar was met stedelijke erfpacht en daarom ook niet analoog kon worden behandeld. De uitgiftes dateerden oorspronkelijk uit het midden van de negentiende eeuw en dienden toen onder meer tot onderhoud van de dijken zodat de canon een relatief laag bedrag was, dat bij verlenging alleen werd aangepast aan de geldontwaarding. In de jaren negentig ontdekte het hoogheemraadschap dat het in vergelijking met andere grondeigenaren een lage canon berekende voor zijn in erfpacht uitgegeven gronden en werd om financiële redenen een beleidswijziging in gang gezet. Het college van dijkgraaf en heemraden schreef op 24 mei 1993 in een notitie aan het college van hoofdingelanden van het waterschap De Waterlanden onder meer:

> "Momenteel wordt grond ongeacht de bestemmingsmogelijkheden op basis van de huidige erfpachtvoorwaarden uitgegeven tegen een tarief van *f* 1,90 per m^2 per jaar voor een periode van 30 jaar. *Daarmee doet het Waterschap zichzelf in financieel opzicht tekort. Gebruikelijk is dat de canon, te betalen door de erfpachter, wordt gebaseerd op de waarde van de grond en op een geldend rentepercentage*. Voorgesteld wordt het prijsbeleid aan te passen en in lijn te brengen met de algemeen geldende uitgangspunten. (…) De nieuwe wijze van berekening betekent een forste stijging van de canon. De huidige erfpachters wiens contracten aflopen, zullen hiermee geconfronteerd worden."[267]

Het waterschap wijzigde eenzijdig het beleid en berekende de erfpachtcanon met ingang van 1 januari 1994 door de marktwaarde van de grond, vastgesteld door een onafhankelijke taxateur, te koppelen aan een rentepercentage. Het gewijzigde beleid zou gelden voor nieuwe erfpachtrechten en voor heruitgifte van aflo-

265 Rb. Leeuwarden 5 december 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB9762, r.o. 2.11: "Resumerend volgt uit bovenstaande dat Staatsbosbeheer zowel bij de totstandkoming als voor wat betreft de inhoud van de ontwerpakte niet heeft gehandeld in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur noch in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dit brengt de rechtbank tevens tot het oordeel dat sprake is van redelijk handelen door Staatsbosbeheer (…)." Het vonnis is besproken door De Koe 2011, p. 447-448 die eenvoudig concludeert: 'de rechtbank sanctioneert de nieuwe voorwaarden van SBB.' Ik onderschrijf de opvatting van Vonck 2011a, p. 115-116 dat de erfpachters in deze zaak onhandig procedeerden. Hun stelling dat hun gebonden positie op zich de voorgestelde voorwaarden al onredelijk maakte strandde omdat geen sprake was van misbruik van bevoegdheden waarna het handelen van de erfverpachter bij gebreke van steekhoudend verweer op alle punten redelijk werd geacht.

266 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943 (*Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*).

267 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 2.9. Nadruk toegevoegd.

pende rechten aan de zittende erfpachter.[268] Per brief van 25 januari 1994 (dus na de beleidswijziging) werden de zittende erfpachters geïnformeerd over de nieuwe canonberekening:

> "Daarom wordt de aanvangscanon bij een nieuwe erfpachtsuitgifte voortaan bepaald op basis van de volgende formule: (…) De vrije waarde in het economisch verkeer wordt bepaald door een beëdigd taxateur, aan te wijzen door het waterschap. De kosten van deze taxatie zijn voor rekening van de erfpachter. Het waterschap of de erfpachter kunnen de waarde van de grond om de 10 jaar opnieuw laten taxeren. De rentevergoeding wordt berekend op basis van het gewogen gemiddelde van de voorschotrentes van De Nederlandsche Bank zoals deze de 5 jaren voorafgaande aan het jaar van erfpachtsuitgifte op 1 januari van elk jaar golden minus 2%, doch met een minimum van 4 % Op dit moment bedraagt de voorschotrente ongeveer 7%, zodat het waterschap een rentepercentage hanteert van 5%. De canon wordt telkens na verloop van een termijn van 5 jaar aangepast, met dien verstande dat de eerste termijn vervalt 5 jaar na 1 januari van het kalenderjaar waarin het besluit tot uitgifte door het waterschap is genomen."[269]

Naast een gewijzigde berekening van de aanvangscanon zou de canon op grond van de nieuwe voorwaarden bovendien iedere vijf jaar worden aangepast, mogelijk geïndexeerd, en kon de grondwaarde iedere tien jaar opnieuw worden vastgesteld. De duur van de rechten bleef dertig jaar en voor erfpachters van wie het recht op korte termijn zou aflopen was er een overgangsregeling van tien jaar. Deze wijze van canonberekening werd ook opgenomen in de algemene erfpachtvoorwaarden van 2005, maar dan met een overgangsregeling voor drie jaar. Per brief van augustus 2005, weer na de vaststelling van de herziene algemene erfpachtvoorwaarden, werden de erfpachters geïnformeerd over de nieuwe voorwaarden en de momenten waarop deze voor hen zouden gaan gelden.[270]

De rechtbank erkende de eigen aard van het waterschapserfpacht. Vergeleken met stedelijke erfpacht bestond het verschil erin dat erfpachters bij stedelijke erfpacht steeds bedacht moesten zijn op aanpassing van de canon aan de marktwaarde van de grond, vanwege de doelstelling meerwaarde afroming van stedelijke erfpacht. Erfpachters van waterschappen hadden niet met deze doelstelling te maken en dit gegeven was mede bepalend voor de waarde van het recht, aldus de rechtbank.[271] Het hoogheemraadschap als erfverpachter had in beginsel de vrijheid zijn beleid naar eigen inzicht vast te stellen, maar diende daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. De rechtbank toetste de beleidswijziging vervolgens aan het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrou-

268 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 2.10. De nieuwe voorwaarden zouden expliciet niet bij overdracht van toepassing worden. Toen het hoogheemraadschap dat toch probeerde was een procedure tot aan de Hoge Raad nodig om vast te stellen dat die canonverhoging in strijd was met de vestigingsakte, HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *TBR* 2010/93, m.nt. F.J. Vonck (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*) en HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0871 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*).

269 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 2.11.

270 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 2.13. De drie momenten waarop de nieuwe voorwaarden zouden gaan gelden waren (i) bij heruitgifte aan dezelfde erfpachter na afloop van een tijdelijk recht (ii) bij overdracht van het erfpachtrecht en (iii) bij splitsing van het erfpachtrecht. De canonherziening bij overdracht werd aanvankelijk uitgesloten. Het hoogheemraadschap bood daarnaast aan 884 erfpachters de bloot eigendom te koop aan tegen een prijs die gebaseerd was op de marktwaarde van de grond, welk aanbod door 531 erfpachters werd aanvaard. De eisers in deze procedure hadden het aanbod afgewezen, r.o. 2.14.

271 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 4.10.

wensbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.[272] Ten aanzien van de toepassing van het vertrouwensbeginsel stelden de erfpachters dat de waardestijging van de grond van oudsher aan de erfpachters was toegekomen en dat het hoogheemraadschap daar bij het vaststellen van nieuw beleid geen rekening mee had gehouden. De rechtbank volgde de erfpachters niet in hun stelling dat zij op grond van gewoonte een voortdurend recht tegen gelijkblijvende voorwaarden hadden verkregen en was van oordeel dat de erfpachters niet mochten verwachten dat de canonberekening altijd op dezelfde wijze zou plaatsvinden. De erfverpachter had echter geen rekening gehouden met de verwachtingen die de dijkbewoners ten aanzien van de waarde van hun recht aan de vestigingsakte konden ontlenen en een substantiële canonverhoging, zoals bij stedelijke erfpacht mogelijk was, hoorde daar niet bij.[273]

Ten aanzien van de toepassing van het evenredigheidsbeginsel oordeelde de rechtbank als volgt over de door de grondeigenaar uitgevoerde belangenafweging:

> "De rechtbank bespreekt het evenredigheidsbeginsel in samenhang met de verplichting van het Hoogheemraadschap om de betrokken belangen af te wegen. Ter zitting is besproken welke belangenafweging aan het besluit ten grondslag is gelegd. Het Hoogheemraadschap heeft er daarbij op gewezen dat het niet gerechtvaardigd is dat de erfpachters een zeer lage, niet marktconforme erfpacht betalen, omdat dit tot gevolg heeft dat de lasten voor de andere ingelanden hoger zullen zijn. De rechtbank acht dit op zichzelf een rechtens relevant belang. Hier tegenover staat het door StENK c.s. genoemde belang dat de bewoners niet met een voor hen onverwachte zeer drastische verhoging van de canon worden geconfronteerd. De rechtbank zal dus moeten onderzoeken of het Hoogheemraadschap tegen de achtergrond van de eigen aard en historie van het waterschapserfpacht zoals besproken onder 4.10 bij de afweging van deze belangen en met toepassing van het evenredigheidsbeginsel *in redelijkheid heeft kunnen komen tot een canonverhoging op de wijze zoals zij deze heeft doorgevoerd*.
> Met juistheid heeft StENK c.s. naar voren gebracht dat de lage canon zoals de dijkbewoners die in de oude situatie betaalden mede bepalend was voor de waarde van hun erfpachtsrecht. Zij worden als relatief kleine groep ingelanden dan ook door de sterke verhoging van de canon zwaar getroffen, omdat de waarde van hun erfpachtsrecht daardoor aanzienlijk daalt. *Dat betekent dat de erfpachters door de sterke verhoging van de canon niet slechts worden getroffen omdat zij een hogere canon moeten betalen, maar bovendien omdat de waarde van hun erfpachtsrecht daardoor plotseling aanzienlijk daal*t. Daartegenover staat voor de overige ingelanden een relatief gering en mogelijk zelfs nauwelijks merkbaar voordeel in de zin van lagere lasten. De rechtbank is van oordeel dat gezien de genoemde grote belangen van de dijkbewoners afgezet tegen de relatief geringe belangen van de overige ingelanden tot de conclusie moeten leiden dat de dijkbewoners door het nieuwe beleid onevenredig worden getroffen."[274]

De rechtbank oordeelde dat de grondeigenaar zijn beleid mocht wijzigen, maar dat hij daarbij rekening diende te houden met de belangen van de erfpachters. In

272 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 4.18-4.20.
273 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 4.26.
274 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 4.29. Nadruk toegevoegd.

die zin was er geen sprake van misbruik van bevoegdheid.[275] De vooraankondigingen van het hoogheemraadschap waren niet effectief geweest omdat deze geen concreet inzicht gaven in wat de nieuwe berekeningswijze voor iedere erfpachter zou betekenen zodat een overgangstermijn het enige middel was om het plotselinge karakter van de canonverhoging voor de erfpachters aanvaardbaar te maken. Volgens de erfpachters diende de overgangstermijn op twintig jaar te worden gesteld. De rechtbank stelde het hoogheemraadschap in de gelegenheid een naar het oordeel van de rechtbank redelijke overgangstermijn in te stellen, in welk geval de rechtbank de vorderingen van de erfpachters zou afwijzen.[276] In plaats daarvan stelde het hoogheemraadschap hoger beroep in. Daarin werd het vonnis van de rechtbank vernietigd en stond de bevoegdheid tot canonverhoging centraal.[277]

Het hof oordeelde anders over de vraag of de erfverpachter had voldaan aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en veegde alle vorderingen van de erfpachters van tafel met het argument dat het de erfverpachter vrij stond zijn canonbeleid te herzien en dat erfpachters geen verwachtingen konden ontlenen aan eerdere verlengingen van het recht. De aard en achtergrond van het waterschapserfpacht, de tekst van de vestigingsakte en het ontbreken van een clausule over canonverhoging in de vestigingsakte waren onvoldoende 'ter onderbouwing dat de erfpachters bij het aangaan van de erfpachtovereenkomst mochten verwachten dat na afloop van de erfpacht zou worden verlengd op gelijke voorwaarden'.[278] Bovendien hadden de erfpachters eerdere al dan niet tussentijdse canonverhogingen aanvaard en betaald. Het hof was met de rechtbank van oordeel dat het hoogheemraadschap in beginsel bevoegd was de canon te verhogen. De eigen aard van het waterschapserfpachtrecht stond daaraan niet in de weg en de bevoegdheid was ook niet beperkt tot toekomstige waardeontwikkeling. Aan het einde van ieder erfpachtrecht ontstond een nieuwe onderhandelingssituatie, waarmee het beroep van de erfpachters op een 150-jarige gewoonte werd verworpen:

> "Uit de aard van het erfpachtrecht volgt dat na afloop dient te worden onderhandeld over de voorwaarden waaronder het erfpachtrecht wordt verlengd. Indien bij eerdere verlenging(-en) is overeengekomen dat het erfpachtrecht op dezelfde voorwaarden wordt verlengd, is dat onvoldoende om te concluderen dat het Hoogheemraadschap niet (langer) het recht zou hebben om aan een volgende verlenging nieuwe voorwaarden te verbinden."[279]

Aan eerdere verlengingen van het recht onder dezelfde voorwaarden konden erfpachters niet de verwachting ontlenen dat bij een volgende verlenging geen nieuwe voorwaarden gesteld zouden worden. Het hof verwierp het beroep op het gewoonterecht.[280] Het hof achtte de stijging van de canon met gemiddeld een

275 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 4.14, bevestigd door Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, r.o. 3.32.
276 Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943, r.o. 4.37-4.38.
277 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789 (*Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier/Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier c.s.*).
278 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, r.o. 3.4.
279 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, r.o. 3.9.
280 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, r.o. 3.10-3.13.

factor vijftien ten opzichte van de laatst vastgestelde canon niet onredelijk omdat de erfpachters onvoldoende hadden aangetoond dat die verhoging 'tegen de achtergrond van het geringe nominale bedrag van de vorige canon in strijd is met de redelijkheid en billijkheid'.[281] Bovendien had de erfverpachter de vrijheid een andere grondslag voor de canon te gaan hanteren. Dat bij aanvang geen bouwgrond, maar ruwe dijkgrond was uitgegeven maakte dat niet anders.[282] Het hof kwam al met al tot het oordeel dat het nieuwe canonbeleid niet in strijd was met de redelijkheid en billijkheid. Anders dan de rechtbank was het hof van oordeel dat de aankondiging van de canonherziening voldoende duidelijk en tijdig was en dat het hoogheemraadschap voldoende ruime overgangstermijnen had gehanteerd. Het hof vernietigde het tussenvonnis van de rechtbank en wees de vorderingen van de erfpachters af.

Ik heb het vonnis van de rechtbank, hoewel vernietigd, uitvoerig geciteerd naast het arrest van het hof omdat de twee uitspraken twee verschillende, een ruime en een enge, interpretaties geven van de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter bij onderhandelingen over voortzetting aan het einde van het recht. In de ruime opvatting van de rechtbank was ruimte voor verwachtingen die de erfpachters aan de aard van hun recht konden ontlenen. In de enge opvatting van het hof prevaleerde de tekst van de vestigingsakte boven de door de erfpachters aangevoerde omstandigheden samenhangend met de aard van het waterschapserfpachtrecht. Die tekst stond niet in de weg aan canonherziening. Dat de canon bij herziening gemiddeld vijftien keer hoger werd was naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, dat oordeel is in de jurisprudentie keer op keer herhaald. De erfverpachter had geen misbruik gemaakt van zijn bevoegdheid verlenging onder nieuwe voorwaarden aan te bieden en de omstandigheden van het geval konden dat niet anders maken. Waar de rechtbank de verschillende achtergrond van erfpachtrechten op dijkgrond uitgegeven door een waterschap meewoog in zijn oordeel zag het hof geen verschil met stedelijke erfpacht. Met name het argument dat de hoogte van de canon medebepalend was voor de waarde van het erfpachtrecht en dat de erfpachter ten aanzien van die waarde aan de vestigingsakte verwachtingen kon ontlenen, werd door de rechtbank gehonoreerd als een belang waar de erfverpachter bij wijziging van zijn beleid rekening mee had dienen te houden. Het hof achtte dit vermogensrechtelijke belang bij verlenging van het recht echter niet relevant. Daarbij kunnen vraagtekens gezet worden.

281 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, r.o. 3.16.

282 Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789, r.o. 3.16-3.18. In een andere procedure werd de stelling beoordeeld dat 'bij de bepaling van de waarde van de grond de aan activiteiten van de projectontwikkelaar en opstalhouder toe te rekenen waardestijging niet aan het Hoogheemraadschap ten goede moet komen', Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1940 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 3.1. Ter discussie stond de stelling of de door het hoogheemraadschap uitgegeven grond bestond uit ruwe dijkgrond die door en op kosten van de opstalhouders bouwrijp was gemaakt, en of deze omstandigheid was verdisconteerd in de nieuwe retributiesystematiek. Het hoogheemraadschap betwistte de stelling en de opstalhouders slaagden niet in het bewijs van de staat van de grond bij uitgifte noch van de door de opstalhouders gemaakte en nog niet afgeschreven kosten. Daarmee stond vast dat deze stelling geen rol had hoeven spelen bij de berekening van de grondwaarde, zoals betoogd door het hoogheemraadschap, onderbouwd door notities van RIGO. Het uitgangspunt zelf leek niet betwist te worden, de investeringen van de gebruikers van de grond dienen niet te worden meegenomen in de waardevermeerdering ten behoeve van de erfverpachter.

Ten aanzien van de bevoegdheid van de erfverpachter om zijn canonbeleid te herzien en toe te passen bij verlenging van tijdelijke rechten oordeelden rechtbank en hof dat de erfverpachter deze bevoegdheid altijd toekomt. De rechtbank toetste de wijziging aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en oordeelde dat de erfverpachter de belangen van de erfpachters onvoldoende had laten meewegen indien de overgangstermijn onredelijk kort was gesteld. Het hof vernietigde dit vonnis en oordeelde dat de erfverpachter een voldoende overgangstermijn had gegeven. Het knelpunt in deze zaak, en bij de verlenging van tijdelijke erfpachtrechten in het algemeen, is niet de bevoegdheid van de erfverpachter om nieuw beleid vast te stellen en toe te passen bij verlenging van erfpachtrechten, maar de vraag in hoeverre bij verlenging rekening gehouden dient te worden met de verwachtingen die de erfpachters aan het zojuist beëindigde recht kunnen ontlenen. Dit betreft de omvang van de zorgplicht van de grondeigenaar. De vaststelling door de Hoge Raad dat op de verhouding tussen grondeigenaar en voormalig erfpachter ten tijde van de onderhandelingen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn lijkt mee te brengen dat de grondeigenaar met genoemde belangen van de erfpachters aantoonbaar rekening dient te houden. Het hof ging daaraan in deze zaak wel heel eenvoudig voorbij.

Bij gelegenheid van de verlenging van tijdelijke opstalrechten op dijkgrond wilde een ander waterschap eveneens herziene opstalvoorwaarden van toepassing verklaren die een substantiële verhoging van de door de opstalhouders te betalen retributie zouden meebrengen.[283] De opstalhouders stelden dat de toepassing van nieuwe algemene voorwaarden en met name de daarin opgenomen berekening van de retributie in strijd waren met de bestaande opstalvoorwaarden, met het (gewoonte)recht, met bij de opstalhouders gewekte verwachtingen, met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat deze toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het eindoordeel van het hof dat door de Hoge Raad werd bekrachtigd hield rekening ermee dat de zittende opstalhouders tegenover de grondeigenaar niet in een volledig vrije positie verkeren:

> "Waar het gaat om de hervestiging van bestaande opstalrechten geldt dat de zittende opstalhouder ingevolge de AV70 (artikel 16) en de AV2000 (artikel 5, derde lid) in beginsel recht heeft op heruitgifte. *Het hof onderkent dat bij heruitgifte de contractspartijen in een ongelijke machtspositie verkeren*, wat er ook zij van de vraag of de positie van het Hoogheemraadschap daarbij moet worden beschouwd als een machtspositie in de zin van de Mededingingswet. De vraag of het Hoogheemraadschap bij de heruitgifte op het punt van de verlangde retributie misbruik maakt van zijn machtspositie, is hier geen andere dan die of het Hoogheemraadschap handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid en/of het evenredigheidsbeginsel."[284]

Het hoogheemraadschap mag bij verlenging van tijdelijke opstalrechten in beginsel nieuwe opstalvoorwaarden van toepassing verklaren en maakt geen misbruik van zijn machtspositie indien hij via de retributie een deel van de grond-

283 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*).

284 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 17. Nadruk toegevoegd.

waardestijging naar zich toe haalt.[285] Er zijn geen toezeggingen gedaan of verwachtingen gewekt door bevoegde organen van de grondeigenaar en de nieuwe berekeningssystematiek is niet onredelijk en houdt voldoende rekening met de belangen van de opstalhouders, mede omdat een overgangsperiode van twintig jaar wordt gehanteerd, de retributie ook kan worden afgekocht en er sprake is van een hardheidsclausule.[286] De vraag of de grondeigenaar heeft voldaan aan zijn zorgplicht c.q. geen misbruik heeft gemaakt van zijn feitelijke machtspositie die bij onderhandelingen over verlenging wordt erkend, wordt vertaald naar de vraag of het hoogheemraadschap heeft gehandeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid of het evenredigheidsbeginsel. Het gaat in deze zaak erom of bij het aanbod tot heruitgifte in voldoende mate rekening is gehouden met de belangen van de zittende opstalhouders. Of dit het geval is wordt vol getoetst aan alle omstandigheden van het geval. Net als in de hiervoor behandelde zaak van het andere waterschap wordt de bevoegdheid tot canonherziening bij gelegenheid van verlenging van een tijdelijk recht door een waterschap als grondeigenaar door de opstalhouders ontkend met een beroep op onder meer de voorwaarden van het zojuist geëindigde recht en een jarenlange gewoonte. Het hof Den Haag erkent de feitelijke machtspositie van het hoogheemraadschap bij die onderhandelingen, maar ziet geen reden voor het oordeel dat daarvan misbruik is gemaakt, waar het hof Amsterdam geen rekening houdt met de gebonden situatie van de erfpachters. In beide gevallen staat de bevoegdheid van de grondeigenaar bij verlenging of heruitgifte nieuwe voorwaarden te stellen buiten discussie.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant oordeelt in 2015 over de verlenging van erfpachtrechten uitgegeven door een derde waterschap en heeft daarbij eveneens oog voor de gebonden positie van de erfpachters bij verlenging van hun recht. Dit waterschap had tijdelijke erfpachtrechten uitgegeven op percelen duingrond met in de vestigingsakte een mogelijkheid van verlenging op verzoek van de erfpachter.[287] Nadat de erfpachter had aangegeven verlenging te wensen deed de erfverpachter een voorstel voor heruitgifte voor dertig jaar met nieuwe voorwaarden, waaronder een forse stijging van de canon. De erfpachter had het voorstel verworpen waarna onderhandelingen volgden die leidden tot een aangepast voorstel dat de erfpachter evenmin aanvaardde. Daarna beschouwt de erfverpachter het erfpachtrecht als geëindigd. De rechtbank formuleert eerst een aantal uitgangspunten waarin ten eerste opvalt dat de verlenging van een erfpachtrecht wordt beschouwd als een wijziging van de inhoud van het recht en niet als de vestiging

285 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 17.

286 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 21: "In het bijzonder de lange overgangsperiode van 20 jaar en de mogelijkheid van een hardheidsclausule geven er blijk van dat het Hoogheemraadschap de belangen van de zittende opstalhouders terdege in zijn belangenafweging heeft meegenomen; in de lange overgangstermijn is ook het verrassingseffect van het besluit tot vaststelling van de nieuwe retributiesystematiek naar het oordeel van het hof voldoende verdisconteerd."

287 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207 (*De Scheldestromen/erfpachter*). Het erfpachtrecht was oorspronkelijk gevestigd in 1924 en in 1986 opnieuw uitgegeven. De rechtbank behandelt tevens dertien vergelijkbare gevoegde zaken van andere erfpachters van dezelfde erfverpachter. De verlenging was als volgt in de erfpachtvoorwaarden geregeld: 'De erfpachter moet uiterlijk vijf jaren voor het einde van de erfpacht aan het Waterschap bij aangetekende brief meedelen of hij de erfpachtovereenkomst wenst te verlengen', geciteerd in r.o. 2.5.

van een nieuw recht.[288] De rechtbank neemt verder tot uitgangspunt dat het redelijk is dat de erfverpachter de erfpachtvoorwaarden bij verlenging van een tijdelijk recht actualiseert en daarbij de canon zodanig berekent dat een evenredig deel van de waardestijging aan de erfverpachter toevalt:

> "Gelet op de lange duur van erfpachtcontracten moet ervan worden uitgegaan dat er tussen het tijdstip van verlening van het recht van erfpacht en (diverse) verlenging(en) sprake zal zijn van een *wijziging van omstandigheden die aanpassing van de erfpachtovereenkomst wat betreft gebruik, beheer, bestemming, canon, looptijd etc. rechtvaardigen* zodat van de eigenaar niet gevergd kan worden de erfpachtovereenkomst onder dezelfde voorwaarden te verlengen. De rechtbank is dan ook van oordeel *dat bij een verlenging van de erfpacht de eigenaar de overeenkomst van erfpacht kan wijzigen en de erfpachtcanon kan herzien*. Uit het ontbreken in de erfpachtakte of voorwaarden van een clausule over canonverhoging na het einde van de erfpachttermijn kan niet worden afgeleid dat een dergelijke verhoging niet mag plaatsvinden. Voor wat betreft de wijziging van de erfpachtcanon geldt als uitgangspunt dat het Waterschap in beginsel gerechtigd is de erfpachtcanon te berekenen zodanig dat hem een evenredig deel van de waardestijging van de grond toekomt ook ingeval van verlenging of heruitgifte voor zittende erfpachters."[289]

Vervolgens bevestigt de rechtbank de zorgplicht van de erfverpachter in de situatie waarbij partijen in een ongelijke machtspositie verkeren. Die zorgplicht brengt niet alleen mee dat de erfverpachter zich dient te onthouden van misbruik van zijn eigendomsrecht, maar tevens dat de erfverpachter bij de uitoefening van zijn beleids- en/of contractvrijheid de erfpachtvoorwaarden te wijzigen rekening dient te houden met de eisen van redelijkheid en billijkheid en als waterschap bovendien met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Hij dient daarbij op evenwichtige wijze de belangen van de erfpachters in acht te nemen:

> "De rechtbank overweegt voorts dat de rechtsverhouding tussen partijen die in onderhandeling zijn over de aan de verlenging van de erfpacht verbonden voorwaarden, *waarbij de contractspartijen in een ongelijke machtspositie verkeren*, niet uitsluitend wordt begrensd door de vraag of er sprake is van misbruik van recht, maar tevens geregeerd wordt door de normen van redelijkheid en billijkheid. Vorenstaande houdt in dat het Waterschap weliswaar gerechtigd is een nieuwe systematiek voor de berekening van de erfpachtcanon vast te stellen en dat het Waterschap daarbij een bepaalde beleidsvrijheid toekomt, maar dat het Waterschap daarbij wel is gebonden aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaraan het handelen van het Waterschap bij verlenging van het contract van de Vereniging als

288 Bouwer 1981 nam het standpunt in dat een stilzwijgende verlenging inherent is aan de vestiging van een tijdelijk recht, p. 854 linkerkolom: "Immers bij iedere vestiging van een erfpachtsrecht zal hierin zijn besloten een stilzwijgende bedoeling dat eventueel verlenging kan geschieden, ook al is hieromtrent niets bepaald in de akte van vestiging. Bij het aangaan van een erfpachtsovereenkomst voor bepaalde tijd brengt de aard van de overeenkomst mee dat de bedoeling van eventuele verlenging, ondanks de bepaalde duur van het erfpachtsrecht, toch hierin stilzwijgend ligt besloten (art. 1375 BW en 6.5.3.1 NBW). Deze bedoeling is uiteraard op zich geen recht op verlenging, doch een daarin besloten (daaraan inhaerente) mogelijkheid van eventuele verlenging." Anders: Asser/Beekhuis 1977, p. 216 en Treurniet 1957, p. 114 die beide uitgingen van de vestiging van een nieuw recht.

289 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.2. Nadruk toegevoegd. Het uitgangspunt dat de erfverpachter een evenredig deel van de waardestijging aan zich zal kunnen trekken lijkt een directe verwijzing naar het hierboven geciteerde arrest Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 18 waarin het hof een overweging van het arrest van het EHRM van 12 juni 2012 parafraseerde: "Uit de enkele omstandigheid dat het EHRM blijkens zijn overwegingen aangeeft dat acht moet worden geslagen op de ongelijke posities van zittende erfpachter en eigenaar bij verlenging of heruitgifte, kan slechts worden afgeleid dat het EHRM als uitgangspunt neemt dat moet worden uitgegaan van *een evenwichtige toedeling van de waardestijging bij verlenging* van het contract." Nadruk toegevoegd.

> zittende erfpachter moet worden getoetst. *Het Waterschap is bij het wijzigen van de erfpachtvoorwaarden, waaronder de berekening van de erfpachtcanon, gehouden voorwaarden te hanteren die blijk geven van een evenwichtige belangenafweging*."[290]

Dat de gewijzigde erfpachtvoorwaarden blijk moeten geven van een evenwichtige belangenafweging lijkt een verwijzing naar het eerder besproken oordeel van het hof Den Haag dat de nieuwe retributiesystematiek van het hoogheemraadschap toetste aan 'redelijkheid en billijkheid en (…) de evenwichtigheid bij de belangenafweging bij de vaststelling van die systematiek'.[291] Het beginsel van de evenwichtige belangenafweging volgt blijkens een ander oordeel van het hof Den Haag in een verwante zaak uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

> "Het hof stelt voorop, dat het door het hof blijkens het boven overwogene aanvaarde oordeel van de rechtbank dat het Hoogheemraadschap ook onder de AV70 gerechtigd is een nieuwe retributiesystematiek vast te stellen en jegens hen te doen gelden, niet betekent dat het Hoogheemraadschap deze systematiek naar vrij inzicht kan kiezen. *Het Hoogheemraadschap is ook hierbij immers gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het vereiste van een zorgvuldige voorbereiding en een evenwichtige belangenafweging. Het zal dus ook rekening moeten houden met de belangen van de zittende opstalhouders*."[292]

Zoals gezien heeft een overheidsorganisatie beleidsvrijheid bij het vaststellen van de voorwaarden waaronder haar gronden in erfpacht of opstalrechten worden uitgegeven, maar – zeker indien het gaat om een verlenging van tijdelijke rechten – is die beleidsvrijheid beperkt door de plicht tot daadwerkelijke belangenafweging die volgt uit art. 3:4 lid 1 Awb die op grond van art. 3:1 lid 2 Awb ook van toepassing is op privaatrechtelijke handelingen van bestuursorganen. Daarbij geldt bovendien dat het resultaat van de belangenafweging op grond van art. 3:4 lid 2 Awb niet onevenredig mag zijn.[293] Of anders geformuleerd: de afweging van algemene en individuele belangen dient te getuigen van evenredigheid en evenwicht tussen de betrokken belangen en te leiden tot een redelijke beslissing.[294] Indien geen sprake is van een evenwichtige belangenafweging hoeft de erfpachter de nieuwe voorwaarden niet te aanvaarden, komt de erfverpachter geen beroep op het geëindigd zijn van het recht toe en is opzegging misbruik van bevoegdheid.[295] Op grond van deze uitgangspunten dient de rechtbank te beoordelen of de nieuwe door het waterschap aan de verlenging verbonden voorwaarden blijk geven een evenwichtige afweging van de belangen van de zittende erfpach-

290 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.3. Nadruk toegevoegd.
291 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519, r.o. 19 en 24.
292 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0517 (*opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), r.o. 12. Nadruk toegevoegd. De conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900 bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069, par. 3.20-3.21 achtte dit oordeel van het hof juist en begrijpelijk.
293 Bröring & De Graaf 2016, p. 364 wezen reeds op het arrest Doetinchemse woonruimtevordering, HR 25 februari 1949, *NJ* 1949/558: 'er is sprake van willekeur "als moet worden aangenomen, dat de vorderende autoriteit bij afweging van de in aanmerking komende belangen in redelijkheid niet tot een vordering heeft kunnen komen, en dus een afweging van die belangen geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad".'
294 Bröring & De Graaf 2016, p. 378-380 formuleerden vier uitgangspunten voor een evenwichtige belangenafweging door een bestuursorgaan: de zwaarwegendheid van betrokken belangen, de vraag of het bestuursorgaan beslissingscriteria had vastgesteld, de vraag of een algemeen belang van bijzonder gewicht ook daadwerkelijk werd behartigd en de vraag of sprake was van bijzondere individuele belangen.
295 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.4.

ters en niet in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De rechtbank komt onder meer tot het oordeel dat de erfverpachter tekortgeschoten is in de beoordeling van het taxatierapport dat aan de berekening van de herziene canon ten grondslag ligt, juist gezien de verplichting de belangen van de erfpachter bij de stijging van de canon mee te wegen. De erfverpachter kan niet zonder meer naar het rapport van de taxateur als onderbouwing verwijzen:

> "Het had, *gelet op de met de taxatie van [de taxateur] voor de erfpachter gemoeide belangen*, nu deze taxatie als grondslag voor de berekening van de erfpachtcanon dient, op de weg van het Waterschap gelegen om zich ervan te vergewissen of het onderzoek door [de taxateur], gelet op de gemotiveerde betwisting, op zorgvuldige wijze heeft plaatsgevonden en of [de taxateur] over de voor het onderzoek vereiste kwalificaties beschikt. Daartoe is het Waterschap ook op grond van artikel 3:9 Algemene Wet Bestuursrecht gehouden. De rechtbank is van oordeel dat het Waterschap daaraan niet, althans onvoldoende heeft voldaan. Het Waterschap verbindt aan de rapportage van [de deskundige] de conclusie dat daaruit op z'n hoogst volgt dat de deskundigen het oneens zijn terwijl het naar het oordeel van de rechtbank op de weg van het Waterschap had gelegen daarop (inhoudelijk) te reageren. Ter onderbouwing van zijn conclusie dat [de taxateur] deskundig is stelt het Waterschap niet meer dan dat hij is ingeschreven als Rentmeester, als zodanig beëdigd is en als deskundige in onteigeningszaken zou zijn benoemd. Volgens het Waterschap is het niet nodig dat hij zich ook verdiept in de wijze waarop grond bij erfpacht gewaardeerd dient te worden. Van enige deskundigheid op gebied van taxaties in het kader van erfpacht blijkt niet. De rechtbank is van oordeel dat het Waterschap op dit punt handelt *in strijd met de zorgvuldigheid die hij jegens de erfpachters in acht heeft te nemen*."[296]

De rechtbank voert hiermee een volle toetsing uit van de vraag of de overheidsorganisatie als erfverpachter heeft voldaan aan de zorgvuldigheidseis, aan zijn zorgplicht, aan het evenredigheidsbeginsel, dan wel geen misbruik heeft gemaakt van zijn eigendomsrecht door de belangen van de erfpachter mee te wegen in zijn besluit de verlenging van het erfpachtrecht tegen bepaalde voorwaarden aan te bieden. De vordering van de erfverpachter wordt afgewezen wegens het ontbreken van een evenwichtige belangenafweging. Daarmee bedoelt de rechtbank niet dat er een evenwicht dient te bestaan in de materiële belangen van erfpachter en erfverpachter, maar wel dat de erfverpachter bij het aanbieden van verlenging onder gewijzigde voorwaarden rekening ermee moet houden dat de erfpachter in een gebonden positie verkeert en alleen in theorie een vrije keuze heeft om de verlenging al dan niet te aanvaarden. Dat uit het bestuursrecht afkomstige begin-

296 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.7.3. Nadruk toegevoegd. Hetzelfde had te gelden ten aanzien van de vaststelling van het canonpercentage, r.o. 4.7.4: "In beginsel is het Waterschap vrij in het vaststellen van zijn beleid maar is daarbij wel gebonden aan de beginselen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ingevolge artikel 5 lid 4 van de algemene voorwaarden wordt het canonpercentage vastgesteld overeenkomstig de trend van de marktrente voor langlopende leningen, zoals deze kan worden afgeleid uit de renteontwikkeling in de drie jaar voorafgaand aan het besluit van het dagelijks bestuur. Het Waterschap stelt ter berekening van het percentage van 4,3% uitgegaan te zijn van het gemiddelde van de renteontwikkeling van langlopende leningen van de Nederlandse Waterschapsbank over de drie jaren voorafgaande aan het laatste aanbod van 17/19 mei 2011 welk percentage volgens het Waterschap conform de trend van de marktrente voor langlopende leningen is gelet op de rentepercentages voor woninghypotheken over diezelfde periode. Niet duidelijk is welke componenten, behoudens, naar de rechtbank aanneemt, het in de rente voor geldleningen begrepen risicopercentage en inflatiecorrectie, zijn meegerekend. Niet verifieerbaar is of het door het Waterschap gehanteerde canonpercentage voldoet aan de eisen van redelijkheid en billijkheid." Ook de aangeboden toegroeiregeling getuigde niet van de jegens de erfpachter in acht te nemen zorgvuldigheid, r.o. 4.7.5.

sel is ook van toepassing op het privaatrechtelijk handelen van het waterschap en verplicht het waterschap als erfverpachter alle relevante belangen van de erfpachter mee te wegen in zijn aanbieding. Dat is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende gebeurd en de erfverpachter moet zijn huiswerk overdoen. De vorderingen van de erfpachter in reconventie worden echter eveneens afgewezen, op grond van de contractvrijheid.[297] De erfverpachter kan niet worden verplicht de NVB-criteria te hanteren, maar wel geldt dat de erfverpachter geen erfpachtvoorwaarden mag stellen die ertoe zullen leiden dat het erfpachtrecht niet financierbaar is:

> '(…) gelden de door de NVB opgestelde criteria in beginsel slechts voor (bank)financiering van woningen op particuliere erfpacht. Die vordering kan in zijn algemeenheid niet worden toegewezen omdat deze voorwaarden slechts onderdeel kunnen uitmaken van de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid in een bepaald geval. Dit laat onverlet dat het Waterschap op grond van de redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gehouden is in het kader van het (her)sluiten van erfpachtovereenkomsten voorwaarden te hanteren zodanig dat de erfpacht financierbaar is.'[298]

De rechtbank formuleert in dit vonnis een reeks uitgangspunten die het belang van de erfpachters meer dan in eerdere uitspraken op de voorgrond plaatsen. Het vonnis heeft echter nog geen gezag van gewijsde omdat het waterschap hoger beroep heeft ingesteld dat medio juni 2018 nog onder de rechter is. Uit gepubliceerde jurisprudentie blijkt op dat moment niet dat het oordeel navolging heeft gevonden in uitspraken van andere feitenrechters.

Bij de verlenging van een agrarisch erfpachtrecht werd de nieuwe canon vastgesteld door drie door de rechtbank benoemde deskundigen die de canon, vermoedelijk conform de vestigingsakte, berekenden op de hoogst toelaatbare pachtprijs volgens de Pachtnormen 1992 en latere wijzigingen.[299] De rechtbank verwierp de bezwaren van de erfpachter tegen het deskundigenrapport dat voldoende had gemotiveerd met welke omstandigheden rekening was gehouden. Dat de nieuwe canon van € 6.125,- per jaar een flinke stijging betekende ten opzichte van de vorige canon van € 382,13 per jaar, was naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, mede gezien het feit dat de erfpachter een ondernemer was en bij de exploitatie van zijn bedrijf voordeel had genoten van een zeer lage canon:

> "De omstandigheid dat de stijging aanzienlijk is, brengt echter niet met zich, dat de verhoging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Bedacht dient te worden dat [gedaagde] als professionele ondernemer jarenlang voordeel heeft gehad van de zeer lage canonverplichtingen. Dat hij thans qua financiële lasten voor het gebruik van de erfpachtgronden

297 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.10: "Daarbij geldt weliswaar dat, en zeker in een geval als het onderhavige waarin sprake is van *een gebonden verhouding*, het Waterschap daarbij gebonden is aan de redelijkheid en billijkheid en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar de rechter kan niet de inhoud van een erfpachtcontract (opnieuw) bepalen." Nadruk toegevoegd.

298 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.14.

299 Rb. Den Bosch 7 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU6994 (*Bergeijk/erfpachter*).

in een vergelijkbare positie wordt gebracht als agrariërs met pachtgronden, kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet als onaanvaardbaar worden bestempeld."[300]

De hoedanigheid van de erfpachter speelt daarmee een rol in de omstandigheden van het geval die bepalen of een canonverhoging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[301] Indien de erfpachter een ondernemer is wordt rekening gehouden met een eventueel voordeel van een lage canon bij de exploitatie van de onderneming. Opmerkelijk was dat de rechtbank bij zijn vonnis zelf een wijziging aanbracht in het erfpachtrecht door de canon op een nieuw bedrag vast te stellen.[302]

Uit een vonnis uit 2016 over de ontbinding van de koopovereenkomst van een erfpachtrecht uitgegeven door de Doopsgezinde gemeente Leeuwarden blijkt en passant dat sprake was van een opmerkelijke gang van zaken bij de verlenging van het tijdelijke erfpachtrecht.[303] De verkopende erfpachter had in de in juli 2016 ondertekende koopovereenkomst opgenomen dat de erfpachtvoorwaarden gedeeltelijk zouden worden herzien door te verwijzen naar een nog te verlijden akte waarin die wijzigingen zouden worden opgenomen.[304] Nadat in augustus de erfverpachter had laten weten wat de wijzigingen precies behelsden deed de koper een beroep op ontbinding van de koopovereenkomst omdat geen enkele bank deze particuliere erfpachtvoorwaarden wilde financieren. Het geschil ging over de vraag of de koper het financieringsvoorbehoud correct had ingeroepen, maar mij bevreemdde vooral de wijzigingsprocedure. De erfverpachter droeg de vervreemdende erfpachter op om de volgende wijzigingen met een kettingbeding in de akte van levering op te nemen: een stijging van de canon van € 2.500,- (zoals vastgelegd in de koopovereenkomst) naar € 7.000,- per jaar, een jaarlijkse indexering van de canon en de verlenging van de duur van het recht met dertig jaar.[305] De erfverpachter trachtte zo door middel van een overeenkomst met de vertrekkende erfpachter de inhoud van het recht te wijzigen, waarbij die wijzigingen werden vastgelegd en ingeschreven via een akte te verlijden op dezelfde dag als de akte waarbij het recht aan de opvolgende erfpachter werd geleverd en waaraan de koopovereenkomst met daarin een ander canonbedrag en een andere einddatum als titel ten grondslag lag. Het is in strijd met de aard van het erfpachtrecht dat opvolgende erfpachters dergelijke wijzigingen in de vorm van een obligatoire overeenkomst versterkt met een kettingbeding overeenkomen. Indien de

300 Rb. Den Bosch 7 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU6994, r.o. 2.12.

301 Vgl. Wolters 2013, p. 143: "De redelijkheid en billijkheid is één van de normen die de ongelijkwaardigheid kan compenseren." Eén van de kenmerken van partijen bij een rechtsbetrekking die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloedt is de maatschappelijke positie of de mate van professionaliteit van partijen, p. 143-154.

302 Rb. Den Bosch 7 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU6994, r.o. 3.2: "De rechtbank wijzigt het tussen partijen geldende recht van erfpacht, gevestigd bij akte van 23 maart 1960, op basis van artikel 12 van de Algemene Bepalingen in die zin dat de canon, te voldoen door [gedaagde], met ingang van 1 november 2008 en steeds te betalen voor 1 november van het betreffende jaar, vastgesteld wordt op € 6.125,00."

303 Rb. Noord-Nederland 14 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4162 (*erfpachter/koper*).

304 Rb. Noord-Nederland 14 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4162, r.o. 2.2 citeert de koopovereenkomst: "Gemeld recht van erfpacht, daaronder begrepen het opstalrecht, werd gevestigd bij akte op zestien november negentienhonderd drieënvijftig verleden (…) waarna *bij akte op heden verleden erfpachtvoorwaarden partieel zijn gewijzigd*. De koper verklaart met de inhoud van de hiervoor aangehaalde akten volledig bekend te zijn, daarvan kopieën te hebben ontvangen en zich naar de inhoud daarvan te zullen gedragen." Nadruk toegevoegd.

305 Rb. Noord-Nederland 14 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4162, r.o. 2.3 citeert uit het e-mailbericht van 10 augustus 2016 van de accountant van de Doopsgezinde Gemeente (erfverpachter) aan de gemachtigde van de vervreemdende erfpachter.

koop was doorgegaan had de koper deze met succes kunnen vernietigen op grond van art. 3:40 BW of dwaling. De vervreemdende erfpachter die met een onverkoopbaar recht bleef zitten zou naar mijn mening evengoed niet aan de wijzigingen gebonden zijn.

Het is gebruikelijk dat de erfverpachter bij verlenging van een tijdelijk erfpachtrecht de algemene voorwaarden aanpast en de canon herziet. In de besproken jurisprudentie was niet de bevoegdheid tot canonherziening in het geding als wel de wijze waarop de erfverpachter van deze bevoegdheid gebruikmaakte. Rekening gehouden moet worden met de gebonden situatie van partijen, de onderhandelingen vinden plaats binnen een bestaande rechtsverhouding waarbij de erfpachter voor het voortgezet gebruik van het perceel ten behoeve van bewoning of bedrijvigheid van de erfverpachter afhankelijk is. De erfverpachter dient aantoonbaar met die belangen rekening te houden, in dit kader wordt in het algemeen handelen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid en, van overheidsorganisaties in het bijzonder, een evenwichtige belangenafweging vereist.

5.5.2.2 Conversie tijdelijk erfpachtrecht

Het wijzigen van een tijdelijk in een voortdurend erfpachtrecht wordt ook wel conversie of omzetting genoemd. Conversie vindt over het algemeen plaats bij stedelijke erfpacht indien een gemeentelijke grondeigenaar zijn erfpachtbeleid herziet en bestaande erfpachters de mogelijkheid geeft om de inhoud van hun recht, en dan met name de duur, bij het einde van de looptijd, bij gelegenheid van verlenging, of tijdens de looptijd van het recht te wijzigen. Ook bij conversie is derhalve sprake van een bestaande rechtsverhouding. Bij gelegenheid van de heruitgifte voor een nieuwe duur wordt over het algemeen de canon herzien.[306] Hieronder bespreek ik enige knelpunten die zich in de gemeenten Amsterdam en Den Haag hebben voorgedaan met betrekking tot conversie van tijdelijke erfpachtrechten.

In Amsterdam werden na de invoering van voortdurende erfpacht in 1915 de bestaande tijdelijke rechten, uitgegeven onder de AB 1896, op verzoek van de erfpachter omgezet in voortdurende rechten. Omdat voortdurende rechten meer waard waren dan de oude tijdelijke rechten, onder meer door het recht op vergoeding voor de opstal bij het einde van het recht, werd daar een hogere canon voor berekend. Omzetting van een tijdelijk naar een voortdurend erfpachtrecht was regel bij het einde van een tijdelijk recht, dan werden de actuele algemene erfpachtvoorwaarden van toepassing verklaard wat vanaf 1966 vrijwel zeker een canonverhoging betekende. Dat bij conversie van een tijdelijk naar een voortdurend recht in Amsterdam canonherziening werd bedongen bleek zijdelings uit een zaak over de aansprakelijkheid van een makelaar.[307] De makelaar had per abuis aan de koper en de notaris doorgegeven dat de koop een voortdurend erf-

306 Conversie leidt vooral tot problemen indien het erfpachtrecht is gesplitst in appartementsrechten, zie hierover onder meer Huijgen 2010 met reactie van Vonck 2011b en Balvert & Benders 2015.

307 Rb. Amsterdam 21 november 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AC8604, *NJ* 1985/521 (*Honselaar/Recourt*).

pachtrecht betrof, terwijl het recht in werkelijkheid tijdelijk was en al een jaar na aankoop afliep. De nieuwe erfpachter was onaangenaam verrast, zette het recht om in een voortdurend recht en verhaalde de kosten van de verhoging van de canon van *f* 125,- naar *f* 1755,- per jaar en de waardevermindering van het gekochte als gevolg van de aanzienlijk hogere nieuwe canon, als schade op de makelaar. De rechtbank stelde de aansprakelijkheid van de makelaar vast omdat de koper en zijn makelaar erop hadden mogen vertrouwen dat de verkopende makelaar een dergelijk essentieel gegeven correct zou doorgeven. Naar deze uitspraak wordt verwezen in de conclusie van de A-G voor het arrest van de Hoge Raad van 27 juni 2014 over de beroepsaansprakelijkheid van een makelaar:

> "Vgl. ook nog Rb. Amsterdam 21 november 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AC8604, *NJ* 1985/521, waarin is overwogen dat van een makelaar moet worden verwacht dat deze *elementaire gegevens als de vraag of een erfpacht voortdurend dan wel tijdelijk is*, zonder fouten doorgeeft aan de wederpartij met wie hij handelt, tenzij hij daarbij een mogelijk voorbehoud voor eventueel nog nodige recherche maakt [7]."[308]

Met de wijziging van het erfpachtstelsel in 2016 kunnen in Amsterdam vele van de ruim 200.000 erfpachtrechten geconverteerd worden van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht. Op grond van de overgangsregeling zal na eenmalige betaling van een afkoopsom voor de canon geen canonbetaling en canonherziening meer voorkomen. De discussie over de conversie- of overstapregeling spitst zich uiteraard toe op de hoogte van de afkoopsom.[309]

De gemeente Den Haag wijzigde haar beleid al eerder, in 1977, en stapte daarbij over van een stelsel met tijdelijke rechten naar een stelsel met voortdurende rechten, verdeeld in canontijdvakken. De canon werd iedere vijf jaar geïndexeerd en iedere vijftig jaar herzien. In 1986 werd het stelsel opnieuw gewijzigd en werd eeuwigdurende erfpacht met een eenmalig afgekochte canon ingevoerd.[310] Bij de omzetting van een erfpachtrecht werd de canon of de afkoopsom conform de nieuwe regels vastgesteld wat in veel gevallen een sterke canonverhoging meebracht. De Hoge Raad beoordeelde de canonherziening als in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid.[311] Dat oordeel werd bevestigd in een langlopend geschil tussen de gemeente en een erfpachter die vlak voor de einddatum een tijdelijk recht had verkregen en ruim tien jaar onderhandelde over het aanbod tot omzetting naar een eeuwigdurend recht.[312] De erfpachter was het niet eens met de getaxeerde grondwaarde als grondslag voor de herziene canon, net

308 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2014:677, bij HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:2987, *JOR* 2015/29 (*Remax*), nr. 3.4. Nadruk toegevoegd.

309 Zie over eeuwigdurende erfpacht zonder canonherziening ook par. 5.7.3.

310 De Wolff, Ploeger & De Jong 2006, p. 43. Naast algemene erfpachtvoorwaarden voor nieuwe uitgiftes werden in 1986 afzonderlijke regels opgesteld over de heruitgifte van aflopende tijdelijke rechten, de zogenoemde aanvullende algemene regels of AAR 1986, die in 1993 werden aangepast aan het NBW en in de versie uit 2008 nog steeds van kracht zijn. Naast eenmalig afkoop van de canon is jaarlijkse canonbetaling mogelijk.

311 De Wolff, Ploeger & De Jong 2006, p. 46-47, onder verwijzing naar HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), bevestigd door de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag op 30 december 2004. Van de ongeveer 34.000 rechten die voor heruitgifte in aanmerking kwamen waren er in 2006 19.000 rechten omgezet.

312 Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538 (*erfpachters/'s-Gravenhage*) en Hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3608 (*erfpachters/'s-Gravenhage*). De gemeente zegde uiteindelijk het recht op en die opzegging wordt behandeld in par. 6.2.3.2.

als vele andere bewoners uit dezelfde wijk. Een kort geding werd in 2004 verloren en een driedeskundigenprocedure mislukte waarna rechtbank en het hof onder meer oordeelden over de verplichting tot heruitgifte. De rechtbank stelde vast dat de drie deskundigen het niet eens hadden kunnen worden. Gebruikelijk was dat drie deskundigen tot een gezamenlijk advies kwamen.[313] Uitleg van art. 6 AAR wees ook op collegiaal advies zodat de gemeente niet gehouden was het recht opnieuw uit te geven op basis van de grondwaarde uit het minderheidsrapport en bovendien ware de twee deskundigen op ongeldige wijze tot hun rapportage gekomen.[314] De opzegging was onder meer in het algemeen belang omdat de erfpachters

> '(…) ondanks vele pogingen zich volgens de gemeente niet wensten te conformeren aan het gemeentelijk erfpachtbeleid, zodat de rechtszekerheid en ook de rechtsgelijkheid ten opzichte van nagenoeg alle andere erfpachters in de wijk die de gemeentelijke eindaanbieding 2003 wel hebben geaccepteerd, in het geding is.'[315]

Het recht liep al bijna tien jaar door tegen de oude lage canon uit 1923 en de erfpachters hadden het met hun hardnekkige tegendraadse houding de gemeente niet makkelijk gemaakt, zeker gezien de relatief kleine verschillen tussen de canons zoals bepleit door partijen. De rechtbank was van oordeel dat in de omstandigheden van het geval niet geconcludeerd kon worden dat de erfpachters ervoor gekozen hadden af te zien van heruitgifte, het criterium van art. 3 AAR, en/of niet wilden meewerken aan heruitgifte conform het gemeentelijk beleid. Ook de gemeente viel hierin een verwijt te maken:

> "Het was met andere woorden het goed recht van [AB c.s.] om hun langdurige conflict met de gemeente over de juiste taxatie van de onderhavige grondwaarde en over de tweede deskundigenprocedure aan rechterlijke toetsing te onderwerpen, en het kan meer aan de gemeente dan aan [AB c.s.] worden geweten dat het pas in deze in november 2011 door de gemeente gestarte civiele procedure tot die rechterlijke toetsing is gekomen."[316]

De rechtbank had geen behoefte aan een derde deskundigenprocedure in de zin van art. 6.2 AAR en kwam op basis van de overgelegde stukken tot een zelfstandig oordeel over de grondwaarde voor heruitgifte van dit erfpachtrecht, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid en met inachtneming van de kern van het gemeentelijk beleid. Op het punt van de taxatiemethode voor de grondwaarde was het standpunt van de erfpachters in lijn met art. 6.1 AAR en de taxatie-instructie van de gemeente:

> "Primair gaat het immers evident om de taxatie van de marktwaarde van de onderhavige specifieke bebouwde grond, met als bovengrens ter bescherming van de erfpachter 55% van de waarde van onbebouwde vergelijkbare nieuwbouwkavels."[317]

---

313 Zie bijvoorbeeld HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6521, *NJ* 2006/259 (*Amsterdam/Broeren*) en HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799, *NJ* 2009/6 (*Bursa/Güris c.s.*).

314 Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538, r.o. 4.2-4.3. Anders: Rb. Middelburg 15 juni 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5371 (*Veerse Meer I/Rhoon Pendrecht en Cortgene*), r.o. 4.1.

315 Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538, r.o. 4.7.

316 Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538, r.o. 4.8.

317 Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538, r.o. 4.11.

De taxatie uit het afgekeurde meerderheidsrapport van de twee taxateurs was te laag. De rechtbank ging uit van de juistheid van de eindaanbieding 2003 van de gemeente, mede omdat een tweede deskundigenrapport vergelijkbare cijfers bevatte en het verschil met het peiljaar 1999 logisch verklaarbaar was door de 'forse marktprijsstijgingen van 1999 tot 2004'. De rechtbank gaf de erfpachters op de voet van art. 3:296 BW een allerlaatste termijn om het eindaanbod van de gemeente per peiljaar 2003 met de daarbij behorende canon per 1 januari 2004 alsnog onvoorwaardelijk te accepteren. In hoger beroep wees het hof het meerderheidsrapport van de taxateurs eveneens af vanwege de wijze van totstandkoming.[318] Het hof was met de gemeente van oordeel dat het vaststellen van de grondwaarde in dit kader een taak was voor deskundigen en dus niet voor de rechtbank, die buiten de grenzen van de marginale toetsing was getreden door zelf de grondwaarde vast te stellen. De methode om de grondwaarde te bepalen die de erfpachters voorstonden verdroeg zich niet met de uitgangspunten van de gemeente ten aanzien van taxatie van de grondwaarde, die veelvuldig getest en juist bevonden waren. Het lag voor de hand om die taxatiemethode, kort aangeduid als de 55%-regel, ook bij het recht van deze erfpachter toe te passen. De aanbieding van de gemeente uit 2003 berustte daarmee op de juiste gronden. De gemeente had te kennen gegeven alsnog bereid te zijn tot heruitgifte op basis van de aanbieding uit 2003 en het hof had dit verstaan als een voorwaarde aan de gevorderde ontruiming wat zich verdroeg met de beginselen van goede procesorde. De erfpachters hadden de mogelijkheid de aanbieding alsnog te aanvaarden.[319] Uit deze zaak blijkt dat de verplichting tot heruitgifte gezien moet worden als een inspanningsverplichting voor de erfverpachter.

De erfpachter van een tijdelijk recht dat in 1929 was gevestigd door een waterschap en waarvan de bloot eigendom in 1970 was overgedragen aan de gemeente Amsterdam kreeg eind 2006 een aanbod tot omzetting naar een voortdurend recht onder toepassing van de AB 2000.[320] De erfpachter aanvaardde dit aanbod niet, waarop de gemeente het erfpachtrecht opzegde. De rechtbank wees de vorderingen van de erfpachter af. De erfpachter deed vergeefs een beroep op afspraken uit de historie van zijn erfpachtrecht. Naar het oordeel van het hof had de gemeente bij de heruitgifte in 1984 terecht gebruikgemaakt van haar bevoegdheid voorwaarden te herzien: "Nu sprake is van een tijdelijk recht, heeft de erfverpachter in beginsel immers de bevoegdheid bij heruitgifte de voorwaarden, inclusief de canon, te herzien."[321] Bij de beoordeling van de bezwaren van de erfpachter tegen het conversieaanbod van de gemeente uit 2009 formuleerde het hof de volgende uitgangspunten voor het handelen van de gemeente als erfverpachter:

> "Deze uitgangspunten [de gemeente heeft beleidsvrijheid over te stappen op een andere berekeningssystematiek voor de canon dan het waterschap eerder had gehanteerd] laten echter onverlet

318 Hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3608 (*erfpachters/'s-Gravenhage*), r.o. 10.
319 Hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3608, r.o. 11-13. Van de gemeente mocht verwacht worden dat zij een inspanning zou leveren om tot overeenstemming te komen.
320 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876 (*erfpachter/Amsterdam*). De canon zou stijgen van *f* 836,- (uit 1984) naar € 2.393,- per jaar.
321 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876, r.o. 3.9. De erfpachter had zijn recht verwerkt om tegen de canonverhoging uit 1984 op te komen en had destijds met de wijzigingen ingestemd, r.o. 3.7.

dat de gemeente als overheidsorgaan gehouden is om ook bij de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden als erfpachtgever, de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Dit betekent onder meer dat het besluit om de erfpachtcanon voortaan op een andere wijze te berekenen, zorgvuldig moet worden voorbereid en uitgevoerd, dat bij dit besluit het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden genomen en dat een belangenafweging dient plaats te vinden. Voorts brengt het vertrouwensbeginsel mee dat onder omstandigheden een overgangsregeling in acht dient te worden gehouden, zodat de erfpachter niet onvoorbereid en onaangekondigd geconfronteerd wordt met een aanzienlijke verhoging van de erfpachtcanon. *De hoogte van de canon is immers van directe invloed op de waarde van het erfpachtrecht en daarmee op de vermogenspositie van de erfpachter*. Hiernaast is de gemeente als erfverpachter bij het doen van een nieuw aanbod tot heruitgifte of conversie ook gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Zowel bij de gebondenheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als aan de eisen van redelijkheid en billijkheid moet in aanmerking worden genomen dat het de erfpachter weliswaar in theorie vrij staat om een aanbod tot heruitgifte te weigeren, maar dat hij *feitelijk in een afhankelijke en onvrije positie verkeert ten opzichte van de erfverpachter*, omdat hij eigenaar is van de opstal en, zoals in het geval van [appellant], gedurende lange tijd woonachtig is op het perceel."[322]

De gemeente als erfverpachter dient bij wijzigingen in het erfpachtbeleid, zoals een andere berekeningswijze voor de canon, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht nemen en te voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid en in de belangenafweging rekening te houden met de feitelijk gebonden positie van de erfpachter. Het hof legt hiermee een direct verband met de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter en specificeert wat de gebondenheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur concreet inhoudt bij canonherziening, mede in verband met de daaraan gekoppelde waarde van het recht voor de erfpachter. Vergelijkbare overwegingen liggen ten grondslag aan de bancaire richtlijn ontwikkeld door de NVB.[323] Uit deze uitgangspunten volgde dat het hof de gemeente als erfverpachter, om de redelijkheid van het conversieaanbod te kunnen beoordelen, opdroeg de berekening van de herziene canon, haar beleid ten aanzien van heruitgifte van dit soort erfpachtrechten en haar beleid ten aanzien van de vooraankondiging daarvan en de te hanteren overgangstermijn daarbij, met documenten inzichtelijk moest maken. De gemeente diende tevens aan te geven 'op welke wijze daarin rekening is gehouden met de belangen van erfpachters als [appellant]'.[324] Ook het hof Amsterdam wijst op de bijzondere positie en verantwoordelijkheden van de gemeente als erfverpachter ten aanzien van het verantwoording van beleidswijzigingen die gevolgen hebben

322 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876, r.o. 3.12. Nadruk toegevoegd.

323 De bancaire richtlijn financierbaarheid erfpachtrechten van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) omschrijft de doelstelling als volgt: "Erfpacht heeft effect op de waarde van de woning en de lasten van de klant. Om een verantwoorde financiering op het erfpachtrecht te kunnen bieden is het noodzakelijk dat de erfpachtvoorwaarden helder zijn over de lasten voor de klant en elementen die de waarde van het erfpachtrecht beïnvloeden. De criteria voor de financierbaarheid van bestaande erfpachtrechten (…) bevatten (minimale) voorwaarden voor financierbaarheid van erfpachtrechten gevestigd voor 31-12-2012 (…). De Criteria zien met name toe op de helderheid van erfpachtvoorwaarden. Erfpachtrechten te vestigen vanaf 1-1-2013 moeten niet alleen helder zijn, maar naar mening van banken ook evenwichtig en gebaseerd zijn op een logische en begrijpelijke systematiek."

324 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876, r.o. 3.13. Na tussenarrest van 7 juli 2015 waarin een beoordeling van de door de gemeente overgelegde informatie werd de zaak tussen partijen geschikt door overdracht van de bloot eigendom aan de erfpachter en kwam het hof niet meer toe aan het inschakelen van deskundigen.

voor de vermogenspositie van erfpachters en de verplichting tot evenwichtige belangenafweging, rekening houdend met de gebonden positie van de erfpachter bij verlenging of conversie.

5.5.2.3 Knelpunten verlenging of conversie

De knelpunten bij tijdelijke erfpachtrechten betreffen geschillen over elementen van de canonherzieningsbepaling die onvoorzienbaar zijn, of deze nu tussentijds of aan het einde van het recht bij verlenging wordt toegepast. In die situatie is het de erfverpachter die het beleid bepaalt en verkeert de erfpachter in een afhankelijke positie. Op de tijdens de onderhandelingen over heruitgifte of verlenging doorlopende rechtsverhouding zijn de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing. Bij de verlenging van bestaande rechten is vooral aan de orde of de erfpachter de canonherziening en eventuele andere nieuwe voorwaarden heeft mogen verwachten en of een herziening van de canon niet in strijd is met de aard van het recht, met verworven rechten of de eisen van redelijkheid en billijkheid. De rechtbank Zeeland-West-Brabant formuleert heldere criteria voor publiekrechtelijke rechtspersonen als erfverpachter.[325] De erfverpachter heeft de beleidsvrijheid de erfpachtvoorwaarden bij verlenging van het recht aan te passen aan de tijd en kan daarbij ook de canon verhogen, maar dient bij het toepassen van die wijzigingen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen en te voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat brengt onder meer mee dat het besluit tot verlenging moet berusten op een evenwichtige belangenafweging. Daarnaast moet aan de belangen van zittende erfpachters worden voldaan door tijdige en duidelijke communicatie en het hanteren van een voldoende lange overgangsperiode. Dezelfde maatstaven zijn volgens het hof Amsterdam van toepassing bij conversie van een tijdelijk naar een voortdurend recht.[326] Conversie vormt een variant op heruitgifte aan het einde van een tijdelijk recht en ook bij deze wijziging van de duur van het erfpachtrecht bestaat het belangrijkste bezwaar uit canonexplosie. Ook voor conversie geldt dat de erfverpachter op grond van de bestaande rechtsverhouding rekening dient te houden met de belangen van de zittende erfpachter.

5.6 Canonherziening bij voortdurende erfpachtrechten

De uitgifte van erfpachtrechten voor onbepaalde duur, waarbij de canon en de erfpachtvoorwaarden voor tijdvakken van 50 of 75 jaar worden vastgesteld en daarna herzien kunnen worden, werd ingevoerd in Amsterdam in 1915 en vastgelegd in de 'Algemeene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 1915' (AB 1915). Met dit stelsel werd met name tegemoetgekomen aan het naar algemeen gevoelen onrechtvaardige ontbreken van een opstalvergoeding bij tijdelijke rechten. Bij deze voortdurende rechten werd namelijk wel een opstalvergoeding verleend, al was de kans dat het tot uitkering van die vergoeding bij beëindiging van het recht zou komen niet groot omdat het recht in normale gevallen altijd zou blijven

325 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207 (*De Scheldestromen/erfpachter*).
326 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876 (*erfpachter/Amsterdam*).

doorlopen. Vanwege de opstalvergoeding werd het recht van een hogere waarde geacht te zijn dan een tijdelijk recht zonder vergoeding en werd de aanvangscanon ook hoger vastgesteld.[327] Aan het einde van een tijdvak kan voor de duur van het volgende tijdvak de canon worden herzien en kunnen nieuwe algemene voorwaarden van toepassing worden. Herziening betekent in dit verband dat de canon opnieuw wordt berekend aan de hand van actuele grondslagen zoals de grondwaarde. In 1915 ging de gemeente als erfverpachter nog uit van een vaste canon voor het eerste tijdvak van 75 jaar. Vanaf 1966 ging de gemeente Amsterdam de canon gedurende het tijdvak elke vijf jaar aanpassen aan de geldontwaarding.

Dat aan het begin van een nieuw tijdvak de canon kan worden herzien is vanaf de aanvang van het recht voorzienbaar, maar de hoogte van de herziene canon is niet bepaalbaar. De erfpachter kan bij vestiging ervan op de hoogte zijn dat de canon zal worden herzien door bijvoorbeeld deskundigen, maar heeft bij voorbaat geen idee ervan hoe hoog de herziene canon zal uitvallen. Deze onzekere factor in de rechtsverhouding vormt een risico voor de erfpachter en vooral voor zijn rechtsopvolgers. Dit risico werd zoals gezien al aan het begin van de twintigste eeuw onderkend.[328] Het stelsel met voortdurende erfpachtrechten heeft in de loop van de twintigste eeuw veel navolging gevonden in andere gemeenten. Toen vanaf 1980 de canons aan het einde van de eerste tijdvakken werden herzien ontstonden conflicten die onder meer in rechte werden beslecht. Hieronder zal de uitvoerige jurisprudentie worden besproken. Bij deze geschillen is de bevoegdheid tot herziening meestal niet in geschil, maar wordt vooral aandacht besteed aan de wijze waarop de erfverpachter die bevoegdheid tot canonherziening uitoefent. Met name de gehanteerde berekeningswijze van de canon en de gebruikte grondslagen vormen geschilpunten.

5.6.1 Recreatieve erfpacht

Een navolging van het Amsterdamse stelsel van voortdurende erfpacht buiten de stedelijke erfpacht vormde een uitgifte die plaatsvond op Terschelling.[329] De beoogde erfpachters en hun financiers wisten in onderhandelingen de Staat ervan te overtuigen dat het project bij een uitgifte voor tijdelijke duur niet financierbaar zou zijn en aangezien verkoop van grond die deels tot de zeewering behoorde niet mogelijk was vormde de uitgifte in voortdurende erfpacht de oplossing. Na het eerste tijdvak van 75 jaar, de duur hiervan was bepaald naar Amsterdams voorbeeld, zou de canon slechts in beperkte mate worden herzien, namelijk verdrievoudigd, omdat het billijk werd gevonden de waardevermeerdering, die uitsluitend door de erfpachters zou worden gecreëerd, aan hen ten goede te laten komen. Vervolgens zouden de erfpachters een tweede tijdvak van vijftig jaar krijgen om van hun investering te kunnen profiteren, waarna de waardevermeerdering aan de Staat ten goede diende te komen middels canonherziening.[330] In dit uitzonderlijke geval wisten de erfpachters en hun financiers door onderhandeling een sterke positie tegenover de erfverpachter te verkrijgen.

327 Delfgaauw 1934, p. 45.
328 Zie par. 5.3.2.
329 *Stb*. 1927, 146. De uitgifte van een perceel duingrond was bedoeld voor het stichten van een badplaats.
330 *Kamerstukken II* 1926/27, 269, 2 (Bijlage). De bijlage bevatte de erfpachtvoorwaarden.

5.6.2 Particuliere erfpacht

In een zaak uit 1995 die in de literatuur bekend staat als de Zandvoortse canonherziening, was sprake van een voortdurend erfpachtrecht van een particuliere erfverpachter met korte canontijdvakken van tien jaar.[331] Voor het tijdvak 1991-2000 kwamen partijen niet tot overeenstemming en de daarop conform de vestigingsakte ingeschakelde drie deskundigen kwamen evenmin tot een unaniem oordeel over de hoogte van de herziene canon.[332] De bepaling uit de vestigingsakte over het inschakelen van deskundigen werd door rechtbank en hof gelezen als een vaststellingsovereenkomst waarbij de vaststelling van de canon door deskundigen in de plaats kwam van overeenstemming tussen partijen en daarmee het karakter had van bindend advies door derden.[333] De opdracht aan de deskundigen luidde:

> "Deze deskundigen zullen de canon bepalen op een percentage, gelijk aan het alsdan geldende gemiddelde percentage voor normale eerste hypothecaire geldleningen van de door hen te taxeren reële waarde van de grond zonder de opstallen, telkenmale ten dage van de canonbepaling."[334]

Deze bepaling behoefde uitleg ten aanzien van het zinsdeel de 'reële waarde van de grond zonder de opstallen'. De erfverpachter vatte deze waarde op als de marktwaarde van de grond zodat naar zijn mening getaxeerd moest worden naar de prijs van bouw- en woonrijpe kavels, maar naar het oordeel van het hof volgde deze uitleg niet zonder meer uit de woorden 'reële waarde' en ook niet uit de zin en strekking van artikel 1 van de vestigingsakte.[335] De deskundigen verschilden onderling van mening over wat als de reële waarde van de grond moest worden beschouwd, maar waren het wel eens over de marktwaarde van het perceel en over de rentevoet van negen procent per 1 januari 1991. Naar het oordeel van het hof hadden de deskundigen de vrijheid om het begrip 'reële waarde van de grond zonder opstallen' naar eigen inzicht uit te leggen. Twee van de drie deskundigen waren het met elkaar eens over die uitleg en over de factoren die daarbij van belang waren. Zij beschouwden als de 'reële waarde' niet de marktwaarde van bouwgrond omdat partijen in dit geval tot elkaar veroordeeld waren en er derhalve tussen partijen geen vrije marktwerking bestond. De twee deskundigen hadden als uitgangspunt de canon bij uitgifte genomen die zij beschouwden als een

---

331 Hof Amsterdam 26 oktober 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AS5720, *BR* 1996, p. 669 (*Randstad Holland/Reinders*).

332 Uit Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, r.o. 4.2 blijkt dat de canon bij uitgifte van het recht in 1971 *f* 195,50 per jaar bedroeg, tien jaar later in 1981 werd vastgesteld op *f* 1.200,- per jaar en dat het aanbod van de canon per 1991 *f* 7.500,- per jaar was. Vgl. de constructie besproken in NRC Handelsblad van 17 november 2017, p. E8-11 onder de kop 'Wie krijgt de erfpachtmiljoenen?'

333 Artikel 1 van de vestigingsakte luidde onder meer: 'Indien ten aanzien van een canonherziening geen overeenstemming tussen partijen wordt bereikt, zal de canon voor de eerstvolgende periode van tien jaren worden vastgesteld door drie deskundigen, waarvan een zal worden benoemd door ieder der partijen, de derde door de door beide partijen benoemden (…)', zoals geciteerd bij Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, r.o. 4.4. De kwalificatie van het inschakelen van deskundigen als een vaststellingsovereenkomst met het karakter van (zuiver) bindend advies komt in de jurisprudentie veelvuldig voor. De conclusie van het hof ten aanzien van het bindend advies is opgenomen in r.o. 4.7.

334 Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, r.o. 4.4. Het hof begon deze overweging met 'Artikel 1 van de erfpachtakte die de rechtsverhouding tussen partijen bepaalt, luidt (…)'. Daarmee gaf het hof en passant aan dat tussen partijen een rechtsverhouding bestond en dat die geregeld was in de vestigingsakte.

335 Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, r.o. 4.12-4.13.

indicatie van de verhouding tussen grondwaarde en de waarde van het totale (bebouwde) onroerend goed die tussen partijen als reëel werd beschouwd. Het hof aanvaardde deze motivering die onvoldoende werd bestreden door de erfverpachter.[336] Het hof aanvaardde vervolgens de canon zoals die was vastgesteld door de meerderheid van twee deskundigen, mede omdat zij rekening hadden gehouden met de gebruiken bij stedelijke erfpacht:

> "De deskundigen hebben in het bijzonder overwogen dat bij aanpassing van de canon van gemeentelijke erfpachtsrechten met een looptijd van 50 en 75 jaar, de canon wordt verdubbeld of hooguit wordt verdrievoudigd."[337]

Het is de vraag of het hof de deskundigen hier goed citeert. Na een tijdvak van 75 of 50 jaar met een vaste canon treedt bij stedelijke erfpacht in de jaren negentig steevast een canonexplosie op.[338] De verdubbeling of verdrievoudiging, zoals bedongen door de goed geïnformeerde erfpachters van het duinperceel op Terschelling beschreven in par. 5.6.1, was een uitzondering. In de zaak van de Haagse erfpacht ging de canon met een factor dertig tot veertig omhoog. Nu naar het oordeel van het hof het bindend advies van de meerderheid van de deskundigen naar inhoud en wijze van totstandkoming niet onredelijk was, was de erfverpachter aan de door de deskundigen bepaalde canon gebonden.[339]

In deze uitspraak valt een aantal zaken op. Ten eerste dat aan de vestigingsakte moet worden getoetst of het deskundigenoordeel als een vaststellingsovereenkomst met het karakter van bindend advies in de zin van art. 7:900 BW moet worden opgevat. De aard van het bindend advies, als aanvulling op de rechtsverhouding of als geschilbeslechting, speelt nog geen rol. Rechtbank en hof toetsen het bindend advies vervolgens aan art. 7:904 BW. Dat het om een meerderheidsadvies van twee van de drie deskundigen ging maakt voor de gebondenheid van partijen niet uit. Ten tweede valt op dat de uitleg van de bepaling waarin de instructies aan de deskundigen stonden eveneens aan de deskundigen wordt overgelaten, de rechter toetst alleen of deze uitleg voldoende is gemotiveerd en of partijen deze uitleg aanvaarden dan wel op goede gronden betwisten. Ten derde is opmerkelijk dat de meerderheid van de deskundigen het begrip 'reële waarde' van de grond niet uitlegt als de marktwaarde van de grond, omdat zij van mening zijn dat tussen partijen geen marktwerking plaatsvindt en dat de waarde begrepen moet worden als het resultaat van de verhouding tussen de grondwaarde en de totale waarde van de onroerende zaak bij vestiging. Zij sluiten daarbij aan bij de

336 Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, r.o. 4.16-4.19.
337 Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, r.o. 4.21.
338 Verdubbeling of verdrievoudiging van de canon bij herziening bleek niet uit andere uitspraken. Het vonnis van de Rb. Den Haag van 30 november 1994 werd gewezen na het verslag van de deskundigen en toonde een verhoging tot dertig of veertig keer de aanvangscanon, maar dat betrof tijdelijke rechten. Vergelijk Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674 (*Amsterdam/erfpachter*), r.o. 9 waarin voor de periode 1972-1996 hogere factoren werden genoemd: '[gedaagde] heeft aangevoerd dat de Gemeente de verwachting heeft gewekt dat de verhoging van de canon veel lager zou uitvallen. Zij verwijst daartoe naar de bijdrage van drs. J.H. Gerson, directeur van het Gemeentelijk Grondbedrijf, aan de in 1996 uitgegeven jubileumbundel 'Een eeuw erfpacht in Amsterdam', waarin hij schrijft: "Om de orde van grootte van de recente canonverhogingen aan te geven de volgende cijfers: de in de periode 1972-1996 herziene canons zijn met een factor 6,4 verhoogd. Voor dit jaar ligt de factor op 9,98." Verder was haar uit een door het Grondbedrijf gepubliceerd overzicht gebleken dat in 1996 de verhogingsfactor voor het Stadsdeel Rivierenbuurt gemiddeld 9,1 was.'
339 Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, r.o. 4.23.

waarde die het erfpachtrecht, het verschil tussen beide waardes, voor de bestaande gebruiker heeft, dus binnen de bestaande rechtsverhouding, en kijken niet naar de meer objectieve waarde die het erfpachtrecht op een 'markt' voor een willekeurige belangstellende derde zal hebben. De verhouding tussen grond en onroerende zaak als geheel dient naar de opvatting van de deskundigen niet alleen bij vestiging, maar ook bij canonherziening leidend te zijn. Hiermee beoordelen de deskundigen de grondwaarde primair binnen de rechtsverhouding tussen partijen en laten zij de objectieve marktwaarde op het moment van herziening buiten beschouwing. Dat is in zekere zin logisch omdat de canonherziening zich afspeelt binnen de rechtsverhouding, op grond van de afspraken tussen partijen, en binnen een bestaand en lopend recht. Er komen geen derden aan te pas. Een beeindiging van de rechtsverhouding en uitgifte van het perceel aan een derde, waarbij de werking van de markt wel een rol speelt, is een andere situatie die hier niet aan de orde was. De rendementsdoelstelling van de particuliere erfverpachter zat als geheel verdisconteerd in de tienjaarlijkse canonherziening. Uit de uitspraak blijkt niet dat het feit dat de erfpachter ten tijde van deze canonherziening de rechtsopvolger was van de oorspronkelijke erfpachter enig verschil maakt. De visie van deze twee deskundigen op de grondwaarde bij tussentijdse canonherziening binnen een bestaand recht heeft echter geen school gemaakt.

In de hieronder te bespreken Amsterdamse zaak uit 1999 verwees de erfpachter vergeefs naar deze door de deskundigen gehanteerde methode van grondwaardebepaling. Hij stuitte daarbij op de doelstelling van stedelijke erfpacht die in de Zandvoortse zaak geen rol speelde omdat het particuliere erfpacht betrof. Deze zaak heeft wel een vervolg gekregen in twee Amsterdamse uitspraken uit 2017 waarin canonherzieningsbedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden van particuliere erfverpachters werden vernietigd of buiten toepassing gelaten op grond van een richtlijnconforme toetsing aan art. 6:233 sub a BW.[340] In de zaak van de appartementseigenaar betrof het een beding dat canonherziening aan het einde van een tijdvak mogelijk maakt, naar het letterlijke voorbeeld van de AB 1994 of de AB 2000.[341] In de drie gevoegde zaken betrof het een beding dat de particuliere erfverpachter van voortdurende rechten de bevoegdheid geeft iedere vijf of tien jaar de canon te herzien.[342] De bedingen sneuvelden met name omdat zij de reden vormden voor een rode notariële opinie volgens de NVB-criteria en daarmee bewerkstelligden dat de erfpachtrechten niet-overdraagbaar waren. Omdat overdraagbaarheid een wezenlijk kenmerk is van zakelijke rechten vormt het gebrek daaraan een aanzienlijke verstoring, in strijd met de goede trouw, van het evenwicht tussen de uit het erfpachtrecht voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de erfpachter.[343] Deze vernietiging van canonherzieningsbedingen vond plaats in 2017 en vormt nog geen staande jurisprudentie. Na 1999 volgde een hele trits van zaken over canonherziening bij voortdurende rech-

340 Aan deze zaken is uitvoerig aandacht besteed in hoofdstuk 3. Zie par. 3.5.2 over de hoedanigheid van partijen en par. 3.5.8 over de richtlijnconforme toetsing van de canonherzieningsbedingen.

341 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*).

342 Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*). Deze zaken kennen een vergelijkbaar canonherzieningsbeding als in de hier besproken Zandvoortse zaak.

343 De maatstaf van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

ten die betrekking hadden op erfpachtrechten van de gemeente Amsterdam, deze worden hieronder besproken.

5.6.3 Amsterdam AB 1915: bindend advies

Voor uitgiften onder toepassing van de AB 1915 geldt dat de canon na afloop van het eerste tijdvak van 75 jaar wordt vastgesteld door deskundigen.[344] Dat betekent dat er sprake is van de vorm van bindend advies die een ontbrekend element in de rechtsverhouding aanvult. De motiveringseis op grond van art. 7:904 BW is dan minder strikt, maar daar staat tegenover dat de AB 1915 zelf motivering van het advies voorschrijven. Indien de deskundigen hun advies onvoldoende of niet motiveren dient het advies te worden vernietigd.

In een zaak waarover de rechtbank Amsterdam in 1999 oordeelde hadden drie deskundigen een bindend advies uitgebracht over de herziening van de erfpachtcanon volgens de AB 1915 en volgens de AB 1994, naar keuze van de erfpachter.[345] De rechtbank geeft een uitvoerig citaat van dit advies weer, zowel ten aanzien van de vastgestelde grondwaarde als ten aanzien van het te hanteren canonpercentage. De actuele grondwaarde was getaxeerd op *f* 2.450.000,- met inachtneming van zeven factoren, te weten: (i) het bouwjaar van de opstallen (ii) de gebruiksmogelijkheden volgens de vestigingsakte (iii) de ligging, grootte en (deels gewijzigde) bestemming van het perceel (iv) de gemiddelde bouwkundige kwaliteit van de opstallen (v) het prijspeil van vergelijkbare onroerende zaken (vi) de rente op de kapitaalmarkt en (vii) de specifieke functie, eigenschappen en rendement van op lange termijn in grond belegd kapitaal. Het canonpercentage werd vastgesteld op 6,2% van de grondwaarde. De canon op grond van de AB 1915 bedroeg *f* 151.900,- en de canon op grond van de AB 1994 bedroeg *f* 132.100,-. De erfpachter koos onder protest voor de door de deskundigen vastgestelde canon op basis van de AB 1994, maar voerde in rechte bezwaren aan tegen zowel de grondwaarde als het canonpercentage zoals vastgesteld door de deskundigen. Ten aanzien van de grondwaarde hadden de deskundigen geen acht mogen slaan op de aard en omvang van de door de erfpachter aangebrachte opstallen, met name 'het bouwjaar van de huidige opstallen, de gemiddelde bouwkundige kwaliteit van de opstallen aanwezig op de in erfpacht uitgegeven gronden in het desbetreffende bouwblok, (in dit geval waarschijnlijk uitsluitend de door de erfpachter gebouwde villa's) en de mate waarin de grond is bebouwd', hadden buiten beschouwing moeten blijven.[346] De rechtbank honoreert dit gemotiveerde betoog van de erfpachter:

> "Naar het oordeel van de rechtbank komt het voorshands, nu nadere redengeving ontbreekt, op grond van de gemotiveerde stellingname van Stabilabram in hoge mate onredelijk en onbillijk voor dat bij de bepaling van de waarde van de grond niet alleen wordt acht geslagen op de ge-

344 Art. 6 lid 2 AB 1915: "De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen (…); door de deskundigen zal van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal aan het Gemeentebestuur worden ingezonden." Lid 3: "De nieuwe pachtsommen worden vastgesteld op het cijfer, door de deskundigen als resultaat der herziening te bepalen."

345 Rb. Amsterdam 10 maart 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AS4563, *BR* 1999, p. 1061 (*Stabilabram/Amsterdam*).

346 Rb. Amsterdam 10 maart 1999, *BR* 1999, p. 1061, r.o. 4.

bruiksmogelijkheden, maar ook op *kwaliteit, omvang en bouwjaar van de op kosten van de erfpachter feitelijk gebouwde opstallen*, temeer nu in het onderhavige geval de op de gepachte grond staande opstal door Stabilabram is afgebroken en recentelijk (1992) is vervangen door twee kostbare villa's. Tegenover de gemotiveerde stellingname van Stabilabram is immers geen enkele grond aangevoerd of gebleken die kan rechtvaardigen dat wél rekening wordt gehouden met het feitelijk gebruik."[347]

De AB 1915 bevatten geen instructies voor de deskundigen, het is aan hen zelf te bepalen hoe zij de herziene canon berekenen. De rechtbank sluit aan bij wat gebruikelijk was, de taxatie van de grond zonder de opstallen, maar die grondslag blijkt niet uit de uitspraak. Ook in de bepaling van het rentepercentage staat het de deskundigen vrij hun eigen inzichten te volgen. De erfpachter vond de canon echter onredelijk hoog, mede omdat deze volgens de AB 1994 vijfjaarlijks zou worden geïndexeerd. Het canonpercentage zou naar zijn mening één procent moeten bedragen:

"Ten onrechte, aldus Stabilabram, hebben de deskundigen en in hun voetspoor de Gemeente bij de bepaling van dit percentage aansluiting gezocht bij *de rentevoet voor lange-termijn geldleningen*. Dit is volgens haar in de eerste plaats onjuist omdat op de geldmarkt voor leningen met een lange looptijd een relatief hoge rente wordt berekend in verband met fluctuaties (van de rente, naar de rechtbank aanneemt), terwijl de waarde van grond in stedelijke gebieden nauwelijks fluctueert en slechts stijgt. Voorts kan de uitlener van geld lange tijd niet over het uitgeleende geld beschikken, terwijl de mogelijkheid blijft bestaan dat het erfpachtrecht wordt beëindigd en de verpachter overigens enige zeggenschap over het verpachte behoudt. Voorts vermindert bij geldlening het te betalen rentebedrag bij periodieke aflossing van de hoofdsom, terwijl zulks bij de erfpacht niet het geval is met betrekking tot de canon. Anders dan de rente, is de canon ook niet fiscaal aftrekbaar. Bovendien loopt de erfpachtovereenkomst, anders dan de geldlening, na ommekomst in beginsel door. Aldus verzekert de Gemeente zich op lange termijn van waardevaste inkomsten, zonder dat daar een noemenswaardige prestatie tegenover staat."[348]

De rechtbank stelde vast dat uit het taxatierapport niet duidelijk was gebleken of de deskundigen rekening ermee hadden gehouden dat het om voortdurende erfpacht ging. De gemeente had vervolgens een nader bericht van deskundigen in het geding gebracht, waarin de deskundigen hun taxatie van de grondwaarde en hun keuze voor het canonpercentage nader toelichtten en handhaafden. Hieruit bleek dat de factoren waartegen de erfpachter bezwaar had een minder belangrijke rol hadden gespeeld zodat de stelling van de erfpachter dat de toepassing van de genoemde factoren onredelijk en onbillijk voor hem uitpakte was ontzenuwd, de kwaliteit van de opstallen had geen doorslaggevende rol gespeeld in de taxatie. Het bindend advies was voldoende gemotiveerd en hoefde niet vernietigd te worden.[349] Partijen hadden zelf ingestemd met advies van deskundigen:

"Ten aanzien van het advies van deskundigen wordt in het algemeen nog opgemerkt dat de aard van hun werkzaamheden, die naar algemeen bekend deels intuïtief is, anders dan door Stabilabram betoogd meebrengt *dat zij niet tot een verdergaande explicitering gehouden zijn* dan bij

347 Rb. Amsterdam 10 maart 1999, *BR* 1999, p. 1061, r.o. 5. Nadruk toegevoegd.
348 Rb. Amsterdam 10 maart 1999, *BR* 1999, p. 1061, r.o. 7. Nadruk toegevoegd.
349 Rb. Amsterdam 10 maart 1999, *BR* 1999, p. 1061, r.o. 3-6.

hun nader bericht is geschied. Voorts wordt nog opgemerkt dat het enkele feit dat ook een andere benaderingswijze van de vaststelling van de erfpachtcanon mogelijk is, zoals door Stabilabram aan de hand van Hof Amsterdam 26 oktober 1995 (BR 1996, p. 669 e.v.) betoogd, nog niet meebrengt dat de Gemeente de grens van de jegens haar in acht te nemen redelijkheid en billijkheid heeft overschreden door Stabilabram te houden aan het advies van deskundigen; met instemming van Stabilabram is immers gekozen voor vaststelling van de canon via deskundigen, op welke vaststelling de Gemeente verder geen invloed had."[350]

Dat partijen zelf gekozen hebben voor bindend advies door deskundigen en zich bij voorbaat hebben neergelegd bij de door die deskundigen bepaalde herziene canon is in beginsel juist, maar deze procedure werkt in de praktijk in het nadeel van de erfpachter. Een erfpachter die een perceel grond van de gemeente Amsterdam wil gaan gebruiken heeft de keuze de algemene erfpachtvoorwaarden te aanvaarden of zich elders te vestigen. Hij kan geen invloed uitoefenen op de inhoud van de algemene erfpachtvoorwaarden, deze worden eenzijdig door de raad van de gemeente vastgesteld. Met dezelfde redenering, het oordeel van de deskundigen is leidend, verwierp de rechtbank het beroep van de erfpachter op EG-recht. De stelling dat de gemeente als erfverpachter misbruik had gemaakt van haar monopoliepositie hield geen stand omdat de gemeente geen invloed had kunnen uitoefenen op de taxatie door de deskundigen. Naar het oordeel van de rechtbank waren zowel de grondwaarde als het canonpercentage in het aanvullende deskundigenrapport afdoende gemotiveerd zodat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar was de erfpachter daaraan te houden. Dat deskundigen in de Zandvoortse zaak een andere methode voor canonherziening hadden gehanteerd dan in deze Amsterdamse zaak betekende nog niet dat er in alle gevallen dezelfde, vaste methode voor canonherziening toegepast diende te worden. De contractvrijheid en het eigen inzicht van de ingeschakelde deskundigen stond daaraan in de weg. Wat niet wegneemt dat ten aanzien van de tamelijk gestandaardiseerde Amsterdamse erfpachtrechten wel sprake kan zijn van uniformiteit bij canonherziening, zeker bij toepassing van dezelfde algemene erfpachtvoorwaarden. Ook in deze zaak staat de wijze waarop de gemeente als erfverpachter gebruikmaakt van haar bevoegdheid de canon bij het einde van een tijdvak te herzien ter discussie en niet de bevoegdheid zelf. De zaak illustreert dat daarbij een groot aantal variabelen een rol kan spelen.

Op 3 mei 2000 oordeelde de rechtbank Amsterdam over twee erfpachtrechten waarop eveneens de AB 1915 van toepassing waren. In geschil was de canonherziening bij het einde van het eerste tijdvak van 75 jaar en opnieuw werd het oordeel uitvoerig gemotiveerd, met name aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van de AB 1915.[351] De erfpachter in deze zaak was een besloten vennootschap en het recht maakte onderdeel uit van een bouwblok waarvan voor alle erfpachtrechten gelijktijdig een canonherziening werd vastgesteld. De gemeente had regels opgesteld voor het aanwijzen van deskundigen namens de erfpachters uit het hele blok. Omdat de erfpachters van het bouwblok niet in

350 Rb. Amsterdam 10 maart 1999, *BR* 1999, p. 1061, r.o. 7. Nadruk toegevoegd. De verwijzing betreft het in par. 5.6.2 behandelde arrest van het Hof Amsterdam 26 oktober 1995, ECLI:NL:GHAMS:1995:AS5720, *BR* 1996, p. 669 (*Randstad Holland/Reinders*).

351 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674 (*Amsterdam/erfpachter*).

meerderheid een bepaalde deskundige aanwezen benoemde de gemeente zelf de tweede en derde deskundigen. Dat was tegen de afspraken. De rechtbank stelde op grond van de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6 AB 1915 opnieuw vast dat het deskundigenoordeel moet worden beschouwd als een vaststellingsovereenkomst met het karakter van een bindend advies door derden.[352] Het toetsingskader voor de rechter vormt dan art. 7:904 BW, de beslissing van de deskundigen is alleen aantastbaar als gebondenheid daaraan in verband met inhoud of wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn. Omdat de benoeming van de deskundigen niet volgens de regels was verlopen was hun onafhankelijkheid niet gewaarborgd en had de erfpachter naar het oordeel van de rechtbank terecht bezwaar gemaakt tegen de wijze van benoeming van de deskundigen door de gemeente. Daarbij was het geen excuus dat het in dit geval om een bouwblok ging:

> "Een bouwblok is een louter door het erfpachtstelsel in het leven geroepen eenheid. Gesteld noch gebleken is dat het zijn van erfpachter binnen een bouwblok enige band schept. In het door de Gemeente gevolgde systeem is het dan ook volstrekt afhankelijk van de toevallige mondigheid en organisatiebereidheid van de erfpachters binnen het bouwblok of door hen daadwerkelijk een deskundige kan worden aangewezen. Wie volstaat met het opgeven van een deskundige, zoals verzocht, kan er immers vrijwel zeker van zijn dat die niet zo maar een meerderheid van 50% binnen het bouwblok zal halen. Van de Gemeente mag worden verwacht dat zij bij wijziging van een zo essentiële voorwaarde als de hoogte van de canon – iets dat eens in de 75 of 50 jaar voorkomt en ingrijpende gevolgen voor de erfpachter kan hebben, en waarvan de bepaling juist om die reden is overgelaten aan het oordeel van drie onafhankelijke deskundigen – de erfpachters in een bouwblok een reële mogelijkheid verschaft om hun eigen deskundige te kiezen, zonodig door die verkiezing zelf te organiseren."[353]

In dit geval was het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de gemeente de erfpachter hield aan de taxatie door drie aldus buiten de erfpachter om eenzijdig door de gemeente benoemde deskundigen.

> "Daarmee valt het bindend advies weg en ontstaat in de rechtsverhouding tussen partijen een lacune, waarin zal moeten worden voorzien op een wijze die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de op de herziening van de canon toepasselijke AB 1915."[354]

De erfpachter moest in de gelegenheid worden gesteld een deskundige aan te wijzen, die samen met de door de gemeente aangewezen deskundige en de door hen aan te wijzen derde deskundige een nieuw advies moesten uitbrengen. De rechtbank stelde bij toetsing van het bindend advies voorop dat met de canonherziening einde tijdvak, door de gemeente afgekort tot CHET, bedoeld was om de eventuele waardevermeerdering van de grond in de eerste periode van 75 jaar door middel van canonherziening aan de gemeenschap te doen toekomen. Dit was een politiek uitgangspunt dat een sterke verhoging van de canon met zich kon brengen. Daar kon de rechtbank niet aan af doen:

---

352 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674, r.o. 5.1-5.2. Afgesproken was dat de hoogte van de canon niet afhankelijk zou zijn van de wil van een der partijen.
353 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674, r.o. 5.5.
354 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674, r.o. 5.6.

> "In deze procedure kan slechts worden getoetst of bij de herziening van de canon in strijd is gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of met de redelijkheid en de billijkheid, dan wel of de taxatie voldoet aan de hiervoor onder 5.3. weergegeven maatstaven voor een bindend advies."[355]

De grondwaarde was gebaseerd op acht factoren, te weten: (i) de gebruiksmogelijkheden volgens de vestigingsakte (ii) de ligging, grootte en bestemming van de onroerende zaak die bestond uit winkel met magazijn en kantoren en 6 bovenwoningen (iii) de mate waarin het perceel was bebouwd (iv) de gemiddelde kwaliteit van de opstallen, (v) het prijspeil van onroerend goed (vi) de op de kapitaalmarkt geldende rente (vii) de specifieke functie, eigenschappen en rendement van op lange termijn in grond belegd kapitaal en (viii) de conversie naar de AB 1966. Het canonpercentage werd vastgesteld op 5,7%. De rechtbank gaf de erfpachter gelijk dat de taxatie op diverse punten onvoldoende inzicht gaf in de toegepaste methodiek, de gehanteerde uitgangspunten en waarderingsfactoren en dus onvoldoende gemotiveerd was:

> "De AB 1915 geven geen richtlijnen aan de deskundigen voor de toe te passen taxatiemethode. Aan het advies van deskundigen mag dan ook de eis worden gesteld dat het zodanig inzicht geeft in de daarbij gehanteerde uitgangspunten en maatstaven dat voor partijen duidelijk en daarmee controleerbaar wordt op welke wijze en op grond waarvan de deskundigen komen tot vaststelling van de in het advies genoemde grondwaarde en canonpercentage. Daartoe zal in concreto dienen te blijken op welke wijze, aan de hand van welke factoren en langs welke weg de waarde van de grond en het rentepercentage zijn vastgesteld. Dit laat onverlet dat het uiteindelijke resultaat van de taxatie voor een groot deel op het intuïtief inzicht van deskundigen zal berusten."[356]

De rechtbank gaf nauwkeurig aan op welke punten het nieuwe advies duidelijkheid moest verschaffen en stelde de deskundigen in de gelegenheid de ontbrekende motivering te verschaffen. In een tweede zaak die door de rechtbank werd beslist op dezelfde dag was eveneens sprake van een bouwblok waarvoor gelijktijdig de canon werd herzien aan de hand van de AB 1915.[357] In dit geval wees een meerderheid van de erfpachters dezelfde deskundige aan, maar weigerden zij de door de deskundigen vastgestelde herziene canon te betalen. De rechtbank toetste het bindend advies aan de maatstaven zoals hierboven genoemd en kwam tot het oordeel dat het deskundigenrapport niet voldeed aan de eisen. Het advies voldeed niet aan de eis dat het:

> '(…) *zodanig inzicht geeft in de daarbij gehanteerde uitgangspunten en maatstaven dat voor partijen duidelijk en daarmee controleerbaar wordt op welke wijze en op grond waarvan de deskundigen komen tot vaststelling van de in het advies genoemde grondwaarde en canonpercentage*. Daartoe zal in concreto dienen te blijken op welke wijze, aan de hand van welke factoren en langs welke weg de waarde van de grond en het rentepercentage zijn vastgesteld. Dit laat onverlet dat het uiteindelijke resultaat van de taxatie voor een groot deel op het intuïtief inzicht van deskundigen zal berusten.'[358]

355 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674, r.o. 8.1.
356 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674, r.o. 8.4.
357 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5675 (*Amsterdam/erfpachters*).
358 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5675, r.o. 8.4. Nadruk toegevoegd.

Er diende een aanvullend en gemotiveerd advies te komen waarvoor de rechtbank instructies aan de deskundigen meegaf, net als in de hiervoor behandelde zaak.

Er moet nog een derde erfpachtzaak zijn behandeld door de rechtbank Amsterdam op 3 mei 2000, want een eindvonnis uit 2001 vormde een vervolg op een vergelijkbare zaak als de twee hierboven behandelde zaken.[359] De gemeente had in dit geval een nader advies van deskundigen in het geding gebracht op instructie van de rechtbank. De erfpachter had op het nader advies mogen reageren, maar de deskundigen hadden geweigerd met de erfpachter in discussie te gaan ondanks de instructies van de rechtbank dat de deskundigen antwoord dienden te geven op de vragen van de erfpachters. De rechtbank wees op het belang van dit fundamentele beginsel van procesrecht, het beginsel van hoor en wederhoor, en was van oordeel dat dit beginsel bij het nadere advies niet in acht was genomen zodat de erfpachter zijn standpunt over het nadere advies niet naar voren had kunnen brengen en daarmee ook geen rekening was gehouden. De erfpachter was daardoor zodanig benadeeld dat gebondenheid aan het nadere advies naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was en de rechtbank de vordering van de gemeente afwees. De Hoge Raad gaf in een arrest van 20 mei 2005 in dezelfde zaak een oordeel over de toetsing van bindend advies.[360] De overwegingen van het hof waartegen het cassatieberoep zich richtte luidden als volgt:

> "Wat betreft het oorspronkelijk advies ontbreekt nagenoeg elk inzicht in de door de deskundigen gehanteerde uitgangspunten en maatstaven. Dat is temeer bezwaarlijk nu het gaat om een advies dat een aanzienlijke verhoging van de canon inhoudt en beoogt de canon voor een periode van 50 jaren vast te leggen. De mogelijkheid die volgens de Gemeente heeft bestaan om de deskundigen om een nadere (mondelinge) toelichting te vragen, kan niet in de plaats treden van de motivering van het advies. De motivering dient uit het advies zelf te blijken en niet afhankelijk te worden gesteld van een door deskundigen naderhand daarop gegeven toelichting. De motivering van het (oorspronkelijk) advies van deskundigen schiet daarom zozeer tekort dat gebondenheid van [verweerder] daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (rov. 4.5). De rechtbank heeft deskundigen de gelegenheid geboden het gebrek te helen. Door de handelwijze van deskundigen en de Gemeente nadien is de schijn gewekt dat aan de Gemeente meer gelegenheid is geboden het nader advies te beïnvloeden dan aan [verweerder] en dat het nader advies niet met de vereiste onafhankelijkheid is totstandgekomen (rov. 4.6-4.7). Bovendien hebben deskundigen onvoldoende gelegenheid geboden tot hoor en wederhoor (rov. 4.8). Daarom kleven ook aan het nader advies zo wezenlijke gebreken dat gebondenheid van [verweerder] daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (rov. 4.9)."[361]

359 Rb. Amsterdam 19 december 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AD7589 (*Amsterdam/Honnebier*). Dit vonnis was een van de vele in deze zaak.

360 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007/115 (*Amsterdam/Honnebier*). Dit oordeel is ook behandeld in par. 3.4.2 over algemene erfpachtvoorwaarden. In deze paragraaf gaat het om de rol van deskundigen bij canonherziening einde termijn.

361 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, r.o. 3.2.

De Hoge Raad stelt naar aanleiding van de grieven van de gemeente de kaders voor de toetsing van bindend advies vast. Daarbij is relevant of er door een gebrek in de totstandkoming van het bindend advies nadeel is geleden.[362]

Daarna wordt de aard van het bindend advies nader toegelicht en rijst de vraag welke motiveringseisen aan het advies gesteld mogen worden. Dat aan een zuiver bindend advies geen motiveringseisen worden gesteld is onjuist:

> "Partijen (…) hebben aan de deskundigen als bindend adviseurs opgedragen de canon te herzien die is verschuldigd door de erfpachters van het bouwblok waarvan het perceel van [verweerder] deel uitmaakt. Op de vraag in hoeverre een bindend advies dient te worden gemotiveerd, valt geen algemeen antwoord te geven. In beginsel heeft te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van bindend adviseurs meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan bindend adviseurs meer het karakter heeft dat zij een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienen vast te stellen, en het van hen gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.
> In het onderhavige geval hield de opdracht aan de deskundigen in dat zij een voorshands onbepaald element van de rechtsverhouding tussen partijen dienden vast te stellen. Op zichzelf wijst dit erop dat aan hun oordeel weinig of geen motiveringseisen behoefden te worden gesteld. Anderzijds mochten zij bij de vaststelling van de gewijzigde canon niet louter intuïtief te werk gaan. Art. 6 lid 2 van de AB 1915 luidt immers als volgt: "De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen (...); door de deskundigen zal van hun bevindingen een gemotiveerd proces-verbaal aan het Gemeentebestuur worden ingezonden."
> Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het hof de eis dat sprake moet zijn van "een gemotiveerd proces-verbaal" aldus uitgelegd, dat het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) in belangrijke mate diende te berusten op een vergelijking met andere in [plaats] gelegen percelen/bouwblokken die in erfpacht waren uitgegeven, welke zich voor een zodanige vergelijking leenden. Bij dit uitgangspunt mogen in zoverre wel degelijk motiveringseisen aan het oordeel van de deskundigen (bindend adviseurs) worden gesteld."[363]

De deskundigen dienden in dit geval hun bindend advies te motiveren. In het algemeen geldt dat indien het advies het karakter van rechtspraak heeft aan die motivering strengere eisen worden gesteld dan wanneer het advies een ontbrekend element in de rechtsverhouding vaststelt. Volgens de AB 1915, dus in de verhouding tussen partijen, is een gemotiveerd advies vereist, mede vanwege het feit dat de canon voor de volgende vijftig jaar zal gelden en de verhoging van de canon aanzienlijk kan zijn. De rechter die het bindend advies toetst op de voet van art. 7:904 BW dient in zijn toetsing te betrekken of de erfpachter door een gebrek in het advies nadeel heeft geleden.

---

362 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, r.o. 3.3: '(…) omdat bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden bij de totstandkoming waarvan procedurele fouten zijn gemaakt, mede van belang is of, en zo ja in welke mate, door de procedurefout nadeel aan de wederpartij is toegebracht (vgl. HR 1 juli 1988, nr. 13257, *NJ* 1988/ 1034).' Zie over het nadeelvereiste uit eerdere HR-jurisprudentie de conclusie van A-G Wesseling-van Gent bij HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890 en Rutgers 2005, p. 1043.

363 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, r.o. 3.4. De zaak eindigde uiteindelijk met het arrest van het Hof Amsterdam 20 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6895 (*Amsterdam/Honnebier*) waarin na een nieuw en gemotiveerd deskundigenrapport de canonherziening definitief werd vastgesteld.

De procedure die de Nederlandse Vereniging van Erfpachters namens haar Amsterdamse leden en samen met negen erfpachters uit hetzelfde bouwblok aanspande tegen de gemeente Amsterdam stuurde eveneens aan op vernietiging van bindende adviezen van deskundigen in het kader van de canonherziening einde termijn onder de AB 1915.[364] De deskundigen hadden bij bindend advies de canon opnieuw vastgesteld op basis van de waarde van het perceel afgeleid uit een vergelijking met transacties van andere erfpachtpercelen, de kwalitatieve beoordeling van het bouwblok en de bestemming woonhuis. Op dat bedrag was een depreciatie van veertig procent toegepast wegens bebouwing en in gebruik zijn. Verder bedroeg de waarde van de grond van het erfpachtperceel 22% van de waarde van de hele onroerende zaak, naar intuïtief inzicht. Het canonpercentage bedroeg 3,9%, conform het advies van de Makelaarsvereniging Amsterdam (MVA). Op het volgende tijdvak zouden de AB 1994 van toepassing worden. De erfpachters waren het niet eens met de wijze waarop de grondwaarde werd vastgesteld.

De rechtbank nam tot uitgangspunt bij de canonherziening na 75 jaar dat de waardevermeerdering van de grond via de verhoogde canon aan de gemeente als erfverpachter zou toekomen en dat het aan de deskundigen was om te bepalen hoe zij tot hun resultaat kwamen. De door de deskundigen gekozen uitgangspunten en berekeningsmethoden van het bindend advies konden op grond van art. 7:904 BW door de rechtbank alleen marginaal worden getoetst. De opdracht aan de deskundigen was om een onbepaald element in de rechtsverhouding van partijen vast te stellen en op grond van art. 6 lid 2 AB 1915 dienden zij dat advies te motiveren.[365] De marginale toetsing van de rechtbank bleef beperkt tot de motivering van de door de deskundigen gekozen uitgangspunten, maatstaven en rekenmethodes:

> "In de onder 2.4 en 2.5 genoemde bindend adviezen wordt slechts in algemene zin uiteengezet welke factoren een rol hebben gespeeld bij de waardebepaling. *Niet (voldoende) duidelijk is* met welke transacties onderhavige percelen zijn vergeleken, waarom bij de beoordeling dient te worden uitgegaan van een koopwoning, hoe de depreciatiefactor van 40% is onderverdeeld, welke verrekening individueel heeft plaatsgevonden in verband met verschil in kavelgroottes binnen het bouwblok, hoe deskundigen – anders dan op basis van intuïtief inzicht – aan het percentage van 22% komen voor de waarde van het erfpachtdeel en op basis van welke waarderingen en volgens welke rekenmethode het canonpercentage is vastgesteld."[366]

De rechtbank was van oordeel dat nagenoeg elk inzicht ontbrak in de door de deskundigen gehanteerde uitgangspunten en maatstaven en dat dat wel mocht worden verwacht bij adviezen die de canon voor vijftig jaar vaststelden op een aanzienlijk hoger bedrag:

> "Zeker nu het gaat om bindend adviezen die gelding hebben voor een periode van 50 jaar en aanzienlijke canonverhogingen meebrengen, mag worden verwacht dat die bindend adviezen

364 Rb. Amsterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2715, *BR* 2009/136, m.nt. M.I. Jaarsma (*Nederlandse vereniging van Erfpachters c.s./Amsterdam*).
365 Rb. Amsterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2715, r.o. 5.26-5.28.
366 Rb. Amsterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2715, r.o. 5.29. Nadruk toegevoegd.

> inzicht bieden in de manier waarop deskundigen tot de grondwaarde en het canonpercentage zijn gekomen. Verder is inzicht vereist in de gekozen uitgangspunten, de wijze van berekening en de wel of niet meegewogen omstandigheden, zodanig dat controleerbaar wordt hoe deskundigen tot de uitkomst zijn gekomen. Uit de bindend adviezen blijkt ook niet dat en op welke wijze partijen met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor in de gelegenheid zijn gesteld om opmerkingen te maken of vragen te stellen aan deskundigen."[367]

De rechtbank oordeelde dat gebondenheid aan de bindend adviezen in verband met de inhoud en de wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was en dat de bindende adviezen vernietigbaar waren. De rechtbank stelde hiermee zware eisen aan de motivering in de zin van art. 6 AB 1915, mede vanwege het feit dat de erfpachter vijftig jaar aan de herziene canon gebonden zou zijn. Deskundigen dienden hun bindend advies op een concrete wijze te motiveren zodat voor de erfpachter van een bepaald perceel duidelijk werd welke factoren in dit speciale geval waren meegewogen en welke betekenis daaraan toegekend mocht worden. Annotator Jaarsma wijst in zijn noot op de asymmetrie die de rechtsverhouding tussen partijen kenmerkt.[368] De ontbrekende motivering van een bindend advies vormt met name een knelpunt voor de erfverpachter.

Het arrest Honnebier uit 2005 loste niet alle kwesties omtrent bindende adviezen op.[369] In een zaak waarover de rechtbank Amsterdam in 2013 oordeelde was een van de erfpachters, een vereniging, het niet eens met de door 'een groot deel' van het bouwblok aangewezen deskundige namens de erfpachters en weigerde zij de door de deskundigen vastgestelde canonherziening te betalen en mee te werken aan het opstellen van de wijzigingsakte.[370] Deze erfpachtster deed vergeefs een beroep op het hierboven behandelde vonnis van 3 mei 2000 in de zaak waarin de erfpachters niet in meerderheid een deskundige hadden aangewezen.[371] De erfverpachtster beriep zich op het besluit omtrent de benoeming van deskundigen bij bouwblokken en op een vermoedelijk niet gepubliceerd arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 22 september 2009 waarbij het hof had geoordeeld dat het geoorloofd was dat de benoemde deskundigen voor één heel bouwblok de canon bepaalden.[372] De erfpachtster stelde dat de procedure in dit geval niet correct was gevolgd omdat er geen meerderheid van vijftig procent was die de persoon van deskundige A had gekozen en dat de gemeente had nagelaten een rappelbrief te sturen. Daarnaast was na het advies onvoldoende hoor en wederhoor toegepast en was het advies later herzien zonder overleg met de erfpachters. De rechtbank oordeelde dat de bezwaren van de erfpachtster tegen de totstandkomingprocedure van het deskundigenadvies niet terecht waren, maar dat de procedures wel correct moesten worden gevolgd:

367 Rb. Amsterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2715, r.o. 5.30.
368 Jaarsma, *BR* 2009/136.
369 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007/115 (*Amsterdam/Honnebier*).
370 Rb. Amsterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ8518, *RVR* 2013/73 (*Amsterdam/Vereniging het Joodse Begrafeniswezen*). In r.o. 2.6 verwijst de rechtbank naar de brief van 22 januari 2013 van de gemeente aan de erfpachtster waarin onder meer stond dat 'een groot deel van het bouwblok' de heer A als deskundige had aangewezen waardoor deze automatisch was benoemd. De erfpachtster had een andere deskundige opgegeven.
371 Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674 (*Amsterdam/erfpachter*).
372 Rb. Amsterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ8518, r.o. 4.7.

> "Met JBW en zoals de rechtbank in het vonnis van 3 mei 2000 al heeft overwogen, is de rechtbank van oordeel dat van de Gemeente verwacht mag worden bij wijziging van een zo essentiële voorwaarde als de hoogte van een canon, iets dat weinig voorkomt en ingrijpende gevolgen kan hebben voor de erfpachter, een reële mogelijkheid wordt verschaft om een eigen deskundige te kiezen. De Gemeente heeft zelf gesteld dat JBW de voorkeur heeft uitgesproken voor een andere deskundige dan [A]. Bovendien blijkt uit de correspondentie vanaf 2004 dat JBW zich niet heeft neergelegd bij de benoeming van [A]. JBW moet er dan in ieder geval op kunnen vertrouwen dat inderdaad conform de procedure waartoe de Gemeente zelf heeft besloten voor gevallen als deze een deskundige is benoemd door in ieder geval de meerderheid van de erfpachters. Indien dat niet is gebeurd, is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat JBW gehouden wordt aan een taxatie van deskundigen die benoemd zijn zonder haar instemming."[373]

De rechtbank overwoog onder verwijzing naar het arrest in de zaak Honnebier[374] dat de erfpachtster niet in haar belangen was geschaad door de overige procedurefouten en stelde de gemeente in de gelegenheid te bewijzen dat A was benoemd tot deskundige door een meerderheid van de erfpachters in het bouwblok zoals voorgeschreven in het besluit. Indien de gemeente zou slagen in dit bewijs zou haar vordering worden toegewezen. Indien de gemeente niet zou slagen in het bewijs zou het bindend advies vervallen en ontstond een lacune in de rechtsverhouding van partijen over de oplossing waarvan de gemeente zich eveneens diende uit te laten.[375] Het vervolg van deze rechtszaak is niet kenbaar uit de gepubliceerde jurisprudentie, maar in lijn met het arrest Honnebier en gezien de grote belangen voor de erfpachters, kan geconcludeerd worden dat de gemeente als erfverpachter de procedure voor canonherziening einde tijdvak zorgvuldig en correct dient toe te passen.

In de hierna uitvoerig te behandelen SEBA-zaak over erfpachtrechten waarop de AB 1915, de AB 1934 en de AB 1937 van toepassing waren, werden de deskundigenrapporten vernietigd wegens onvoldoende motivering.[376] De erfpachters voerden meerdere bezwaren aan tegen de deskundigenrapporten die erop neer kwamen dat de in de rapporten gemaakte keuzes onvoldoende waren gemotiveerd en dat de erfpachters onvoldoende gelegenheid hadden gehad op de conceptrapporten te reageren.[377] De rechtbank oordeelde in lijn met inmiddels vaste jurisprudentie omtrent canonherziening conform de AB 1915 dat de deskundigenrapporten moeten worden beschouwd als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW met het karakter van bindend advies door derden en dat partijen de deskundigen niet kunnen voorschrijven hoe zij te werk dienen te gaan.[378] De rechtbank vernietigde de taxatierapporten wegens onvoldoende motivering. De door de deskundigen gemaakte keuzes werden niet beredeneerd toegelicht zodat geen inzicht kon worden verkregen in de gehanteerde uitgangspun-

373 Rb. Amsterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ8518, r.o. 4.10.
374 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007/115 (*Amsterdam/Honnebier*).
375 Rb. Amsterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ8518, r.o. 4.13-4.16.
376 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*). Dit vonnis en de arresten in hoger beroep en cassatie worden uitvoerig behandeld in par. 5.6.6. De AB 1934 en AB 1937 kennen identieke bepalingen over herziening van de canon door deskundigen als de AB 1915.
377 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.6.
378 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.12 en 4.19.

ten en gebondenheid aan deze adviezen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.[379] Het hof bekrachtigde dat oordeel.[380] De deskundigen dienden hun werk over te doen en dat zou kunnen leiden tot dezelfde herziene canonbedragen, maar dan beter onderbouwd en gemotiveerd, en tot dat geregeld was zou de canon niet worden herzien en liepen de rechten door onder de oude voorwaarden. De bepaling over de inzet van deskundigen wordt door de rechtbank in de lijn van de hierboven besproken jurisprudentie opgevat als het invullen van een leemte in de rechtsverhouding en niet als geschilbeslechting zodat de stelling van de erfpachters dat de bepaling onredelijk bezwarend was op grond van art. 6:236 sub n BW werd afgewezen.[381] De vaste jurisprudentie omtrent het bij wege van bindend advies vaststellen van de herziene canon bij het einde van een tijdvak van voortdurende rechten houdt in dat hier sprake is van een bindend advies in de zin van art. 7:900 BW. De inhoud en totstandkoming van een dergelijk advies zal door de rechter marginaal getoetst moeten worden nu het om een invulling van een leemte in de rechtsverhouding gaat. In de praktijk kunnen vele omstandigheden een rol spelen bij de toetsing. In ieder geval dienen de deskundigen hun advies afdoende te motiveren en dienen zij het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen, bij gebreke waarvan de erfpachters niet aan het advies gebonden raken en de canon niet kan worden herzien. Althans dit geldt voor erfpachtrechten waarop de Amsterdamse AB 1915 van toepassing zijn. Bij andere vormen van stedelijke erfpacht met andere algemene erfpachtvoorwaarden kan deze toets op onderdelen anders uitvallen.

5.6.4 Amsterdam AB 1934: bestendige praktijk

Bij het onderwerp uitleg kwam al aan de orde dat erfverpachters bij erfpachtconflicten regelmatig een beroep deden op een gebruikelijke praktijk, met name bij stedelijke erfpacht. Een dergelijk beroep was ook aan de orde bij een conflict over canonherziening na het einde van het eerste tijdvak van 49 Amsterdamse erfpachtrechten uit hetzelfde bouwblok, uitgegeven onder toepassing van de AB 1934.[382] De gemeente had als erfverpachter bezwaren tegen de taxatierapporten omdat daarin een onjuist canonpercentage zou zijn gehanteerd.[383] De gemeente vorderde vernietiging van het bindend advies op grond van art. 7:904 BW en benoeming van nieuwe deskundigen die canonpercentages dienden te hanteren:

379 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.22-4.23.

380 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 2.10.1.

381 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.29, Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.1 en HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.3.3, onder verwijzing naar HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007/115 (*Amsterdam/Honnebier*).

382 Rb. Amsterdam 13 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4323 (*Amsterdam/49 erfpachters*). Art. 6 lid 6 en 7 van de 'Algemeene bepalingen voor voortdurende erfpacht 1934' (AB 1934) zijn identiek aan de genoemde bepalingen uit de AB 1915. Omdat deze algemene erfpachtvoorwaarden in 1937 alweer werden herzien zijn de AB 1934 minder vaak toegepast. Vgl. Jesterhoudt 2012, p. 58-59 en 104.

383 Rb. Amsterdam 13 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4323, r.o. 2.8 en 2.9: '(…) dat zij voor wat betreft de canonpercentages zich conformeren aan de berekende percentages door de stichting SBV/Amsterdam School of Real Estate, in samenwerking met de Makelaarsvereniging Amsterdam, geldende, na arbitrage door [TT] in dit kader, voor het tweede kwartaal 2007.'

> '(…) die gelden in de periodes die overeenstemmen met de periodes die bij de canonherziening van de verschillende [kenmerk] erfpachtrechten als uitgangspunt genomen dienen te worden voor de grondwaardebepaling op basis van de AB 1934 en de AB 2000.'[384]

De deskundigen hadden de canon van de AB 1934 erfpachtrechten naar de mening van de erfverpachter niet vastgesteld in overeenstemming met de wijze waarop het bepaalde in de AB 1934 pleegde te worden uitgelegd en deze afwijking was in de taxatierapporten onvoldoende toegelicht. De deskundigen hadden het canonpercentage moeten hanteren dat gold in de periode van de grondwaardebepaling, de grondwaardereferentieperiode genoemd, in dit geval het derde kwartaal van 2008. In plaats daarvan hadden de deskundigen het lagere canonpercentage uit het tweede kwartaal van 2007 gehanteerd met gederfde inkomsten voor de erfverpachter tot gevolg. Naast vergoeding van deze schade wilde de gemeente met de procedure ook precedentwerking voorkomen.[385] De rechtbank beoordeelde of aan de taxatierapporten een gebrek kleefde in de zin van art. 7:904 BW. Van strijdigheid met de AB 1934 kon geen sprake zijn omdat in de AB 1934 niet was opgenomen hoe de deskundigen te werk dienden te gaan. De toets aan art. 7:904 BW stuitte op de vraag of de erfverpachter kon aantonen dat er een bestendige praktijk bestond ten aanzien van canonvaststelling onder de AB 1934 en dat de deskundigen in dit geval de canon in strijd met die praktijk hadden vastgesteld.[386]

De gemeente kreeg een bewijsopdracht. Indien de bestendig gebruikelijke praktijk kwam vast te staan was niet in geschil dat de deskundigen daarvan waren afgeweken en kwam de vraag aan de orde of die afwijking toereikend was gemotiveerd. Naar het oordeel van de rechtbank was de gegeven motivering onvoldoende omdat daaruit niet inzichtelijk werd of de deskundigen waren afgeweken van een bestendig gebruikelijke praktijk, en zo ja, waarom. Indien de gemeente zou slagen in de bewijsopdracht stond vast dat het bindend advies een ernstig gebrek vertoonde en dat de deskundigen niet het canonpercentage hadden gehanteerd dat gold in de grondwaardereferentieperiode en stond eveneens vast dat de gemeente als gevolg daarvan nadeel leed en zouden de taxatierapporten voor de AB 1934 worden vernietigd.[387] De gemeente slaagde echter niet in haar opdracht om bewijs te leveren van feiten en/of omstandigheden waaruit was af te leiden dat ten tijde van de totstandkoming van de taxatierapporten een bestendig gebruikelijke praktijk bestond die inhield dat bij toepasselijkheid van de AB 1934 de canon werd vastgesteld aan de hand van de variabelen grondwaarde en canonpercentage, waarbij een canonpercentage werd gehanteerd dat gold in de grondwaardereferentieperiode.[388] De gemeente had slechts een beperkt aantal taxatierapporten overgelegd en geen inzicht gegeven, ook niet bij benadering, in de omvang van het totaal aantal taxaties dat had plaatsgevonden. De vraag of de

384 Rb. Amsterdam 13 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4323, r.o. 3.1.
385 Rb. Amsterdam 13 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4323, r.o. 3.3.
386 Rb. Amsterdam 13 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4323, r.o. 4.6: "Die bestendige praktijk bestaat eruit (…) dat de canon wordt vastgesteld aan de hand van de variabelen grondwaarde en canonpercentage, waarbij een canonpercentage wordt gehanteerd dat geldt in de grondwaardereferentieperiode, dat wil zeggen de periode waarin de grondwaarde is bepaald."
387 Rb. Amsterdam 13 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4323, r.o. 4.9-4.12.
388 Rb. Amsterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2286 (*Amsterdam/49 erfpachters*).

gemeente in voldoende mate had aangetoond dat sprake was van een bestendig gebruikelijke praktijk kon daarom niet worden beantwoord zodat de vordering werd afgewezen en het oordeel van de deskundigen in stand bleef. Het gevolg van het inschakelen van deskundigen om de canon bij bindend advies in te stellen is dat beide partijen aan die canon gebonden raken. Het bestaan van een bestendig gebruikelijke praktijk ten aanzien van canonherziening einde termijn dient te worden aangetoond.

5.6.5 Amsterdam AB 2000: aanbod, bestemming

Een zaak die tot de Hoge Raad werd uitgeprocedeerd biedt een inkijkje in de gestandaardiseerde wijze waarop de gemeente Amsterdam de canonherziening bij einde tijdvak organiseert.[389] Die procedure bestaat voor rechten gesloten onder toepassing van de AB 2000 blijkens de rechtspraak uit het volgende. Ten minste drie jaar voordat het tijdvak eindigt komt de erfverpachter met een aanbod voor het volgende tijdvak. De brief met het aanbod bevat de nieuwe grondwaarde, het canonpercentage en de nieuwe canon gesteld op een bedrag per jaar, met opties voor een canon die 10 of 25 jaar vaststaat of afkoop en eventueel een ingroeiregeling. Indien de erfpachter niet akkoord gaat met de nieuwe grondwaarde en de nieuwe canon worden beide waarden door drie deskundigen vastgesteld.[390] Indien de erfpachter op het formulier aankruist welke canon-mogelijkheid hij wenst en het formulier binnen drie maanden ondertekend terugstuurt, geldt dit als een aanvaarding van het aanbod waarmee de overeenkomst tot wijziging van het erfpachtrecht tot stand komt. Die overeenkomst verplicht de erfpachter mee te werken aan het opstellen van een wijzigingsakte. Ook stilzitten leidt tot gebondenheid, indien de erfpachter niet binnen drie maanden van zich laat horen komt de overeenkomst tot stand met een jaarlijkse canon. In deze zaak ging het om de uitleg van een in het aanbod genoemde korting. In de aanbiedingsbrief stond dat een bepaalde korting nog niet in de bedragen was verwerkt. Pas na aanvaarding van het aanbod zou de erfpachter bericht krijgen over de hoogte van de korting en deze korting viel een stuk lager uit dan de erfpachter op grond van het aanbod had verwacht. De erfverpachter was het niet eens met de uitleg die door de erfpachter werd gegeven van het kortingsbeding waarop de erfpachter de overeenkomst vernietigde wegens dwaling en verzocht om vaststelling van de canonherziening door deskundigen, wat de erfverpachter weigerde.

De rechtbank onderzocht de totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst en oordeelde dat de aanbiedingsbrief van de erfverpachter moest worden opgevat als een aanbod in de zin van art. 6:217 BW omdat de canon en de afkoopsom voldoende bepaalbaar waren. De rechtbank was van oordeel dat de brief weliswaar niet geheel duidelijk was over de korting, maar dat de uitleg van de erfverpachter meer voor de hand lag dan de betekenis die de erfpachter aan de bewoordingen had toegekend zodat het beroep op dwaling werd afgewezen. De erfpachter had bij twijfel navraag moeten doen bij de gemeente en had dat nage-

389 Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3413 (*erfpachter/Amsterdam*), gevolgd door Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4595 (*erfpachter/Amsterdam*) en HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, *NJ* 2016/239, *RCR* 2016/57 (*Amsterdam/erfpachter*).

390 Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3413, r.o. 2.3.

laten. Interessant is dat de rechtbank bij haar overwegingen rekening hield met de uitkomsten van een onderzoek dat de Rekenkamer van de Gemeente Amsterdam in 2012 had uitgevoerd naar de gemeentelijke aanbiedingen voor de nieuwe canon per einde erfpachttijdvak.[391] Uit dat onderzoek bleek dat een groeiend aantal erfpachters de canon bij het einde van een tijdvak door deskundigen liet vaststellen nu de deskundigen in tachtig procent van de gevallen op een lager canonbedrag uitkwamen dan de aanbieding van de gemeente. De onderzoekscommissie schreef in haar conclusie:

> '(…) de aanbiedingsprocedure in de huidige vorm is maar in beperkte mate doeltreffend en doelmatig. De doelen die het gemeentebestuur voor ogen had met deze procedure zijn maar in beperkte mate gerealiseerd. De kosten van deze procedure zijn wel een stuk lager, maar dat voordeel wordt steeds minder omdat steeds meer erfpachters het aanbod niet accepteren.'[392]

Het beheer van een groot aantal erfpachtrechten vergde uit het oogpunt van doelmatigheid en kosten een zekere standaardisering van procedures, maar dat betekende niet dat fundamentele beginselen van vermogensrecht konden worden genegeerd. Er zijn vraagtekens te zetten bij de gang van zaken waarbij de erfverpachter eenzijdig een aanbod opstelt, bij de aanvaarding waarvan de erfpachter alleen een keuze heeft ten aanzien van de betalingstermijn. Er is nauwelijks sprake van contractvrijheid omdat partijen aan elkaar gebonden zijn door het voortdurende erfpachtrecht. Erfpachters die zich niet in de zaak verdiepen vullen eenvoudigweg het formulier in en komen niet toe aan vaststelling van de herziene canon door deskundigen. Met name in de situatie van de erfpachter die niet tijdig reageert en daarmee automatisch voor de volgende vijftig jaar gebonden raakt aan een herziene canon, is het de vraag of gesproken kan worden van wilsovereenstemming. De erfpachter in deze zaak vorderde vernietiging van art. 11 lid 4 AB 2000 wegens onredelijk bezwarendheid in de zin van afdeling 6.5.3 BW, maar de rechtbank wees deze vordering af bij gebrek aan belang.[393]

In tegenstelling tot de rechtbank was het hof van oordeel dat in dit geval geen overeenkomst tussen partijen tot stand was gekomen met betrekking tot herziening van de canon na einde tijdvak omdat het aanbod dat de gemeente in de aanbiedingsbrief had gedaan ten aanzien van de afkoopsom onvoldoende bepaald was.[394] Het hof stelde eerst vast of het door de erfverpachter gedane voorstel tot het sluiten van een overeenkomst kwalificeerde als aanbod in de zin van art. 6:217 BW.[395] Het hof oordeelde dat de aangeboden afkoopsom in dit geval onbepaalbaar was omdat uit de aanbiedingsbrief en de toelichting niet duidelijk bleek op welke wijze de korting op de afkoopsom zou worden berekend. Nu de hoogte van de aangeboden afkoopsom behoorde tot de essentialia van de overeenkomst was het aanbod onvoldoende bepaald en bepaalbaar en kon de ontvanger van de aanbiedingsbrief geen weloverwogen keuze maken voor die afkoop-

391 *Canonherzieningen einde tijdvak. De gemeentelijke aanbiedingen onderzocht. Onderzoeksrapport*, Amsterdam: Rekenkamer Amsterdam 2012.
392 Zoals geciteerd door Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3413, r.o. 2.3.
393 Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3413, r.o. 4.19.
394 Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4595 (*erfpachter/Amsterdam*).
395 Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4595, r.o. 3.6-3.7.

som. Daarmee was het gehele aanbod onvoldoende bepaald en was er door het retourneren van de aanbiedingsbrief geen overeenkomst tussen partijen ontstaan:

> "3.11 Het hof deelt niet het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 4.8 van het vonnis dat [appellante] eerder navraag bij de Gemeente had moeten doen of haar veronderstelling dat er nog eens 40% korting van de bedragen af zou gaan, klopte. *[appellante] mocht immers als niet deskundige op het terrein van het erfpachtrecht erop vertrouwen dat de Gemeente als professionele partij in haar aanbiedingsbrief duidelijk zou maken wat in het nieuwe canontijdvak de uiteindelijk te betalen canonbedragen en afkoopsom zouden zijn, temeer nu het gaat om een substantiële verhoging van deze bedragen*. Uit het voorgaande volgt dat grief I en deels ook de grieven IV en V slagen.
> 3.12 Nu de aanbiedingsbrief van de Gemeente geen aanbod in de zin van art. 6:217 van het Burgerlijk Wetboek bevat, is er door het retourneren door [appellante] van de door haar ingevulde antwoordformulieren geen overeenkomst tot stand gekomen tussen haar en de Gemeente. De omstandigheid dat [appellante] op 30 mei 2012 het bedrag van € 31.207,- heeft betaald maakt niet dat er een overeenkomst is gesloten die door de betaling van dat bedrag ten uitvoer is gelegd, zoals de Gemeente nog heeft aangevoerd (par. 4 van de memorie van antwoord). [appellante] heeft genoemd bedrag immers, naar onbetwist vaststaat, onder protest betaald. Dit betekent dat ook grief VII slaagt."[396]

De Hoge Raad casseert tegen de conclusie van A-G Van Peursem in.[397] De Hoge Raad overweegt dat op grond van art. 6:227 BW de verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar moeten zijn en dat de wetsgeschiedenis hierover heeft bepaald dat in de omstandigheden van het geval is begrepen wat de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen:

> "Volgens de T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 895-896, is daaraan voldaan wanneer de vaststelling van de verbintenissen naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden; die criteria kunnen een subjectief element inhouden omdat de nadere vaststelling aan een derde of aan een der partijen kan zijn opgedragen. Als dat laatste het geval is, moet die partij met inachtneming van wat door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd te werk gaan.
> In de M.v.A. II bij Titel 3.2, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1123, is hierover opgemerkt dat de in art. 6:227 BW neergelegde eis van bepaalbaarheid niet los gezien kan worden van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de obligatoire overeenkomst blijkens art. 6:248 BW mede wordt beheerst."[398]

Het hof had te strenge eisen gesteld aan de bepaalbaarheid van de korting op de afkoopsom. De hoogte van de afkoopsom met korting hoefde niet in de aanbiedingsbrief te staan indien die brief voldoende aanknopingspunten bevatte om de definitieve hoogte van de afkoopsom te berekenen:

> "Gelet op het voorgaande geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, doordat daarin te strenge eisen zijn gesteld aan de bepaalbaarheid van de korting op de afkoop-

396 Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4595, r.o. 3.11-3.12. Nadruk toegevoegd.
397 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, *NJ* 2016/239, *RCR* 2016/57 (*Amsterdam/erfpachter*) en Conclusie A-G Van Peursem, ECLI:NL:PHR:2016:23, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, *NJ* 2016/239 (*Amsterdam/erfpachter*).
398 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, r.o. 3.5.1.

som. Dat in de aanbiedingsbrief en de toelichting daarop niet is vermeld op welke wijze de korting ingevolge de ingroeiregeling moet worden berekend voor zover het de afkoopsom betreft, sluit immers niet uit dat de aanbiedingsbrief en toelichting daarvoor ook voor de wederpartij voldoende aanknopingspunten kunnen bevatten, bijvoorbeeld door bij het bepalen van de korting op de afkoopsom aan te sluiten bij de omvang van de korting op de jaarlijks verschuldigde canonbedragen. Bovendien wijst de Gemeente terecht erop dat zij in de aanbiedingsbrief heeft vermeld dat de korting waarop de ingroeiregeling recht geeft, niet in de in deze brief genoemde afkoopsom en canonbedragen is verwerkt maar pas zal worden verwerkt in de nota die de Gemeente te zijner tijd zal sturen; dat brengt, gelet op hetgeen hiervoor in 3.5.1 is overwogen, mee *dat zij de korting overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid dient te berekenen en conform het gemeentelijk besluit betreffende de ingroeiregeling* (vgl. ook HR 6 mei 1960, *NJ* 1961/366)."[399]

De Hoge Raad verwees de zaak ter beslissing naar het hof Den Haag waarvan geen beslissing bekend is. De vraag kan gesteld worden of het hof Den Haag niet vooral het gemeentelijk beleid zal toepassen en er daarbij vanuit zal gaan dat dat beleid in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid moet worden geacht. Daarmee zal de vraag of in casu is voldaan aan de eisen van redelijkheid en billijkheid niet of nauwelijks meer aan de orde komen.

Naar aanleiding van deze zaak kan de vraag gesteld worden wanneer precies sprake is van een aanbod. Indien een gemeente zijn erfpachtstelsel verandert van in beginsel uitsluitend erfpacht naar in beginsel uitsluitend verkoop van grond, dan wordt bij de overgangsregeling voor zittende erfpachters ook wel gesproken over conversie. Met conversie wordt dan bedoeld wijziging van het recht van erfpacht naar eigendom als gevolg van aankoop van de blote eigendom. In een Rotterdamse zaak lag de vraag voor of het aanbod van de gemeente zonder voorbehouden was gedaan zodat door aanvaarding daarvan de koopovereenkomst tot stand kwam of dat de later overhandigde verkoopvoorwaarden van toepassing waren.[400] De erfpachter aanvaardde het koopaanbod, maar maakte op grond van afd. 6.5.3 BW bezwaar tegen enkele verkoopvoorwaarden, inhoudende twee gebruikelijke verplichtingen, die in de daarna ontvangen concept-akte waren opgenomen. De rechtbank honoreerde die bezwaren omdat de erfpachter het aanbod als onvoorwaardelijk had mogen opvatten met als gevolg dat de gemeente de blote eigendom moest leveren zonder de gewraakte verplichtingen. Vergelijkbare vraagstukken kunnen zich voordoen bij uitgifte van een recht van erfpacht en bij conversie van een tijdelijk erfpachtrecht naar een voortdurend recht. Bij iedere van deze majeure wijzigingen in het gebruiksrecht met grote gevolgen voor de vermogenspositie van de erfpachter dient de erfverpachter zeer zorgvuldig te handelen en geen misverstanden te laten bestaan over de inhoud van de aan de vestiging of wijziging voorafgaande en ten grondslag liggende overeenkomst.

De bestemming van de onroerende zaak kan ook een rol spelen bij canonherziening. In een zaak over canonherziening bij het einde van een tijdvak leek de vraag centraal te staan naar welke bestemming een onroerende zaak moest wor-

399 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, r.o. 3.5.2. Nadruk toegevoegd.
400 Rb. Rotterdam 22 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV2810 (*erfpachter/Rotterdam*).

den gewaardeerd, maar ging het uiteindelijk om de invloed van vervreemdingsbeperkende bedingen uit de bijzondere erfpachtvoorwaarden op de waarde van het recht.[401] Die beperking was het gevolg van een voorwaarde die de gemeente had gesteld aan splitsing van het erfpachtrecht in appartementsrechten. Het perceel was in 1938 in voortdurende erfpacht uitgegeven, waarna op het perceel een complex met 102 woningen was gebouwd dat in 2004 werd gesplitst in appartementsrechten, onder toepassing van de AB 2000. Bij de appartementensplitsing werd conform het Amsterdamse beleid de bestemming van de woningen gewijzigd in 'koopwoningen, welke mogen worden verhuurd' en werd op de verhuurde appartementsrechten een vervreemdingsbeperking van toepassing ter bescherming van de zittende huurder. In 2010 deed de gemeente aan de erfpachter een aanbieding canonherziening einde tijdvak die door de erfpachter werd afgewezen, waarop conform de algemene erfpachtvoorwaarden drie deskundigen werden benoemd om de grondwaarde, de canonpercentages en de canon voor een nieuw tijdvak vast te stellen. De deskundigen constateerden dat de woningen werden verhuurd en stelden in hun taxatierapport twee grondwaarden en bijbehorende canons vast, één op basis van de bestemming koopwoning/eigen gebruik en één op basis van de bestemming huurwoning/in huur bij een derde. De laatste waarde kwam uit op de marktwaarde vrij van huur en gebruik verminderd met tien procent, rekening houdend met de verhuurde omstandigheden in relatie tot de bestemming 'koopwoning' en de daarmee samenhangende 'marktwaarde vrij van huur en gebruik'.[402] De gemeente nam de door de deskundigen vastgestelde waarde voor koopwoning/eigen gebruik over en ging in de aanzegging canonherziening uit van de daarbij behorende canons. De erfpachter stelde zich op het standpunt dat de waarde voor huurwoning/in huur bij derde moest worden toegepast, waarna partijen zonder resultaat onderhandelden over een oplossing. De procedure betrof één appartementsrecht, maar gold voor alle andere in gelijke mate.

De grondslag voor de herziene canon vormde de kern van het geschil. Was dit de bestemming conform de akte koopwoning/eigen gebruik dan wel de feitelijke bestemming huurwoning/in huur bij derde? De rechtbank oordeelde dat de deskundigen in hun taxatierapport het aan partijen hadden overgelaten om een keuze te maken voor een van de twee grondslagen. De gemeente als erfverpachter beriep zich op de bestemming van de onroerende zaak die volgens de vestigingsakte de

401 Rb. Amsterdam 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5650, *RVR* 2017/100 (*Amsterdam/Stichting Amsterdam Residences*).

402 Rb. Amsterdam 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5650, r.o. 2.10 bevat een citaat uit het taxatierapport.

bestemming 'woning' was.[403] De erfpachter deed echter een geslaagd beroep op de vervreemdingsbeperking die volgens de berekening van de deskundigen een waardevermindering van tien procent van het recht voor de erfpachter-belegger met zich bracht omdat de appartementen niet vrij verhandelbaar waren.[404] De rechtbank volgde de stelling van de erfpachter dat bij het bepalen van de grondwaarde rekening gehouden dient te worden met de vervreemdingsbeperkende bedingen opgenomen in de splitsingsakte die voortkomen uit het gemeentelijk beleid ten aanzien van de splitsing van erfpachtrechten in appartementsrechten. Deze voorwaarden beperken de groep van personen aan wie de erfpachter de appartementen kan verkopen. Daarmee vormt de bestaande verhuur van de appartementen geen geheel vrije keuze van de erfpachter zoals de gemeente betoogde. Bovendien dient op grond van art. 11 lid 3 sub c AB 2000 bij de bepaling van de grondwaarde te worden uitgegaan van de onderhandse verkoopwaarde van percelen en opstallen in verhuurde of gebruikte staat en dus niet van de opstal vrij van huur of gebruik door derden. De grondwaarden en canonbedragen volgens marktwaarde verminderd met tien procent dienen te worden toegepast bij de canonverhoging aan het begin van de volgende termijn van vijftig jaar. De gemeente dient de consequenties van haar eigen beleid te aanvaarden.

5.6.6 Amsterdam AB 1915/1934/1937: SEBA

Op 29 april 2016 wees de Hoge Raad arrest in de zogenoemde SEBA-zaak, de zaak aangespannen door een aantal erfpachters en de belangenorganisatie Stichting Erfpachters Belang Amsterdam (SEBA). In deze omvangrijke zaak over Amsterdamse erfpacht ging het primair om de rechtsgeldigheid van canonherziening bij het einde van een tijdvak, met name indien deze gepaard ging met canonexplosie.[405] De erfpachters en hun belangenorganisatie stelden vele juridische vragen bij het stelsel van voortdurende erfpacht zoals dat sinds 1915 in de gemeente Amsterdam werd toegepast. Daarbij kwamen toepassing en uitleg van de algemene erfpachtvoorwaarden uit de AB 1915, AB 1934 en AB 1937 aan de orde, de geldigheid van de deskundigenrapporten en de eenzijdige wijzigingsbe-

403 Rb. Amsterdam 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5650, r.o. 4.3: "De Gemeente stelt (…) dat in de oorspronkelijke erfpachtakte de bestemming van het perceel 'woning' was en dat bij de splitsing in appartementsrechten van het gebouwencomplex is overeengekomen de bestemming te wijzigen in 'koopwoningen, welke mogen worden verhuurd'. Ook in de akte van 18 maart 2016 waarbij de Stichting het erfpachtrecht van de 53 appartementsrechten in het gebouwencomplex Muzenhof verkreeg is die laatstgenoemde bestemming herhaald. In geen enkele akte is de bestemming of categorie 'huurwoning' opgenomen of genoemd. Verder bepalen de erfpachtvoorwaarden niet dat een lagere canon is verschuldigd bij feitelijke verhuur aan derden. De verhuur van een appartement valt onder het normale gebruik dat de erfpachter van de zaak mag maken, zonder dat dit tot een lagere canon leidt. Verhuur is een door de Stichting en haar rechtsvoorgangers zelf gekozen gebruik van de appartementen welke niet aan de Gemeente kan worden tegengeworpen. Als erfpachter betaalt de Stichting een vergoeding voor het gebruik dat zij van een zaak kan maken op grond van de erfpachtakte en niet op grond van het feitelijke gebruik dat zij zelf besluit van die zaak te maken. Met de taxatie op basis van de bestemming huurwoning zijn de deskundigen dan ook buiten hun opdracht getreden, aldus steeds de Gemeente."

404 Rb. Amsterdam 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5650, r.o. 4.5. Daar kwam bij dat uit de algemene erfpachtvoorwaarden volgde dat bij de bepaling van de grondwaarde moest worden uitgegaan van de onderhandse verkoopwaarde van percelen en opstallen in verhuurde of gebruikte staat.

405 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), na verwijzing Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*) en in cassatie op het arrest na verwijzing HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

voegdheid van de gemeente als erfverpachter. De zaak wierp een aantal onopgeloste kwesties op omtrent de uitleg van de wet, met name op het punt van de canon, zoals de vraag of de hoogte en de berekening van de aanvangscanon en de wijze van canonherziening bij einde tijdvak in de vestigingsakte moeten worden opgenomen of ook in algemene erfpachtvoorwaarden mogen staan, zoals behandeld in par. 5.3.6. De zaak leidde daardoor tot een nadere invulling van de toepassing van de algemene voorwaarden-regeling op erfpachtverhoudingen door vragen aan de orde te stellen zoals: behoort de canon tot de inhoud van het erfpachtrecht en zijn bepalingen over de canon kernbedingen?[406] Ook in geschil was de vraag of tussentijdse canonherziening bij bestemmingswijziging rechtsgeldig is, of de inzet van deskundigen ertoe mag leiden dat ingeval van een geschil de toegang tot de rechter in strijd met art. 6:236 sub n BW wordt belemmerd en of art. 5:85 lid 2 BW van toepassing is op rechten gevestigd voor 1992. Op deze plaats wordt met name het oordeel over de canonherzieningsbepalingen bestudeerd, andere aspecten van dit arrest komen elders in dit onderzoek aan de orde.

De erfpachters in deze zaak waren allen gerechtigd tot een voortdurend erfpachtrecht op een perceel dat eigendom was van de gemeente Amsterdam en onder toepassing van de AB 1915, de AB 1934 of de AB 1937 in de jaren dertig was uitgegeven met een eerste canontijdvak van 75 jaar. In alle gevallen had de erfverpachter bij het einde van het canontijdvak een aanbod gedaan voor een canonherziening voor een nieuw tijdvak van vijftig jaar, was de herziene canon vastgesteld door deskundigen en hadden de erfpachters de herziene canon, die vele malen hoger uitkwam dan de vaste canon van het eerste tijdvak, niet aanvaard en ook niet betaald. Hun protest richtte zich ook op het bij gelegenheid van het einde van het tijdvak van toepassing verklaren van de AB 2000. Deze algemene erfpachtvoorwaarden houden onder meer in dat de canon tussentijds zal worden aangepast aan de inflatie. De principiële vraag luidde of de erfverpachter binnen het kader van de rechtsverhouding zoals die in de jaren dertig werd gevestigd, bij het einde van het eerste tijdvak eenzijdig de inhoud van het recht mocht wijzigen als gevolg waarvan de erfverpachter hogere canoninkomsten zou verkrijgen, de last voor de erfpachter aanmerkelijk zou worden verzwaard en de waarde van zijn erfpachtrecht sterk zou verminderen. In de woorden van het hof Amsterdam vormde de kern van het betoog van de erfpachters:

> '(…) dat erfpachters na ommekomst van de termijn van 75 jaar worden geconfronteerd met een canon die zij bij de vestiging van hun erfpachtrechten niet hadden kunnen en hoeven voorzien en die niet objectief redelijk is, omdat de wijze waarop de canon volgens de diverse Algemene Bepalingen moet worden aangepast ondoorzichtig en onbepaalbaar is. Volgens SEBA c.s. kan aan de onduidelijkheid een eind worden gemaakt indien wordt vastgesteld dat de canon moet worden herzien aan de hand van de geldontwaarding.'[407]

406 De betekenis van dit arrest voor de toepassing van een richtlijnconforme uitleg van de algemene voorwaardenregeling op algemene erfpachtvoorwaarden werd nader onderzocht in hoofdstuk 3.

407 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.3.

De eerste hoofdvraag betreft de kenbaarheid en luidt of binnen de rechtsverhouding aan partijen bekend is dat een canonherziening tot een canonexplosie zal leiden. De tweede hoofdvraag betreft de eenzijdige bevoegdheid van de erfverpachter om de erfpachtvoorwaarden tijdens de looptijd van het recht te wijzigen. De rechterlijke colleges die over het geschil oordeelden waren het eens over de eerste hoofdvraag, maar oordeelden verschillend over de tweede hoofdvraag. Hieronder behandel ik deze rechtsvragen met vooraf een beschouwing over het toepasselijk recht.

5.6.6.1 Toepasselijk (overgangs)recht

De erfpachters deden een beroep op art. 5:85 lid 2 BW en stelden dat op grond van dit artikel de canon en alle bepalingen over canonherziening moeten worden opgenomen in de vestigingsakte. De erfverpachter betwistte niet alleen dat art. 5:85 lid 2 BW dit meebrengt, maar ook dat deze bepaling op deze erfpachtrechten van toepassing is.[408] De erfpachtrechten waren gevestigd in de jaren dertig toen het OBW van kracht was, kenden geen einddatum en vielen daarmee op 1 januari 1992 onder het overgangsrecht. Het uitgangspunt van de Overgangswet NBW is onmiddellijke werking, wat inhoudt dat titel 5.7 BW van rechtswege van toepassing wordt op rechtsverhoudingen die op 1 januari 1992 reeds bestaan, tenzij uit de Overgangswet volgt dat het oude recht van toepassing blijft.[409] De toepassing van de nieuwe regels geldt voor het vervolg, dus voor situaties die zich vanaf 1 januari 1992 zullen voordoen.

In het kader van de vraag of bepalingen over canonherziening in de vestigingsakte moeten staan oordeelde de rechtbank dat art. 5:85 lid 2 BW niet op de onderhavige rechten van toepassing was en dat onder het oude recht geen verplichting bestond de bepaling inzake canonherziening in de vestigingsakte op te nemen. Zou art. 5:85 lid 2 BW wel van toepassing zijn op deze rechten dan vereiste deze bepaling dat de hoogte van de canon in de vestigingsakte diende te worden opgenomen, over canonherziening was niets geregeld.[410] Ook het hof was van oordeel dat art. 5:85 lid 2 BW in dit geval niet van toepassing was, maar grondde dat op het overgangsrecht over het behoud van een vermogensrecht voor de erfverpachter:

> "Het door SEBA c.s. aangehaalde artikel 5:85 lid 2 BW is in 1992 ingevoerd. Ingevolge artikel 68a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow) heeft dat artikel directe werking tenzij iemand daardoor een vermogensrecht verliest dat hij onder het oude recht had verkregen, aldus artikel 69a Ow. Dat geval doet zich hier voor, omdat de Gemeente op grond van de vestigingsakte niet alleen een vordering met betrekking tot de aanvankelijk overeengekomen canon heeft verkregen maar ook, na ommekomst van de termijn van 75 jaar, een vordering met betrekking tot de nieuw bepaalde canon. De eerste grief stuit daarop af."[411]

408 Zie voor de uitleg van art. 5:85 lid 2 BW in deze zin par. 5.3.6 over de vindplaats van canonherzieningsbepalingen. Hier behandel ik de vraag welk recht van toepassing is.
409 PG Overgangsrecht BW, art. 68a, p. 35 en p. 10-12.
410 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.2.
411 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.4.

Het overgangsrecht strekt ertoe te bewerkstelligen dat geen rechten verloren gaan door de inwerkingtreding van het nieuwe burgerlijk wetboek, een uitwerking van het beginsel van eerbiediging van verkregen rechten.[412] Bedoeld vorderingsrecht van de erfverpachter was in dit geval het recht om bij het einde van het tijdvak in 2007 of 2010 de canon te herzien en die hogere canon in rekening te brengen voor de volgende vijftig jaar. Dit recht berustte op art. 6 van de algemene erfpachtvoorwaarden waarnaar in de vestigingsakte werd verwezen en die ook na 1 januari 1992 op het recht van toepassing bleven. Mij lijkt dat de bepalingen van titel 5.7 BW niet aan de toepassing van die bevoegdheid in de weg staan en dat voor het behoud van dit recht art. 5:85 lid 2 BW niet in zijn geheel buiten toepassing hoeft te blijven. Voor de vraag naar de bevoegdheid tot canonherziening bij einde tijdvak is art. 5:85 lid 2 BW niet relevant omdat het een bevoegdheid krachtens de algemene erfpachtvoorwaarden is. De toepassing van die voorwaarden in 2007 of 2010 kan worden getoetst aan het op dat moment geldende recht. In de redenering van het hof wordt een koppeling aangebracht tussen de bij aanvang afgesproken bevoegdheid van de erfverpachter de canon bij einde tijdvak te herzien en het daaruit volgende en 75 jaar later uitgeoefende kwalitatieve vorderingsrecht van de erfverpachter met de corresponderende kwalitatieve verbintenis tot canonbetaling voor de erfpachter. Nodig is dit niet, als de bevoegdheid tot canonherziening volgt uit de erfpachtvoorwaarden is daarmee het vorderingsrecht gegeven en staat het overgangsrecht daaraan niet in de weg.

Het hof oordeelde dat in het midden kon blijven of art. 5:85 lid 2 BW vereiste dat de wijze waarop de canon zou worden gewijzigd in de vestigingsakte moest worden opgenomen, maar dat is nog maar de vraag. Als het nieuwe art. 5:85 lid 2 BW inderdaad zou meebrengen dat alle bepalingen over de canon en de herziening daarvan in de vestigingsakte moeten worden opgenomen, dan zou directe toepassing van deze bepaling op bestaande rechten leiden tot het verlies van een vermogensrecht voor de erfverpachter en dient de bepaling op grond van het overgangsrecht buiten toepassing te blijven. Als art. 5:85 lid 2 BW alleen vereist dat de hoogte van de (aanvangs)canon in de vestigingsakte moet worden opgenomen en niets bepaalt over canonherziening of uitsluitend het formele aspect regelt dat de herziene canon in een wijzigingsakte moet worden opgenomen, dan zal toepassing van deze bepaling niet leiden tot vermogensverlies. Hangt de toepassing van art. 5:85 lid 2 BW op bestaande rechten af van de uitleg van dit wetsartikel? Het oordeel van het hof geeft daarover juist geen uitsluitsel, maar lijkt impliciet, namelijk door het in het midden te laten, het oordeel te bevatten dat op grond van art. 5:85 lid 2 BW niet alleen de aanvangscanon, maar ook de canonherziening in de vestigingsakte dient te zijn opgenomen.

De Hoge Raad beslechtte de discussie over de toepassing van art. 5:85 lid 2 BW op voortdurende erfpachtrechten gevestigd in de jaren dertig door een oordeel te geven over de vraag waar de bepalingen over de canon moeten worden vastgelegd. De Hoge Raad ziet geen verschil tussen OBW en NBW op dit punt. De canon dient altijd in de vestigingsakte van het erfpachtrecht te worden opgenomen en de bepalingen over canonherziening mogen in de ingeschreven algemene

412 PG Overgangsrecht BW, p. 38.

erfpachtvoorwaarden staan waarnaar in de vestigingsakte wordt verwezen.[413] Daarmee is de discussie over de reikwijdte van art. 5:85 lid 2 BW beslecht voor zover het de canonherzieningsbepalingen betreft. Maar al had art. 5:85 lid 2 BW vereisten voor een rechtsgeldige vestiging van een erfpachtrecht gesteld die in art. 767 OBW niet werden gesteld, dan waren deze eisen op 1 januari 1992 niet van toepassing geworden op bestaande rechten die onder de oude bepalingen rechtsgeldig gevestigd waren. Die vestiging kan immers niet meer ongedaan worden gemaakt of met terugwerkende kracht ongeldig verklaard. Bepalingen die voor de toekomst werken, zoals de opzegging van een bestaand recht, het recht op een opstalvergoeding of de bevoegdheid een vervangende machtiging ex art. 5:91 lid 4 BW te verzoeken, zijn vanaf 1 januari 1992 op bestaande rechten van toepassing voor zover de Overgangswet niet anders bepaalt.

5.6.6.2 Bepaaldheid canon na herziening

Het is een beginsel van goederenrecht dat de rechten en verplichtingen verbonden aan een beperkt recht voor betrokkenen en voor derden kenbaar dienen te zijn door inschrijving in de openbare registers van de notariële akte waarin de vestiging of wijziging van het recht is vastgelegd. In beginsel dient een canon die bij overdracht wijzigt voldoende bepaalbaar te zijn voor de opvolgend erfpachter.[414]

In de SEBA-zaak kon aan de hand van de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden niet worden afgeleid op welk bedrag de herziene canon door deskundigen zou worden vastgesteld. De erfpachters gingen voor verschillende ankers liggen om hun stelling te verdedigen dat de erfverpachter niet bevoegd was tot canonherziening. Zij beriepen zich er onder meer op dat de herzieningsbepaling uit de algemene erfpachtvoorwaarden onvoldoende bepaald was in de zin van art. 3:84 lid 2 BW.[415] Met het beroep op art. 3:84 lid 2 BW stelden de erfpachters dat de titel die ten grondslag lag aan de vestigingsakte onvoldoende gegevens bevatte om de hoogte van de canon na herziening, die onderdeel uitmaakte van de titel, uit af te leiden en daarmee onvoldoende bepaald was en dus nietig.[416]

Art. 3:84 lid 2 BW vereist: ‘bij de titel [van overdracht] moet het goed met voldoende bepaaldheid omschreven zijn’. Op grond van art. 3:98 BW geldt dit vereiste ook voor de vestiging van erfpachtrechten: ‘bij de titel [van vestiging] moet het goed met voldoende bepaaldheid omschreven zijn’. Interessant is de vraag

413 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.1.3: “Zowel onder art. 767 (oud) BW als onder art. 5:85 lid 2 BW is (in elk geval) voldoende dat, zoals in dit geval is gebeurd, de canon die bij de aanvang van de erfpacht geldt, is opgenomen in de erfpachtakte en dat die akte verwijst naar in de openbare registers ingeschreven algemene voorwaarden waarin een bepaling omtrent de herziening van de canon is opgenomen.” Zie ook de bespreking in par. 5.3.6.

414 Bijvoorbeeld Hof Den Bosch 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:199 (*Alliance c.s./NS*), r.o. 4.9: “Het hof is met Alliance c.s. van oordeel dat indien de (opvolgende) erfpachter de verplichting heeft een canon te betalen, deze voldoende bepaalbaar moet zijn. Dit betekent echter niet dat het feit dat in de akte niet is vastgelegd op welke wijze de canon bij overdracht van het recht van erfpacht wordt berekend, leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van de betreffende bepaling.”

415 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 3.1.3 (vordering I.b).

416 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.3.

wat bij de vestiging van een beperkt recht onder de 'titel' en het 'goed' in de zin van art. 3:84 lid 2 BW moet worden verstaan. De erfpachters beschouwden de inhoud van het erfpachtrecht, het voorwerp van de overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht, als het goed en de overeenkomst zelf als de titel. De erfverpachter stelde echter dat het goed de onroerende zaak betrof waarop het erfpachtrecht werd gevestigd en dat aan het bepaaldheidsvereiste was voldaan door in de vestigingsakte de kadastrale aanduiding van de percelen op te nemen.[417] De rechtbank oordeelde dat de titel in art. 3:84 lid 2 BW verwijst naar de rechtsverhouding die aan de vestiging ten grondslag ligt en die in dit geval bestond uit de overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht gesloten tussen de eerste erfpachter en de gemeente, met als het goed het erfpachtrecht in de zin van het afgesproken gebruiksrecht met als tegenprestatie de canon. Ondanks dat de rechtbank het erfpachtrecht opvatte als het goed in de zin van art. 3:84 lid 2 BW, oordeelde zij dat aan het bepaaldheidsvereiste was voldaan door in de vestigingsakten de percelen, dus de onroerende zaken waarop het erfpachtrecht werd gevestigd, met voldoende bepaaldheid te omschrijven.[418]

Het hof kwam niet toe aan de vraag wat moet worden verstaan onder de titel of het goed in de zin van art. 3:84 lid 2 BW omdat het van oordeel was dat ten tijde van de vestiging art. 767 OBW van toepassing was op de vestiging van deze rechten, deze bepaling op grond van art. 79 Overgangswet NBW ten aanzien van deze rechten nog steeds van kracht was, en art. 767 OBW niet de eis stelde van voldoende bepaaldheid van de titel.[419] A-G Wissink bespreekt in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad eerst de eis van art. 6:227 BW dat verbintenissen voldoende bepaalbaar moeten zijn, en stelt daarna dat onduidelijk is wat de eis van bepaaldheid daar nog aan toevoegt. Art. 3:84 lid 2 BW vereist volgens rechtspraak en literatuur dat bij de levering het goed met voldoende bepaaldheid moet zijn omschreven. Dit wordt de specialiteitseis of individualiseringseis genoemd en deze eis werd onder het oude recht ook al gesteld.[420] Dit vereiste brengt mee dat uit de openbare registers duidelijk moet zijn op welke onroerende zaak welk beperkt recht is gevestigd.[421] In die zin dient in de leveringsakte zowel de onroerende zaak met voldoende bepaaldheid te zijn omschreven als het erfpachtrecht dat op die zaak wordt gevestigd, een dubbele bepaaldheidseis dus. Dit is een belangrijk standpunt dat ik onderschrijf, maar dat in de literatuur voor zover mij bekend niet eerder is ingenomen. Doorgaans wordt de betekenis het begrip

417 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.4.

418 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.5: "De rechtbank volgt dit betoog van de Gemeente. Artikel 3:84 lid 2 en artikel 3:98 BW bepalen dat bij de titel het goed dat wordt overgedragen dan wel waarop het beperkte recht wordt gevestigd, voldoende bepaald is omschreven. *De titel als in dit artikellid bedoeld betreft naar het oordeel van de rechtbank de rechtsverhouding die aan de overdracht dan wel de vestiging van een beperkt recht ten grondslag ligt, in het onderhavige geval de erfpachtovereenkomst tussen de Gemeente en de eerste erfpachter. Het goed is het erfpachtrecht en de canon is de tegenprestatie*. Artikel 6 van de AB-en levert derhalve geen strijd op met artikel 3:84 lid 2 BW. Nu in de verschillende akten van vestiging de respectieve percelen met voldoende bepaaldheid zijn omschreven, is voldaan aan het vereiste van voornoemd artikel(-lid)." Nadruk toegevoegd.

419 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.5.1. Art. 639 OBW eiste voor overdracht van eigendom een 'regtstitel van eigendoms-overgang', die voor de levering van een onroerende zaak krachtens art. 671 OBW moest worden overgeschreven in de openbare registers. Wat onder het OBW precies moest worden verstaan onder de zakelijke overeenkomst en de rechtstitel, was onduidelijk, zie de uitvoerige beschouwing over de verschillende opvattingen in Asser/Beekhuis 1957, p. 148-174.

420 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 5.26.2.

421 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 5.27.

'titel' in art. 3:84 lid 2 BW beperkt opgevat als 'levering', anders dan het begrip 'titel' in art. 3:84 lid 1 BW dat ruimer wordt opgevat als 'causa', de rechtsgrond die ten grondslag ligt aan een overdracht en deze rechtvaardigt.[422] Uit art. 24 Kadw is niet meer af te leiden dan dat in de akte van vestiging van een erfpachtrecht de titel op grond waarvan de vestiging plaatsvindt en de wettelijke benaming van het te vestigen recht moeten zijn opgenomen. In veel gevallen is de wettelijke benaming van een beperkt recht een voldoende indicatie van de inhoud van dat recht, maar bij erfpacht is dat niet het geval omdat onder die benaming zowel een zeer beperkt als een alomvattend gebruiksrecht gevestigd kunnen worden zodat met de loutere aanduiding 'recht van erfpacht' nog geen idee van de inhoud wordt gegeven. Het wettelijk stelsel onderschrijft de lezing van de beschikkingshandeling vestiging van een beperkt recht van erfpacht waarbij 'het goed' in art. 3:84 lid 2 BW moet worden opgevat als 'de onroerende zaak waarop het beperkt recht wordt gevestigd,' aangevuld met de benaming van het recht dat wordt gevestigd. Aan dit bepaaldheidsvereiste bij vestiging van een erfpachtrecht is dan voldaan door art. 20 en 24 Kadw toe te passen. Voor de inhoud van het recht gelden de meer specifieke bepalingen van titel 5.7 BW, waarvan een aantal uitdrukkelijk vermeldt dat een bepaald aspect in de vestigingsakte moet worden opgenomen. Ten aanzien van 'het goed' in de zin van art. 3:84 lid 2 BW geldt bij de vestiging en overdracht van een beperkt recht op een onroerende zaak een dubbele bepaaldheidseis die inhoudt dat in de akte van vestiging dan wel in de daaraan ten grondslag liggende rechtsverhouding, als zijnde de titel van overdracht of vestiging, zowel de onroerende zaak waarop het beperkt recht is gevestigd moet worden vermeld als de identiteit van het beperkte recht. Wanneer hieraan niet wordt voldaan is de vestiging of overdracht ongeldig. Vermelding van de inhoud van het beperkt recht in de akte van vestiging, zoals de duur van het recht, de canon en de overige gebruiksbeperkingen en verplichtingen, vloeit voort uit de bepalingen van titel 5.7 BW en niet uit de vereisten voor vestiging of overdracht uit art. 3:84 BW. Wanneer aan de titel 5.7 BW-vereisten niet wordt voldaan kan (partiële) nietigheid van de bewuste bepaling worden aangenomen, maar is de vestiging of overdracht als geheel wel geldig. Het verdient aanbeveling de regeling aan te passen en duidelijk te omschrijven wanneer aan de dubbele bepaaldheidseis bij vestiging of overdracht van beperkte rechten is voldaan.

Met deze constatering zijn we terug bij de vraag tot in hoeverre de inhoud van het erfpachtrecht in de vestigingsakte moet worden opgenomen en dat betreft naar de mening van A-G Wissink niet de gehele inhoud van het recht, ook niet de omvang van de canon na herziening:

> "De door art. 3:89 BW vereiste "nauwkeurige vermelding van de titel" beoogt dat derden over gegevens kunnen beschikken om te beoordelen of de rechtsovergang geldig tot stand is gekomen. Zij betreft onder meer bedingen, die meebrengen dat de overdracht aan een voorwaarde is onderworpen. Tot de nauwkeurige vermelding van de titel behoort niet de vermelding van de koopprijs. (…) Uit art. 3:84 lid 2 kan niet worden afgeleid dat de eis van bepaaldheid zou mee-

422 Van Es, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:84, aant. 2.2.1: 'De betekenis van het begrip titel in art. 3:84 lid 2 BW' (online, bijgewerkt 15 februari 2018).

> brengen dat de inhoud van het erfpachtrecht op het punt van de canonherziening aan de hand van in de akte vermelde objectieve gegevens zou moeten worden bepaald."[423]

Het volgt evenmin uit de aard van het beperkt recht van erfpacht dat de inhoud van de in de toekomst verschuldigde canon reeds moet kunnen worden bepaald aan de hand van in de akte respectievelijk de algemene erfpachtvoorwaarden opgenomen maatstaven. Onzekerheid over toekomstige financiële verplichtingen is een terecht bezwaar van de erfpachters, maar naar het huidige Nederlandse registergoederenrecht niet in strijd met het wezen van het erfpachtrecht, aldus de A-G.[424] De Hoge Raad wees het beroep op het bepaalbaarheidsvereiste op grond van art. 6:227 BW af. De bepaling uit de algemene erfpachtvoorwaarden dat de canon zal worden herzien door deskundigen is een voldoende bepaalbare verbintenis tussen partijen:

> "De eis van bepaalbaarheid van art. 1356 en 1369 (oud) BW en art. 6:227 BW heeft betrekking op de verbintenissen van partijen. Aan dit vereiste is voldaan als aan de hand van de inhoud van de overeenkomst de inhoud van de verbintenis kan worden bepaald dan wel de overeenkomst een procedure bevat waarlangs dit laatste kan plaatsvinden, zoals een nadere vaststelling van de inhoud van de verbintenis door een derde (vgl. onder meer de T.M. bij art. 6:227 BW, Parl. Gesch. Boek 6, p. 896). Een bepaling zoals de onderhavige, strekkend tot herziening van de canon door deskundigen overeenkomstig art. 7:900 BW, voldoet aan dit vereiste, ook al zijn daarin geen concrete criteria genoemd voor die herziening. Het beroep van Seba c.s. op het bepaalbaarheidsvereiste is dus ongegrond."[425]

De Hoge Raad komt daarmee niet toe aan het bepaaldheidsvereiste van art. 3:84 lid 2 BW, maar onderschrijft in een opvallende overweging wel de uitleg van de rechtbank van de wijze waarop de deskundigen de canon bij herziening dienen te bepalen:

> "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."[426]

Dat de deskundigen de herziene canon op basis van de actuele marktwaarde van de grond dienen te bepalen is een opvallende constatering en een extensieve uitleg van de algemene erfpachtvoorwaarden die daar geen bepaling over bevatten, althans uit de verwijzing naar de bij het begin van een nieuw tijdvak van toepassing verklaarde nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden kan in het algemeen geen

423 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 5.27 en 5.29.
424 Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 5.31.1-5.32.
425 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.2.2.
426 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.2.3. Nadruk toegevoegd.

canongrondslag worden afgeleid.[427] In casu zullen de AB 2000 van toepassing worden volgens welke de canon wordt berekend op basis van onder meer de grondwaarde,[428] maar dat is niet waarop de rechtbank doelt. De rechtbank heeft in genoemde rechtsoverwegingen juist vastgesteld dat de nieuwe canon geheel zelfstandig door deskundigen wordt vastgesteld en dat partijen geen uitgangspunten en rekenmethoden kunnen voorschrijven. Dat de deskundigen in hun, bij deze uitspraak overigens vernietigde, taxatierapporten de actuele grondwaarde tot uitgangspunt hebben genomen wordt vervolgens door de rechtbank veralgemeniseerd in een aanname over de bedoeling van de partijen bij vestiging:

> "Het ligt veel meer voor de hand om aan te nemen dat de bedoeling van de aanwijzing van de deskundigen was dat zij – onafhankelijk van de Gemeente – ter bepaling van de herziene canon (onder meer) de actuele waarde van de grond na afloop van de eerste erfpachttermijn zouden vaststellen."[429]

En die aanname krijgt via de hierboven geciteerde passage uit het arrest van de Hoge Raad het karakter van een gebruikelijke praktijk, nog versterkt door herhaling ervan in het oordeel van het hof na verwijzing.[430] Die praktijk moge heden ten dage gebruikelijk zijn, maar dat wil niet zeggen dat over die praktijk consensus bestaat, het is niet wat in deze zaak door partijen wordt betoogd of gevorderd en het volgt ook niet uit een objectieve uitleg van de algemene erfpachtvoorwaarden uit 1915, 1934 of 1937. Uit het arrest van het hof kan bovendien geen bevestiging van de aanname worden afgeleid; het hof weigert in de genoemde rechtsoverweging juist aan het verzoek van de erfpachters te voldoen om een richtlijn te geven voor de vaststelling van toekomstige erfpachtcanons.[431]

Uit de in de openbare registers ingeschreven akten hoeft dus niet in detail te blijken op welke wijze de canon aan het begin van een nieuw tijdvak zal worden herzien; de hoogte van de canon bij herziening als inhoud van het erfpachtrecht hoeft niet bepaalbaar te zijn.[432] Het is voldoende als de bevoegdheid van de erfverpachter tot een toekomstige herziening van de canon blijkt, niet nodig is dat

427 Art. 6 lid 2 AB 1915: 'De herziening der pachtsommen geschiedt door deskundigen, welke daarbij rekening zullen houden met de wijziging der bepalingen, opgenomen in de kennisgeving, bedoeld in het 3e lid van art. 5 [de kennisgeving van de wijzigingen in de bepalingen, welke gedurende den volgenden termijn van kracht zullen worden, de AB],' geciteerd in Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 2.6.

428 Art. 5 lid 1 AB 2000 Amsterdam: "De canon bij uitgifte wordt berekend naar een percentage van de grondwaarde." Hetzelfde geldt bij herziening onder toepassing van de AB 2000, art. 11 lid 2: "Bij de aanvang van een nieuw tijdvak vindt herziening van de canon plaats. De canon wordt door de Gemeente vastgesteld op basis van een opnieuw berekende grondwaarde en de canonpercentages, geldende in het desbetreffende kwartaal van het jaar van kennisgeving (…)."

429 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.18.

430 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.7: "Ook staat tussen partijen vast (…) dat deskundigen aan de hand van de actuele (markt)waarde van de grond op redelijke gronden tot de herziene canon dienen te komen (arrest Hoge Raad onder 4.2.3)." Vgl. de conclusie van A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2018:1233, bij HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371, par. 2.7.2-3 dat de Hoge Raad in r.o. 4.2.3 niet meer beoogt dan de (door partijen in cassatie niet bestreden) overwegingen van rechtbank en hof samen te vatten. De passage moet niet gelezen worden als een eigen vaststelling van de Hoge Raad over de betekenis van de deskundigen-bepalingen in de algemene erfpachtvoorwaarden.

431 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.7.1.

432 Het hof Den Haag dat na verwijzing over het hoger beroep oordeelde was van mening dat de Hoge Raad het argument van de erfpachters dat de canon na de eerste termijn onvoldoende bepaalbaar is ongegrond had bevonden en dat de vraag daarmee was afgedaan, Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.4.

tevens de wijze waarop van die bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt bij vestiging wordt vastgelegd. Het argument dat de aard van het erfpachtrecht niet meebrengt dat de in de toekomst verschuldigde canon aan de hand van de vestigingsakte en/of algemene erfpachtvoorwaarden moet kunnen worden bepaald is, gezien de lange duur van de rechtsverhouding, in het belang van de erfverpachter. Een groeiend aantal erfpachters en financiers is het niet eens met de onbepaaldheid van de toekomstige canonverplichting in het geval van voortdurende erfpachtrechten.

5.6.6.3 Eenzijdige wijziging algemene erfpachtvoorwaarden

Zoals gezien in hoofdstuk 3 staat niet ter discussie dat de regeling van afdeling 6.5.3 BW van toepassing is op algemene erfpachtvoorwaarden. Ook in de SEBA-zaak werden de algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam opgevat als algemene voorwaarden in de zin van art. 6:231 BW waarop op grond van art. 191 lid 2 Overgangswet NBW afdeling 6.5.3 BW sinds 1 januari 1993 van toepassing is. In afwijking van art. 79 Overgangswet NBW kunnen bepalingen uit algemene voorwaarden die voor 1993 zijn opgesteld onder het nieuwe recht worden vernietigd.[433] De erfpachters hadden vernietiging gevorderd van een groot aantal bedingen uit de algemene erfpachtvoorwaarden. De bepaling die de erfverpachter het recht geeft de algemene erfpachtvoorwaarden eenzijdig te wijzigen wordt hieronder besproken. Een aantal op art. 3:305a BW gebaseerde vorderingen werd door de Hoge Raad verwezen voor nadere behandeling en beslissing naar het hof Den Haag.[434]

De tweede hoofdvraag die de erfpachters in dit geding aan de orde stelden betreft de bevoegdheid van de erfverpachter om bij het einde van een tijdvak nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden op het recht van toepassing te verklaren en zodoende eenzijdig de voorwaarden waaronder het recht was uitgegeven, en daarmee de inhoud van het recht, te wijzigen. Op grond van die nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden zou de canon bij herziening sterk stijgen. Een dergelijk eenzijdig wijzigingsbeding was met identieke bewoordingen opgenomen in art. 5 van de AB 1915 en in art. 6 van de AB 1934 en de AB 1937 en deze bepalingen waren naar het standpunt van de erfpachters onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW en daarmee vernietigbaar. Als grondslag voerden zij aan art. 6:237 sub c BW, over een beding dat de gebruiker de bevoegdheid verleent een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt, en onderdeel j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG over eenzijdige wijzigingsbedingen in algemene voorwaarden.[435] Hier bespreek ik kort het oordeel van de vier rechterlijke colleges die over de zaak oordeelden. De rechtbank was

433 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.

434 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 4.6.3. Zie ook Conclusie A-G Wissink, ECLI:NL:PHR:2016:3, bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, par. 9.7.1-9.7.3 voor een nadere aanduiding om welke vorderingen van SEBA dit gaat. De toetsing van deze bedingen door het hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 is besproken in par. 3.4.7.

435 Het eenzijdig wijzigingsbeding is in hoofdstuk 3 al veelvuldig aan de orde gekomen, met als conclusie dat dit beding tot nu toe alle rechterlijke toetsingen heeft doorstaan, mits toegepast door overheidsorganisaties als erfverpachter, maar dat het een toetsing aan het transparantiegebod van art. 5 Richtlijn 93/13/EEG vermoedelijk niet zal doorstaan.

van oordeel dat art. 6:237 sub c BW in dit geval niet van toepassing is omdat een wijziging van de algemene erfpachtvoorwaarden niet meebrengt dat de te verschaffen prestatie wezenlijk afwijkt van de toegezegde prestatie, namelijk het in gebruik geven van de onroerende zaak aan de erfpachter.[436] De substantiële verhoging van de canon maakte dat niet anders.[437]

Het hof Amsterdam voerde een ambtshalve toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG uit en vernietigde het beding wegens strijd met het bepaalde onder sub j van de indicatieve lijst:

> "De kern van de prestatie die een erf[ver]pachter dient te leveren is het verschaffen van het gebruik van de overeengekomen zaak, de erfpachter dient daartegenover indien bedongen een canon te betalen. De hoogte van de canon kan niet eenzijdig door de Gemeente [worden] gewijzigd maar wordt overeenkomstig de Algemene Bepalingen gewijzigd op de wijze als onder 2.6.1 aan de orde is geweest. In zover slaagt het beroep van SEBA c.s. niet. *Wel ziet het hof aanleiding om ambtshalve de mogelijkheid tot eenzijdige wijziging als voorzien in lid 1 van artikel 5 of 6 van AB15, AB34 en AB37 te vernietigen, omdat deze mogelijkheid strijdig is met het bepaalde onder sub j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG*. De verkoper, waaronder in dezen te begrijpen is de erfverpachter, is in de Algemene Bepalingen immers gemachtigd de voorwaarden van een door haar gesloten erfpachtovereenkomst te wijzigen zonder dat de overeenkomst daarvoor een geldige reden tot uitdrukking brengt. Dat beding, waarover niet is onderhandeld, *is oneerlijk omdat daardoor het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen aanzienlijk wordt verstoord ten nadele van de consument*. Deze heeft immers geen enkele inbreng bij eventueel nieuw in te voeren bepalingen terwijl de overeenkomsten ook geen toetsingskader daarvoor geven."[438]

De erfverpachter kan op grond van de algemene erfpachtvoorwaarden de hoogte van de canon niet op ieder moment naar willekeur wijzigen, maar hij heeft wel de bevoegdheid bedongen om bij het einde van een tijdvak eenzijdig de erfpachtvoorwaarden, en daarmee de hoogte van de canon, te wijzigen zonder dat daar in de erfpachtvoorwaarden een geldige reden voor is aangegeven. Dit eenzijdig wijzigingsbeding in algemene voorwaarden is naar het oordeel van het hof een oneerlijk beding in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Deze ambtshalve vernietiging past in de jurisprudentie over ambtshalve vernietiging van oneerlijke bedingen in algemene voorwaarden.[439] Het was wel de eerste keer dat een eenzijdig wijzigingsbeding in algemene erfpachtvoorwaarden wordt vernietigd, en dan nog wel een beding dat voorkomt in algemene erfpachtvoorwaarden ingevoerd in 1915, 1934 en 1937 en van toepassing verklaard bij vestiging van erfpachtrechten in de

436 In dezelfde zin de conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069, par. 3.27 waarin het beroep van de opstalhouders op art. 6:237 sub c BW uitgelegd in het licht van art. k van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG wordt afgewezen omdat wijziging van de retributie niet kan worden opgevat als een geheel andere prestatie van de grondeigenaar: "Deze bepaling [art. 6:237 sub c BW] ziet op eenzijdige wijziging van de prestatie van de *gebruiker*: levering van een andere of kwalitatief mindere zaak dan was overeengekomen, wijziging van het reisdoel of wijziging van verzekeringsdekking. De ratio van deze bepaling is dat de wederpartij als gevolg van het beding moet betalen voor een mindere of andere prestatie dan toegezegd. De retributieverplichting van de opstalhouder is echter geen prestatie van de gebruiker." Nadruk in origineel.

437 Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167, r.o. 4.28. De rechtbank kwam daarna niet toe aan het beroep op Richtlijn 93/13/EEG.

438 Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903, r.o. 2.6.2. Nadruk toegevoegd.

439 Zie onder meer Everaars 2015b en Hartkamp 2013.

jaren dertig. Niet zozeer de eenzijdige wijziging van de erfpachtvoorwaarden op zich vormt het probleem als wel dat er, ten eerste, in de algemene voorwaarden geen geldige reden voor die eenzijdige wijzigingsbevoegdheid wordt gegeven, dat ten tweede het gevolg van de toepassing van dit beding is dat het evenwicht tussen de uit het erfpachtrecht voortvloeiende rechten en plichten aanzienlijk wordt verstoord ten nadele van de erfpachter en ten slotte dat de algemene voorwaarden geen toetsingskader bieden voor de te wijzigen bepalingen. Het oordeel sluit aan bij het vierde criterium dat de banken hebben opgesteld voor de toetsing van particuliere erfpacht:

> "De akte van uitgifte mag niet bepalen dat de bloot eigenaar het recht heeft om eenzijdig erfpachtvoorwaarden te wijzigen die van materiële invloed zijn op de waarde van het erfpachtrecht."[440]

De materiële invloed van canonverhoging bestaat uit vermindering van de waarde van het erfpachtrecht. Van de overwegingen acht ik vooral opvallend het Europeesrechtelijke criterium dat tussen de rechten en verplichtingen die voor partijen uit het erfpachtrecht voortvloeien een evenwicht dient te bestaan. Bedingen die dat evenwicht aanzienlijk verstoren door eenzijdig de waarde van het vermogensrecht van een der partijen te wijzigen moeten buiten toepassing blijven. Daarmee wordt niet aangegeven dat bij aanvang van het recht een objectief te bepalen evenwicht tussen rechten en verplichtingen dient te bestaan, maar wel dat het evenwicht tussen die overeengekomen rechten en verplichtingen op een later moment niet eenzijdig door een der partijen mag worden verstoord. Dit Europeesrechtelijk criterium afkomstig uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie over Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten geldt vooralsnog alleen in consumentenovereenkomsten en draagt bij aan de emancipatie en bescherming van de particulier als erfpachter van een recht met een woonbestemming. Het oordeel van het hof Amsterdam sluit naar mijn mening ook aan bij het algemeen rechtsgevoelen. De bevoegdheid nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden van toepassing te verklaren is immers bedongen in een tijd dat de erfverpachter het nog echt voor het zeggen had en vrijelijk kon bepalen dat na 75 of 50 jaar de voorwaarden aan de eisen van de tijd kunnen worden aangepast en welke aanpassingen dan nodig zijn. Die aanpassing na een lange periode die door geen der partijen volledig kan worden overzien brengt in de praktijk mee dat de erfverpachter vrijelijk een andere methode van canonbepaling kan invoeren als gevolg waarvan de canon explosief kan stijgen, precies het bezwaar van de erfpachters in deze zaak. Daarmee raakt de vernietiging van dit beding de kern van het onderhavige geschil.

De vernietiging hield echter geen stand in cassatie. De Hoge Raad honoreerde het verjaringsverweer van de gemeente als erfverpachter en oordeelde dat Richtlijn 93/13/EEG niet van toepassing is op rechten die gevestigd zijn voor 1 janua-

---

440 NVB, Criteria voor de financierbaarheid van erfpachtrechten gevestigd vóór 1-4-2012, p. 3. In de toelichting op p. 11 wordt gespecificeerd dat canonherzieningsbepalingen erfpachtvoorwaarden zijn die een materiële invloed hebben op de waarde van het erfpachtrecht: '(…) bepalingen over de hoogte van de canon, de aanpassing van de canon, de voorwaarden voor beëindiging, de vergoeding bij beëindiging en de voorwaarden voor wijziging van de erfpachtvoorwaarden.'

ri 1995 zodat geen rekening gehouden kan worden met de bepaling op de indicatieve lijst bij de richtlijn en de algemene erfpachtvoorwaarden evenmin richtlijnconform kunnen worden uitgelegd. De Hoge Raad stelde eerst vast dat het hof had bedoeld een richtlijnconforme uitleg te geven aan art. 6:233 BW.[441] De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat Richtlijn 93/13/EEG op grond van art. 10 lid 1 tweede zin uitsluitend ziet op overeenkomsten die na 31 december 1994 zijn gesloten zodat de verplichting tot ambtshalve toetsing beperkt is tot overeenkomsten die na die datum zijn gesloten en niet van toepassing is op erfpachtrechten gevestigd in de jaren dertig van de twintigste eeuw:

> "Art. 10 lid 1, tweede zin, Richtlijn 93/13/EEG houdt in dat de bepalingen daarvan van toepassing zijn op overeenkomsten die na 31 december 1994 zijn gesloten. De hier aan de orde zijnde, in het arrest [G/H] bedoelde (verplichte) richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 BW, die eventueel ambtshalve moet plaatsvinden, is derhalve beperkt tot die overeenkomsten. De erfpachtrechten waarop het oordeel van het hof ziet, dateren van vóór 31 december 1994. Het oordeel van het hof is derhalve onjuist."[442]

Het hof had partijen bovendien de gelegenheid dienen te geven zich over de voorgenomen ambtshalve vernietiging uit te laten.[443] Hiermee bepaalt de Hoge Raad dat een ambtshalve toetsing die mogelijk een verrassingsbeslissing zal inhouden eerst aan partijen dient te worden voorgelegd.[444]

De Hoge Raad verwees de zaak naar het hof Den Haag tot verdere behandeling van en beslissing over een aantal vorderingen van de belangenorganisatie van de erfpachters SEBA op grond van art. 3:305a BW. Daarbij gaf de Hoge Raad in een overweging ten overvloede een oordeel over bedingen die voorkomen op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG, inhoudende dat deze bedingen niet automatisch oneerlijk zijn in de zin van de richtlijn of onredelijk bezwarend in de zin van afdeling 6.5.3 BW. Dat is pas het geval als uit de context waarin het beding wordt gebruikt blijkt dat sprake is van een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring van het evenwicht tussen partijen in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. Het oordeel dat dit zo is moet gemotiveerd aangeven welke omstandigheden daarbij een rol spelen. De Hoge Raad somt de omstandigheden op die in het geval van het Amsterdamse erfpachtstelsel de eenzijdige wijzigingsbe-

441 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.2, overeenkomstig HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2013/274, r.o. 3.7.1.

442 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.4. Met de toevoeging dat het gaat om het moment waarop de voorwaarden van toepassing zijn verklaard, de vestiging: "Opmerking verdient dat het in dit verband gaat om het tijdstip waarop de voorwaarden door de Gemeente zijn bedongen. Ook bij verkrijging na 31 december 1994 van een vóór die datum gevestigd erfpachtrecht is de eerder bedoelde richtlijnconforme uitleg derhalve niet aan de orde."

443 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.8: "De rechter die ambtshalve onderzoek op het onderhavige punt overweegt, dient partijen in de gelegenheid te stellen zich over dat onderzoek uit te laten en, zo nodig, hun stellingen daaraan aan te passen (het arrest [G/H], rov. 3.9.1). Het hof heeft dit ten onrechte nagelaten."

444 Zie voor enige recente voorbeelden van zaken waarin een beslissing wordt aangehouden om partijen de gelegenheid te geven zich uit te laten over het voorlopig oordeel van het hof dat een bepaald beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG, onder meer Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316 (*verzekerde/Achmea*), Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, *RVR* 2015/120 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6097 (*woningeigenaar/Viverion*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2101 (*patiënt/Infomedics*). A-G Verkade bepleit in zijn conclusie bij ECLI:NL:HR:2006:AU8317, nr. 4.1-4.8 reeds voor terughoudende toepassing van de verrassingsbeslissing, met verwijzingen naar literatuur en jurisprudentie.

voegdheid niet onredelijk bezwarend maken en loopt met deze overweging vooruit op de toetsing van het eenzijdige wijzigingsbeding in de AB 2000 door het hof Den Haag of door andere rechters in vergelijkbare zaken.[445] Er wordt in deze overweging geen enkel verband gelegd met de vraag naar het evenwicht in de rechtsverhouding tussen partijen of met het feit dat het eenzijdige wijzigingsbeding onderdeel uitmaakt van de NVB-criteria, terwijl de toets aan art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG wel op die belangenafweging is gericht. De redenen voor de gemeente om het eenzijdige wijzigingsbeding in de algemene erfpachtvoorwaarden op te nemen, die uit die voorwaarden zelf niet kenbaar zijn, wegen kennelijk zwaarder. Wel oordeelt het hof nog dat de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid niet beperkt is tot bedingen die geen kernbeding zijn, maar betrekking kan hebben op alle onderdelen van de algemene erfpachtvoorwaarden.[446]

5.6.6.4 Toetsing canonherzieningsbedingen in latere AB

Het hof Den Haag toetste een groot aantal bedingen uit de algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam. Bepalingen en/of bezwaren die betrekking hebben op canonherziening worden hier besproken. Bepalingen die betrekking hebben op andere onderwerpen zijn besproken in par. 3.4.7. SEBA trad in deze procedure op als belangenbehartiger in de zin van art. 3:305a BW en als vertegenwoordiger van erfpachters van door de gemeente Amsterdam in erfpacht uitgegeven grond. Het gaat bij deze toetsing om de vraag of de litigieuze bedingen in het algemeen en in alle gevallen onredelijk bezwarend zijn voor alle erfpachters. Het hof komt tot het oordeel dat dit bij geen van de onderzochte bedingen het geval is. Dat bedingen in het algemeen niet onredelijk zijn wil echter niet zeggen dat de toepassing van die bedingen in concrete gevallen altijd aanvaardbaar is.

Vordering D onder b van SEBA betreft de stelling van SEBA dat art. 3 AB 1966, art. 12 AB 1994 en art. 11 AB 2000 onredelijk bezwarend zijn en door de erfpachters kunnen worden vernietigd wegens strijd met art. 6:236 sub n BW.[447] Naar de mening van de erfpachters moet de vaststelling van de herziene canon door deskundigen worden aangemerkt als geschilbeslechting.[448] Het hof maakt onderscheid tussen de bedingen uit de AB 1966 enerzijds en de bedingen uit de AB 1994 en AB 2000 anderzijds. Het hof is van oordeel dat art. 3 lid 7 en 8 van de AB 1966 aldus moeten worden uitgelegd dat de herziening van de canon wordt overgelaten aan deskundigen, tenzij de erfpachter en de gemeente vooraf overeenstemming hebben bereikt over de hoogte van de nieuwe canon. Hier doet zich het geval voor dat de invulling van een deel van de verplichtingen van partijen vooraf aan een derde is overgelaten zodat geen sprake is van geschilbeslech-

445 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, r.o. 5.1.6. Zoals besproken in par. 3.5.8 volgt het hof Den Haag het oordeel van de Hoge Raad, Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.13-4.14. In cassatie bevestigd door HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*).

446 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 4.21-4.22.

447 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 2.2.

448 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 3.1.

ting.[449] Bij art. 12 AB 1994 en art. 11 AB 2000 is wel sprake van geschilbeslechting, maar omdat in art. 33 lid 2 AB 1994 en art. 34 lid 2 AB 2000 is bepaald dat de erfpachter de gelegenheid heeft te kiezen voor geschilbeslechting door de bevoegde rechter, is voldaan aan het vereiste van art. 6:236 sub n BW.[450]

Vervolgens toetst het hof Den Haag de canonherzieningsbepalingen uit de AB 1915, AB 1934 en AB 1937 (dan wel de wijzigingsbedingen voor zover deze zien op canonherziening bij het einde van een tijdvak) aan de open norm van art. 6:233 sub a BW en voert een abstracte toetsing uit, los van concrete omstandigheden van het geval.[451] Het hof komt tot het oordeel dat deze bedingen omtrent canonherziening door deskundigen in zijn algemeenheid niet onredelijk bezwarend zijn in de zin van art. 6:233 sub a BW. De canon bij herziening zal worden vastgesteld op een wijze die voorzienbaar is voor de erfpachters, namelijk door deskundigen, en de Hoge Raad heeft bepaald dat vaststelling door deskundigen voldoet aan het bepaalbaarheidsvereiste van art. 6:227 BW en het formele rechtszekerheidsbeginsel van art. 3:14 BW. Volgens het hof staat deze uitleg van de bedingen tussen partijen vast, net als dat deskundigen aan de hand van de actuele (markt)waarde van de grond op redelijke gronden tot de herziene canon dienen te komen, zoals bevestigd in het arrest van de Hoge Raad. Dat er andere methoden voor canonberekening bestaan maakt deze methode of de uitgangspunten ervan nog niet onredelijk en bovendien kan een deskundigenoordeel op de voet van art. 7:904 BW worden aangetast.[452]

5.6.6.5 Conclusie SEBA-arrest

In essentie gaat de SEBA-zaak over canonexplosie, over de vraag of de erfverpachter bevoegd is de canon van een voortdurend recht te verhogen bij het einde van een tijdvak en of daarbij de canonherziening bindend uitgevoerd en vastgesteld kan worden naar het inzicht van deskundigen. Het uiteindelijke oordeel luidt dat deze erfverpachter bij het einde van een tijdvak op grond van de op het recht van toepassing zijnde algemene erfpachtvoorwaarden bevoegd is de canon te herzien en dat partijen de herziene canon zoals vastgesteld door deskundigen dienen te aanvaarden. De bepaling dat de canon zal worden herzien door deskundigen maakt de hoogte van de herziene canon reeds op voorhand voldoende bepaalbaar. De deskundigen die in deze zaak waren opgetreden dienen wel nieuwe taxatierapporten te maken, waarin zij hun bevindingen afdoende moeten motiveren.

449 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 3.4, aangevuld met een overweging omtrent het ontbreken van het woord 'geschil': "Dat in dit geval geen geschilbeslechting is beoogd blijkt ook wel uit het feit dat het woord 'geschil' in de bewuste bepaling niet wordt gebruikt. De woorden 'indien daaromtrent tussen partijen geen overeenstemming is verkregen' moeten in dit verband zo worden begrepen, dat deze de uitdrukking vormen van de voor de hand liggende gedachte dat het onnodig is deskundigen in te schakelen indien partijen zelf de nieuwe canon hebben kunnen bepalen. Aldus bezien beslechten deskundigen geen geschil maar bepalen zij de canon die voortaan tussen partijen zal gelden."

450 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o. 3.5. De formuleringen van het begrip geschil uit de AB 1994 en de AB 2000 luiden respectievelijk: 'indien de erfpachter zich niet kan verenigen met de nieuwe grondwaarde en nieuwe canons' en 'indien de gemeente voornemens is een geschil ter beslissing voor te leggen aan deskundigen (…)'.

451 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o.4.5-4.6.

452 Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894, r.o.4.7.

Daarnaast gaat de zaak over de vraag of de erfverpachter bij het einde van een tijdvak bevoegd is nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden op de voortdurende rechten van toepassing te verklaren. Het ondubbelzinnige oordeel van de Hoge Raad luidt dat dat in dit geval niet onredelijk bezwarend is. Het hof toetste ten onrechte aan Richtlijn 93/13/EEG, maar als deze erfpachtrechten wel onder het bereik van de richtlijn zouden vallen zouden de wijzigingsbedingen de toets eveneens doorstaan en zijn zij evenmin onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW, zoals door het hof Den Haag na verwijzing is vastgesteld en in cassatie bekrachtigd. In deze procedure werd verder een aantal aannames ter discussie gesteld en beslist zodat meer duidelijk is geworden over de toepassing van afdeling 6.5.3 BW op algemene erfpachtvoorwaarden. Niet alle vragen zijn hiermee beantwoord en er valt nog genoeg discussie te voeren, onder meer over de vraag naar de toepassing van de richtlijn-norm van een evenwichtige verdeling van rechten en bevoegdheden binnen de rechtsverhouding. De zaak heeft de onderwerpen in ieder geval op de kaart gezet en het is de verdienste van SEBA dat zij daarbij buiten de hokjes heeft gedacht.

5.6.7 Knelpunten canonherziening voortdurende rechten

Uit de besproken jurisprudentie blijkt dat bij voortdurende erfpachtrechten in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden vaak de bevoegdheid tot tussentijdse canonherziening wordt bedongen. De frequentie kan variëren. Bij stedelijke erfpacht betreft dat vaak een lange periode van vijftig jaar of meer terwijl het bij particuliere erfpacht om een kortere periode van dertig jaar of minder kan gaan. Canonherzieningsbepalingen moeten vaak worden uitgelegd, zeker als zij lang geleden zijn opgesteld. In de oudere Amsterdamse algemene erfpachtvoorwaarden was de berekening van de herziene canon toegewezen aan deskundigen. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat het dan om een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW gaat met het karakter van bindend advies door derden. Een dergelijk advies vult een leemte in de rechtsverhouding en behoeft een minder uitvoerige motivering dan een deskundigenrapport dat de canon vaststelt omdat partijen onderling niet tot overeenstemming konden komen. De Amsterdamse praktijk ten aanzien van de benoeming van deskundigen bij de canonherziening van een bouwblok is niet in strijd met het recht, maar de erfverpachter dient de procedures wel correct te doorlopen zodat gewaarborgd is dat de canon voor de volgende vijftig jaar op een juiste wijze tot stand komt. Bovendien dient het taxatierapport voldoende gemotiveerd te zijn. De Amsterdamse praktijk om erfpachters bij het naderen van het einde van een tijdvak een aanbiedingsbrief te sturen met daarin de voor de volgende periode te betalen canon en de berekening daarvan kan eveneens door de beugel, mits het aanbod duidelijk en onmiskenbaar is opgesteld en de hoogte van de te betalen canon en de eventueel van toepassing zijnde afkoopsom, daaruit zonder meer blijkt.

In de SEBA-zaak is onder meer vastgesteld dat bepalingen over canonherziening mogen worden opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden waarnaar in de vestigingsakte wordt verwezen. Het is verstandig die verwijzing goed te redigeren. Bij de vestiging of overdracht van een erfpachtrecht geldt op grond van art. 3:84 lid 2 BW een dubbele bepaaldheidseis ten aanzien van de onroerende

zaak waarop het recht wordt of is gevestigd en ten aanzien van de aard van het beperkte recht. Welke inhoud van het erfpachtrecht in de vestigingsakte moet worden opgenomen wordt bepaald door titel 5.7 BW. Deskundigenrapporten die bij wijze van zuiver bindend advies de canon voor het volgende tijdvak vaststellen dienen op grond van de algemene erfpachtvoorwaarden uit 1915, 1934 en 1937 (en 1966) van de gemeente Amsterdam voldoende gemotiveerd te zijn. Dat houdt in dat de gemaakte keuzes beredeneerd moeten worden toegelicht zodat inzicht kan worden verkregen in de gehanteerde uitgangspunten. Als dat inzicht ontbreekt is gebondenheid aan deze adviezen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De gemeente als erfverpachter is in beginsel bevoegd aan het einde van een tijdvak eenzijdig nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden van toepassing te verklaren en die eenzijdige wijzigingsbevoegdheid is niet onredelijk bezwarend. Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten is niet van toepassing op de erfpachtrechten uit de SEBA-zaak omdat deze rechten voor 31 december 1994 gevestigd zijn.

Bij particuliere erfpachtrechten gevestigd na 1 januari 1995 kan toepassing van Richtlijn 93/13/EEG leiden tot vernietiging of buiten toepassing stellen van canonherzieningsbepalingen die onredelijk bezwarend zijn omdat zij het evenwicht tussen partijen aanzienlijk verstoren in het nadeel van de erfpachter. Dat is bijvoorbeeld het geval indien blijkt dat de erfpachtvoorwaarden kwalificeren tot een rode notariële opinie waardoor het recht zeer moeilijk financierbaar en overdraagbaar wordt. Bij deze richtlijnconforme toetsing dient op een nieuwe wijze dan voorheen aandacht te worden besteed aan de belangen van beide partijen bij toepassing van het beding en de gevolgen daarvan. Als gevolg van EU-jurisprudentie is het criterium van het evenwicht tussen partijen en de aanzienlijke verstoring daarvan ten nadele van de consument van toepassing geworden op erfpachtverhoudingen die kwalificeren als consumentenovereenkomsten. Bij erfpachtrechten met de bestemming wonen is dat veelal het geval.

5.7 Geen canonherziening bij eeuwigdurende erfpacht

Zoals bleek uit het arrest over de aanbiedingsbrief biedt de erfverpachter soms verschillende opties voor het betalen van de canon aan.[453] Dit komt voor bij stedelijke erfpacht maar ook daarbuiten. In genoemde zaak had de erfpachter van een voortdurend recht bij een CHET de keuze tussen jaarlijkse geïndexeerde canonbetaling, een gedurende tien jaar vast bedrag, een gedurende 25 jaar vast bedrag en een bedrag ineens voor het gehele tijdvak van vijftig jaar.[454] Indien de erfpachter bij aanvang van het tijdvak kiest voor afkoop van de canon is hij voor de volgende vijftig jaar van zijn canonverplichting bevrijd. Die afkoop verhoogt de waarde van het recht tot de einddatum van het tijdvak in zicht komt. Bij tijdelijk afgekochte canons die na vijftig jaar opnieuw worden berekend is de kans op een canonexplosie als gevolg van de gestegen grondwaarde zeer groot. Van Vel-

453 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, *NJ* 2016/239, *RCR* 2016/57 (*Amsterdam/erfpachter*), behandeld in par. 5.6.5.
454 Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3413, r.o. 2.3.

ten heeft dit risico van een stelsel met afkoop van de canon in 1997 al voorzien en voorspelde dat stedelijke erfpacht voor de bestemming woningbouw het jaar 2050 niet zou halen.[455] Die voorspelling maakt een goede kans uit te gaan komen.

Een recente ontwikkeling in de praktijk van stedelijke erfpacht is dat gemeenten afstappen van een stelsel met periodieke canonherziening als gevolg waarvan de problemen rond de onverwachte verhoging van de canon zich niet meer kunnen voordoen. Het gebruiksrecht voor onbepaalde duur wordt niet langer 'voortdurend', maar 'voor eeuwig' verleend tegen betaling van een eenmalige koopsom. Die afkoopsom kan alleen nog worden herzien bij een wijziging van de bestemming of het gebruik van de onroerende zaak indien die wijziging leidt tot een economische meerwaarde. Deze ontwikkeling heeft zich in de vorige eeuw voorgedaan in de gemeenten Den Haag en Utrecht en recent is in Amsterdam het erfpachtstelsel in genoemde zin aangepast. Hieronder worden deze drie varianten van eeuwigdurende erfpacht beschreven, met een nadruk op de gevolgen van het afschaffen van canonherziening. Daarnaast hebben vele grote gemeenten hun beleid gewijzigd en erfpacht vervangen door eigendom waarmee de problemen met canonherziening op termijn eveneens tot het verleden behoren. Een aantal voorbeelden wordt hieronder besproken. Omdat dit een recente ontwikkeling is worden de kwesties die zich voordoen bij het afwikkelen van stelsels met periodieke canonherziening wat meer in detail bezien.

5.7.1 Eeuwigdurende erfpacht Den Haag

De gemeente Den Haag voerde in 1986 een stelsel van eeuwigdurende erfpacht in dat, na aanpassingen in 1993 en 2008, nog steeds van kracht is. De jaarlijkse canon wordt bij uitgifte berekend aan de hand van de grondwaarde en het door het college jaarlijks vastgestelde canonpercentage.[456] De canon wordt daarna niet meer periodiek herzien, maar alleen iedere vijf jaar aangepast aan het actuele canonpercentage.[457] Canonherziening bij bestemmingswijziging blijft wel mogelijk, met uitzondering van kleine uitbreidingen van woningen ouder dan twintig jaar. Bij splitsing van het erfpachtrecht of splitsing in appartementsrechten wordt canonherziening als voorwaarde verbonden aan de toestemming van de gemeente. Een van de belangrijkste redenen voor de stelselwijziging in 1986 was afzien van canonherziening omdat dat alleen maar leidde tot onrust en bezwaren tegen het instrument erfpacht:

---

455 Van Velten 1997, p. 375-377. Van Velten verwoordt in deze rede een eenvoudig bezwaar tegen afkoop van de erfpachtcanon voor een periode van vijftig jaar of meer. Bij canonherziening zullen de erfpachters die geen periodieke canon betalen onaangenaam verrast worden door het verzoek (nogmaals) de grondwaarde te voldoen en in opstand komen. Van Velten verwijst voor een oplossing naar het Engelse stelsel waarin de erfpachter de bevoegdheid heeft de blote eigendom aan te kopen. Vgl. Van Velten 1995b, p. 85.

456 'Algemene Bepalingen voor de uitgifte in erfpacht van gronden der gemeente 's-Gravenhage 1986 herziening 1993', art. 8.1: "De uitgifte van grond in erfpacht geschiedt tegen een in geld vast te stellen jaarlijkse canon alsmede uit een bedrag aan beheerkosten; de canon wordt berekend aan de hand van de voor de grond voor het moment van uitgifte overeengekomen grondwaarde vermenigvuldigd met het dan geldende canonpercentage."

457 'Algemene Bepalingen voor de uitgifte in erfpacht van gronden der gemeente 's-Gravenhage 1986 herziening 1993', art. 11.1: "De door de erfpachter verschuldigde canon wordt telkens na verloop van een periode van vijf jaar, ten behoeve van de daaraan volgende periode van vijf jaar, aangepast. De aanpassing wordt als volgt berekend: aangepaste canon = grondwaarde x het canonpercentage als bedoeld in artikel 11.2." Art. 11.2 verwijst naar het canonpercentage dat ingevolge art. 8.3 jaarlijks door het college wordt vastgesteld als een gemiddelde van twee rentepercentages, de rente van langlopende leningen verstrekt door BNG en bepaalde hypothecaire leningen.

> "Met betrekking tot de canon, en dit in reactie op de kritiek op het stelsel van de AB 1977, is van belang dat opgemerkt wordt dat "[a]llerlei – ook psychologische – bezwaren die men tegen erfpacht zou kunnen hebben" door een stelsel waarbij – anders dan onder de AB 1977 – geen periodieke herwaardering van de grond plaatsvindt, hun kracht verliezen." Dit wordt genoemd als een van de belangrijkste redenen voor het huidige systeem."[458]

De gemeente wilde door middel van erfpacht vooral greep houden op de bestemming van de schaarse grond en zag erfpacht niet langer als een middel om gemeentelijke inkomenspolitiek te bedrijven.[459]

In 2008 heeft de gemeente Den Haag het erfpachtbeleid nogmaals herzien en bij wijze van politiek compromis een beleid vastgesteld waarbij gegadigden voor nieuwe uitgiftes van grond en zittende erfpachters de keuze wordt geboden tussen eigendom en erfpacht.[460] Met uitzondering van erfpachtrechten voor bepaalde functies en in herontwikkelingsgebieden wordt erfpachters van eeuwigdurende rechten die de canon hebben afgekocht de mogelijkheid geboden de bloot eigendom van de grond te verkrijgen. Erfpachters van tijdelijke of voortdurende rechten kunnen eveneens de bloot eigendom verkrijgen, maar dienen dan eerst hun recht om te zetten in een eeuwigdurend recht en de canon af te kopen.[461] Er leeft in Den Haag nog een complexe conversieproblematiek in verband met de omzetting naar eigendom[462] en er is discussie over de hoogte van de afkoopsom voor de canon, maar canonherziening in de onverwachte en onbepaalbare vorm zoals hierboven beschreven komt er niet meer voor.

5.7.2 Eeuwigdurende erfpacht Utrecht

De gemeente Utrecht introduceerde in de algemene erfpachtvoorwaarden van 1989 bewust een stelsel zonder canon. Uitgifte van grond in erfpacht door de gemeente geschiedde vanaf dat moment alleen nog tegen de eenmalige betaling van de grondprijs, het erfpachtrecht was eeuwigdurend en kende geen canonheffing meer. Daarin verschilde het stelsel van dat van Den Haag, waarin de eeuwigdurende afkoop van de canon een bevoegdheid van de erfpachter was. In Utrecht was die afkoop voor nieuwe rechten verplicht. De 'Algemene voorwaarden voor de uitgifte van gronden in erfpacht van de gemeente Utrecht 1989' (AV 1989) zijn nog steeds van kracht. Art. 2 over de uitgifte in erfpacht bepaalt:

> "2.1 De uitgifte van grond geschiedt in erfpacht voor onbepaalde tijd tegen een tussen partijen overeengekomen grondprijs."

De grondprijs wordt blijkens de definitie in art. 1 overeengekomen tussen partijen en de hoogte ervan wordt bepaald aan de hand van de waarde van het erfpacht-

458 De Wolff, Ploeger & De Jong 2006, p. 51.
459 De Wolff, Ploeger & De Jong 2006, p. 49.
460 *Voorstel van het college inzake Nieuw Haagse gronduitgiftesysteem*, Den Haag: Gemeente Den Haag 2008.
461 Van de mogelijkheid de canon af te kopen hebben tussen 1986 en 2008 slechts ongeveer 4.000 van de 34.000 erfpachters gebruikgemaakt, aldus het Voorstel van het college inzake Nieuw Haags gronduitgiftesysteem, 6 februari 2008, p. 9 (punt 5.2). Vgl. Companen 2013, p. 17, volgens tabel 2.2 vinden tussen 2002 en 2011 in Den Haag 783 conversies van erfpacht naar eigendom plaats op een totaal van 15.419 particuliere woningen op erfpachtgrond.
462 Zie over die conversieproblematiek par. 5.7.2.1 en 6.5.5.1.

recht in het economisch verkeer en het bij de uitgifte toegestane gebruik van de grond. Tot de invoering van het NBW moest de grondprijs gelezen worden als een jaarlijkse canon die voor de gehele duur van het recht vooruitbetaald werd. Utrecht heeft dus gebruikgemaakt van de mogelijkheid die het nieuwe BW biedt om een recht van erfpacht zonder canonverplichting te creëren. Alleen bij een wijziging van het gebruik of de bestemming van de onroerende zaak kan de erfverpachter van de erfpachter betaling vorderen van de uit die wijziging voortvloeiende economische meerwaarde van het erfpachtrecht, aldus art. 7 AV 1989. De beleidswijziging naar een stelsel van eeuwigdurende erfpacht werd ingegeven door de problematiek rond canonexplosie en was mede bedoeld:

> '(…) om tegemoet te komen aan de bezwaren van erfpachters. Die werden namelijk periodiek geconfronteerd met grote canonstijgingen vanwege de stijging van de grondwaarde. Deze waardestijging van de grond kwam ten gunste van de gemeente en niet ten gunste van de erfpachters. Met de introductie van de AV 1989 is dit bezwaar van erfpachters weggenomen.'[463]

Deze regels golden voor nieuwe uitgiften. Daarnaast bestonden uitgiften op basis van eerdere algemene erfpachtvoorwaarden, met name de AV 1974 en de AV 1983 voor voortdurende erfpacht met canontijdvakken van vijftig jaar en tienjaarlijkse canonherziening. Sinds 1983 is het mogelijk de canon per tijdvak af te kopen tegen betaling van de actuele grondwaarde (en een niet-herzienbare canon van *f* 25,- per jaar). Van die afkoop is door vrijwel alle erfpachters op wie de AV 1983 van toepassing waren gebruikgemaakt.[464] Ook bestaat er in de gemeente nog een aantal tijdelijke erfpachtrechten waarbij de erfpachter een jaarlijkse canon betaalt onder toepassing van de AV 1961/1967.

Met de introductie van de AV 1989 werd aan zittende erfpachters van tijdelijke of voortdurende rechten de mogelijkheid geboden hun recht om te zetten naar de AV 1989. Deze conversieregeling 1989 bepaalde:

> "Dat indien een erfpachter zijn niet-AV-1989-erfpachtcontract wil converteren naar de AV 1989, de erfpachter de erfpachtcanon afkoopt op basis van de huidige marktwaarde met een correctie voor de resterende afgekochte canontijd."[465]

Erfpachters van tijdelijke en voortdurende rechten konden dus verzoeken om omzetting naar eeuwigdurende erfpacht tegen betaling van de actuele grondprijs.[466] De conversieregeling kende geen afzonderlijke bepaling voor appartementsrechten. Bij een beleidsnota van 1998 inzake beheer van erfpachtgronden

---

463 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, p. 3.

464 Brief van wethouder C.A. Geldof van de gemeente Utrecht aan de raadscommissie Stad en Ruimte over de conversieregeling 2003, p. 2: "Bij gronden die de gemeente in erfpacht heeft uitgegeven met inachtneming van de Algemene bepalingen voor de uitgifte in voortdurende erfpacht 1983 (AB 1983) is de erfpachtcanon in bijna alle gevallen door de betaling van een bedrag ineens voor 50 jaar afgekocht." Dat betekent dat deze rechten na afloop van het tijdvak, dus vanaf 2033, een canonherziening einde tijdvak tegemoet kunnen zien.

465 'Rapportage werkgroep erfpacht' (raadsvoorstel conversieregeling 21 januari 2003), *Gemeenteblad Utrecht* 2003, nr. 42, p. 3.

466 *Algemene regels voor de van toepassingverklaring van de AV 1989 op erfpachtsrechten betreffende gronden van de gemeente Utrecht, 1989 (Conversieregeling 1989)* (horende bij Raadsbesluit GV 1989, nr. 228), Utrecht: Gemeente Utrecht 1989. Art. 2 stelt de grondprijs vast, gedifferentieerd naar het moment van vestiging en art. 3 stelt de verplichte vooruitbetaling van de canon gelijk aan de grondprijs.

werd de conversieregeling aangepast waarbij onder meer de tien procent opslag op de afkoopsom kwam te vervallen.[467] Van de conversieregeling 1989 is, mede door de grote waardestijging van de grond weinig gebruikgemaakt.[468] Vanuit onvrede onder de erfpachters over de tienjaarlijkse canonherziening op basis van de actuele grondwaarde zoals opgenomen in de AV 1974, werd in 2003 een nieuwe conversieregeling ingevoerd die het eenvoudiger moest maken om een recht over te zetten naar de AV 1989.[469] De conversieregeling 2003 kende een tijdelijke gunstige regeling waarbij de grondwaarde per 1 januari 2003 voor de afkoop werd bevroren op de einddatum van het tijdvak en contant gemaakt naar het moment van afkoop, zodat werd afgezien van tussentijdse groei.[470]

5.7.2.1 Conversie appartementsrechten Utrecht

Ten aanzien van appartementsrechten was de Conversieregeling 2003 van toepassing indien de bestemming van alle appartementsrechten wonen was. Een tweede voorwaarde was dat in dat geval conversie naar de AV 1989 pas mogelijk was als alle eigenaren van de appartementsrechten daaraan meewerkten.[471] Van de 3.259 woningen die op dat moment in aanmerking kwamen voor de conversieregeling was meer dan de helft, 1.732, een appartementsrecht.[472] De werkgroep erfpacht had zich ook verdiept in de problematiek van conversie van erfpachtrechten die waren gesplitst in appartementsrechten:

> "Alle appartementseigenaren bezitten gezamenlijk het erfpachtrecht in zijn totaliteit. Het erfpacht zelf is niet opgesplitst in delen bijvoorbeeld voor ieder appartement een deeltje. Dit betekent dat het niet mogelijk is om per appartement een deel van het appartementsrecht te converteren."[473]

De werkgroep zag twee mogelijke oplossingen om conversie ook voor appartementseigenaars mogelijk te maken. De eerste mogelijkheid hield in dat de individuele appartementseigenaars hun canon afkochten en dat in de overeenkomst tot afkoop door middel van een kettingbeding voor de appartementseigenaar en zijn rechtsopvolgers de verplichting werd vastgelegd mee te werken aan de conversie van het erfpachtrecht zodra alle appartementseigenaars hadden afgekocht. Deze oplossing zou veel extra werk meebrengen voor de gemeente als erfpachtbeheerder. De tweede mogelijkheid was gebaseerd op de mogelijkheid uit het nieuwe BW tot opdeling van het erfpachtrecht en toedeling aan de appartementseigenaars. Omdat alle erfpachtrechten in casu waren gevestigd onder het OBW zouden alle leden van de vereniging van eigenaars een handtekening moeten

467 *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002, p. 5.
468 *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002, p. 15: "Door de enorme waardestijging van de grond de afgelopen paar jaar is er weinig gebruik meer gemaakt van de huidige Conversieregeling."
469 *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002. De werkgroep was een uitvloeisel van een politieke afspraak uit het collegeprogramma 2001-2006 en had tot opdracht voorstellen te presenteren voor vernieuwing van het erfpachtstelsel. Voor situaties waarin de nieuwe conversieregeling niet voorzag, bleef de conversieregeling 1989 van kracht.
470 *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002, p. 15-16 bevat een rekenvoorbeeld (par. 5.2).
471 'Rapportage werkgroep erfpacht' (raadsvoorstel conversieregeling 21 januari 2003), *Gemeenteblad Utrecht* 2003, nr. 42, p. 6.
472 *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002, p. 6.
473 *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002, p. 22.

zetten om het bestaande erfpachtrecht op te heffen en opnieuw toe te delen. Dit zou tevens aanzienlijke kosten voor notariële akten en splitsingstekeningen met zich brengen en leek de werkgroep daarom niet haalbaar. De eerste optie werd aan de erfpachters aangeboden.[474] De werkwijze werd onderschreven door de Vereniging van Notarissen in Utrecht en tevens werd een oplossing gevonden voor de vorm waarin de met de individuele appartementseigenaar gesloten overeenkomst tot omzetting notarieel moest worden vastgelegd zodat inschrijving in de openbare registers mogelijk was. Die inschrijving was vereist voor de beoogde derdenwerking van de omzetting.[475]

Uit de reacties bleek dat in sommige appartementencomplexen ook appartementen werden verhuurd, al dan niet door beleggers. Besloten werd het volgende onderscheid te maken:

> "In het geval binnen een appartementencomplex een minderheid van de appartementen wordt verhuurd, is besloten om de niet-verhuurde appartementen alsnog in de gelegenheid te stellen om de erfpachtvoorwaarden om te zetten naar de AV 1989. Deze gelegenheid is ook geboden aan erfpachters van appartementen met een woonbestemming, waarbij zich binnen het complex ook appartementen met een winkel- of kioskbestemming bevinden. Erfpachters van appartementen met een winkel- of kioskbestemming hebben deze gelegenheid niet gehad, evenmin als erfpachters van verhuurde appartementen."[476]

Er lijkt aan te zijn voorbij gegaan dat op deze wijze nooit het gehele erfpachtrecht geconverteerd zou kunnen worden, anders dan door een bestemmingswijziging. Van de tijdelijke regeling werd door 596 van de 3.259 erfpachters op wie de regeling van toepassing was, gebruikgemaakt, waarvan 233 appartementsrechten op erfpachtrechten.[477] Bij de evaluatie van deze regeling werd voorzien dat er in de toekomst een groter verschil in waarde zou ontstaan tussen afgekochte en niet-afgekochte erfpachtrechten.[478]

Het stelsel uit 1989 is goed ingeburgerd, het overgrote deel van de Utrechtse erfpachtrechten op woningen betreft eeuwigdurende erfpacht. Opvallend is dat

---

474 'Evaluatie Conversieregeling 2003' (interne mededeling van de projectgroep erfpacht aan het ontwikkelingsbedrijf, 19 oktober 2004), Utrecht: Gemeente Utrecht 2004, p. 2: "In het geval van een appartementencomplex bezitten de appartementsgerechtigden namelijk gezamenlijk het erfpachtrecht. Voor deze situatie is aangegeven dat ook erfpachters van een appartementsrecht gebruik kunnen maken van de mogelijkheid tot omzetting (…), waarbij de juridische vastlegging van de omzetting van het (gezamenlijke) erfpachtrecht eerst zal plaatsvinden nadat alle erfpachters uit het appartementencomplex aan de omzetting hebben meegewerkt."

475 'Evaluatie Conversieregeling 2003' (interne mededeling van de projectgroep erfpacht aan het ontwikkelingsbedrijf, 19 oktober 2004), Utrecht: Gemeente Utrecht 2004, p. 4: "In overleg met de Vereniging van Notarissen is vervolgens een modelakte opgesteld voor de conversie van deze appartementsrechten, waarin tevens een bepaling is opgenomen om de (hoofdelijke) aansprakelijkheid voor canonverplichtingen van (één van) de overige erfpachters binnen het appartementencomplex uit te sluiten."

476 'Evaluatie Conversieregeling 2003' (interne mededeling van de projectgroep erfpacht aan het ontwikkelingsbedrijf, 19 oktober 2004), Utrecht: Gemeente Utrecht 2004, p. 3.

477 Dat is ruim 18%, zie 'Evaluatie Conversieregeling 2003' (interne mededeling van de projectgroep erfpacht aan het ontwikkelingsbedrijf, 19 oktober 2004), Utrecht: Gemeente Utrecht 2004, p. 4. Dit document was als een van de agendastukken verbonden aan de raadsvergadering van 24 maart 2016 waar een nieuwe conversieregeling ter discussie stond.

478 'Evaluatie Conversieregeling 2003' (interne mededeling van de projectgroep erfpacht aan het ontwikkelingsbedrijf, 19 oktober 2004), Utrecht: Gemeente Utrecht 2004, p. 5. Het waardeverschil zou bestaan uit de extra kosten voor afkoop van de canon. Potentiële kopers konden bij de gemeente een overzicht opvragen van de verschuldigde afkoopsom op verschillende (toekomstige) data.

de helft van de erfpachtrechten met een woonbestemming een appartementsrecht betreft:

> "Utrecht telt circa 28.000 erfpachtpercelen van particuliere woningeigenaren, onderverdeeld in circa 14.000 percelen met grondgebonden woningen en circa 14.000 appartementen. Van de percelen met grondgebonden woningen is circa 89% eeuwigdurend afgekocht (AV 1989). Circa 6% zijn voortdurende erfpachtrechten waarbij de erfpachtcanon voor 50 jaar is afgekocht (AB 1983). De resterende circa 4% zijn percelen met voortdurende erfpachtrechten waarvan de canon elke 10 jaar wordt herzien (AB 1974). Voor appartementen bedragen deze percentages respectievelijk 84%, 11% en 3%."[479]

De conversieproblematiek bij omzetting van appartementsrechten van erfpacht naar eigendom wordt besproken in par. 6.5.5.

5.7.2.2 Beleidswijziging 2015 Utrecht

In het coalitieakkoord van het gemeentebestuur dat aantrad in 2014 was afgesproken dat de gemeente voor projecten en nieuwbouw van woningen zou stoppen met gronduitgifte in erfpacht en dat erfpachters van woningen in de gelegenheid zouden worden gesteld om de bloot-eigendom te kopen. De gemeente verliet daarmee het sinds 1973 geldende uitgangspunt dat grond altijd in erfpacht werd uitgegeven.[480] Op grond van het raadsbesluit van 29 januari 2015 worden vanaf 1 februari 2015 gronden voor vrije sector (koop)woningen in nieuwbouwprojecten met wonen als hoofdfunctie alleen nog in vol eigendom geleverd. Op grond van het raadsbesluit van 26 november 2015 wordt omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom mogelijk op voorwaarde dat de canon eeuwigdurend is of wordt afgekocht conform de AV 1989, de bestemming wonen is, uitgezonderd corporatiewoningen, en het perceel is gelegen in een woongebied, uitgezonderd woningen die deel uitmaken van een winkelcentrum. De gemeente is bereid de bloot-eigendom aan de erfpachter over te dragen omdat het bezit daarvan voor haar geen waarde meer vertegenwoordigt:

> "Aangezien erfpachters van eeuwigdurend afgekochte erfpachtrechten (door betaling van een eenmalige afkoopsom die gelijk is aan de marktwaarde van de grond) de canon voor de gehele looptijd van het erfpachtrecht hebben voldaan, bestaat er geen mogelijkheid meer voor de gemeente om waardestijging van de grond via een herziening (verhoging) van de canon te 'verzilveren'. Vanwege het feit dat er na afkoop van de canon voor de gemeente geen canon-inkomsten

479 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, p. 3. Eerdere cijfers over aantallen erfpachtcontracten worden genoemd in *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002, p. 6. Hier wordt het cijfer van 3.259 woningen genoemd waarop erfpachtvoorwaarden van voor de AV 1989 van toepassing zijn, op een totaal van 55.000 in erfpacht uitgegeven percelen (inclusief corporatiewoningen en bedrijven).

480 In 2002 werd daar nog anders over geoordeeld. *Rapport Werkgroep erfpacht*, Utrecht: Gemeente Utrecht 2002, p. 13: "De werkgroep erfpacht stelt (niet-unaniem) vast dat door de financiële aspecten los te laten en de reguleringsaspecten (inclusief de bestemmingswijzigingen) te handhaven (eeuwigdurende) erfpacht gunstiger is dan volledig eigendom, zowel voor de gemeente als in een aantal opzichten voor de erfpachter, bijvoorbeeld om aan ongewenste zaken privaatrechtelijk een einde te maken. Feitelijk is dit bij de AV '89 aan de orde."

meer uit de eeuwigdurend afgekochte erfpachtrechten voortvloeien (bij een ongewijzigd gebruik), vertegenwoordigt de bloot-eigendom in die zin geen waarde."[481]

Ook aan het vervallen van de economische meerwaardeclausule kent de gemeente geen waarde meer toe. Die meerwaarde kan ontstaan door een gebruikswijziging, een splitsing van het erfpachtrecht of door het vergroten van de bebouwing, maar in de praktijk doet deze meerwaarde zich bij woonbestemmingen nauwelijks voor zodat de gemeente geen verlies zal lijden door af te zien van deze bepaling. Interessant is het standpunt van de gemeente Utrecht dat erfpacht als sturingsinstrument voor het gebruik van grond met de bestemming wonen niet meer nodig is omdat voldoende sturing kan worden gegeven via het bestemmingsplan.[482]

Bij in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten is zowel omzetting naar de AV 1989 als aankoop van bloot eigendom complex omdat alle appartementseigenaren hiermee moeten instemmen. Overdracht van bloot eigendom vergt een hoofdfunctie wonen van het appartementencomplex en kan op verschillende manieren geschieden.[483] Ook interessant is dat de bijzondere gebruiksvoorwaarden na overdracht van de bloot eigendom op het perceel van toepassing blijven, alleen de algemene erfpachtvoorwaarden vervallen.[484] Daarnaast wordt de bloot eigendom 'om niet' geleverd, het heeft immers geen waarde, waarbij de erfpachter alleen de kosten koper betaalt waaronder een vast tarief voor gemeentelijke behandelingskosten dat jaarlijks wordt opgenomen in de grondprijzenbrief.

De protesten van erfpachters tegen canonherziening in de vorm van canonexplosie waren aanleiding voor de stelselwijziging in 1989 en voor de omzettingsregeling in 2003. Na aanname van het nieuwe beleid ten aanzien van verkoop bloot eigendom ontstaat onrust onder de 2.663 erfpachters van oude rechten die de canon niet eeuwigdurend hebben afgekocht. De gemeente zegt toe de mogelijk-

481 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, p. 4, onder 1.1 (Argumenten).

482 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, p. 5, onder 1.3 (Argumenten). De sturing via publiekrecht gold niet voor grond met bestemming sociale woningbouw en evenmin voor beleggershuurwoningen (idem onder 1.4) en woningen die deel uitmaakten van een winkelcentrum (idem onder 1.5). Sturing via andere instrumenten zoals kettingbedingen werd minder sterk geacht dan erfpacht (idem p. 6, Kanttekeningen).

483 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, p. 6-9 onder 2.2-2.5 en 2.1-2.4 (Argumenten voor beslispunt 2 en Kanttekeningen) en Bijlage 2 Memo omzetting appartementsrechten. De Conversieregeling 2003 gold ook voor appartementsrechten, met de beperking dat de juridische omzetting pas plaats kon vinden nadat alle appartementseigenaren uit een complex daaraan hadden voldaan. Op de conversie en overdracht van bloot eigendom bij erfpachtrechten die gesplitst waren in appartementsrechten wordt nader ingegaan in par. 6.5.5.

484 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, p. 10-11 (Beslispunt 4, argumenten en kanttekeningen).

heden voor een nieuwe conversieregeling te zullen onderzoeken.[485] Zoals alle erfpacht-onrust wordt ook deze gemotiveerd door een financieel motief, door het creëren van eigendom naast verschillende varianten van erfpacht zal de waarde van woningen met een voortdurend erfpachtrecht in negatieve zin beïnvloed worden.[486] Potentiële woningkopers krijgen nu immers de keuze uit aankoop van een woning in eigendom, met eeuwigdurend afgekochte erfpacht of met tijdelijk afgekochte erfpacht en het is niet moeilijk raden welke optie het minste waard zal zijn.

5.7.2.3 Conversieregeling 2017 Utrecht

Toen de raad van de gemeente Utrecht eind 2015 besloot omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom mogelijk te maken mits de canon eeuwigdurend was afgekocht, kwam vanuit de groep erfpachters met een tijdelijk of voortdurend recht die geen gebruik hadden gemaakt van de tijdelijke conversieregeling 2003 het verzoek om een nieuwe conversieregeling zodat ook zij van het nieuwe beleid zouden kunnen profiteren. De raad stelde in 2016 een nieuwe conversieregeling op, die na veel discussie in de raad en met de erfpachters in twee stappen werd herzien en op 2 november 2017 bij raadsbesluit is aangenomen.[487] Deze Conversieregeling 2017 is gebaseerd op dezelfde uitgangspunten als de conversieregeling 2003, met dit verschil dat de nu gehanteerde WOZ-waarde 2015 veel hoger is in verhouding tot de toen gehanteerde WOZ-waarde 1999 zodat financiele aanpassingen gewenst zijn. De conversieregeling beoogt ook erfpachters bewust te maken van de financiële verplichtingen die het erfpachtrecht meebrengt, met name indien de canon voor een tijdvak van vijftig jaar is afgekocht.[488] De regeling maakt de afkoop duurder naarmate het einde van een canontijdvak dichterbij komt, waarbij de ontwikkeling van de grondwaarde als onzekere factor meespeelt. Hierin komt het achterliggende doel van het gewijzigde beleid tot

485 Voor de vergadering van de raadscommissie stad en ruimte op 24 maart 2016 agendeerden een aantal fracties een debat over het verzoek van deze erfpachters om een nieuwe gunstige regeling om hun voortdurende rechten om te zetten naar eeuwigdurende rechten: "De berichtgeving over het afschaffen van de erfpacht in Utrecht, eerst voor de kopers van een nieuwbouwwoning in Utrecht op grond van de gemeente en daarna voor de inwoners die de erfpacht eeuwigdurend hebben afgekocht, heeft bij veel erfpachters die de canon nog niet hebben afgekocht geleid tot onrust en vragen over de conversieregeling 2003. In Utrecht gaat door de recente besluiten van de gemeenteraad de situatie ontstaan dat erfpacht niet meer de regel is. Hierdoor ontstaat keuzevrijheid voor de nieuwe kopers van woningen in Utrecht en dit heeft een effect voor de 3200 woningeigenaren die hun erfpacht nog niet eeuwigdurend hebben afgekocht." Tijdens de raadsinformatiebijeenkomst van 7 januari 2016 was hier ook al aandacht aan besteed. Bij de vergadering van de raadscommissie stad en ruimte op 24 maart 2016 werd een voorstel ingediend voor een nieuwe conversieregeling en zegde het college toe dat zij de mogelijkheid van een nieuwe regeling zou gaan onderzoeken.

486 'Erfpacht bezorgt Utrechters financiële kopzorgen', schreef *De Utrechtse Internet Courant* op 11 maart 2016, <www.duic.nl/wonen/erfpacht-bezorgt-utrechters-financiele-kopzorgen/>, geraadpleegd op 14 juni 2018. Uit dit bericht blijkt dat de erfpachters een petitie waren gestart om de gemeente te bewegen tot een gunstige afkooprege-ling. Dat was aanleiding voor de vergadering van de raadscommissie op 24 maart 2016.

487 'Conversieregeling Erfpacht 2017' met bijlagen (raadsbesluit 2 november 2017), *Gemeenteblad Utrecht* 2017, nr. 81.

488 'Conversieregeling Erfpacht 2017' (raadsbesluit 2 november 2017), *Gemeenteblad Utrecht* 2017, nr. 81, nr. 1.6: "Door erfpachters nu in de gelegenheid te stellen hun erfpachtrechten onder gunstigere voorwaarden te converteren en eeuwigdurend af te kopen, kunnen niet alleen betalingsproblemen in de toekomst worden voorkomen. Het maakt dat erfpachters zich ook bewust worden van hun toekomstige financiële verplichtingen en biedt hen de mogelijkheid om hiervoor tijdig een regeling te treffen."

uiting dat de gemeente grond met de bestemming wonen niet langer in erfpacht wil uitgeven, maar in eigendom.[489]

Ook erfpachtrechten gesplitst in appartementsrechten komen in aanmerking voor de Conversieregeling 2017 voor zover het in de erfpachtakte vastgelegde gebruik uitsluitend wonen is en de erfpachter de woning zelf bewoont. Conversie vindt plaats onder opschortende voorwaarde:

> "De conversie van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht vindt plaats onder de opschortende voorwaarde dat alle erfpachters (appartementsgerechtigden) van het appartementencomplex hun appartementsrecht hebben geconverteerd. Erfpachters (appartementsgerechtigden) kunnen echter onafhankelijk van de overige erfpachters van het appartementencomplex met de gemeente een overeenkomst tot conversie van hun appartementsrecht aangaan. Deze overeenkomst wordt vastgelegd in een notariële akte en ingeschreven in de openbare registers van het kadaster. De conversie van het appartementsrecht geldt door deze inschrijving niet alleen voor de erfpachter die heeft geconverteerd, maar ook voor zijn rechtsopvolger(s). Nadat alle erfpachters van het appartementencomplex een overeenkomst tot conversie van hun appartementsrecht met de gemeente zijn aangegaan, kan het erfpachtrecht worden geconverteerd."[490]

De laatste zin oogt vrijblijvend, er staat dat het erfpachtrecht *kan* worden geconverteerd. Onder de conversieregeling 2003 was conversie van het erfpachtrecht nog geformuleerd als een verplichting op het moment dat alle appartementseigenaars een overeenkomst tot omzetting naar de AV 1989 hadden gesloten. Het kan jaren duren eer die situatie wordt bereikt, met name in grote appartementencomplexen. De vroegere onrust rond canonherziening lijkt zich verplaatst te hebben naar onrust rond de conversieregeling. Bij de uitvoering van de conversieregeling in het voorjaar van 2018 werden door de gemeente tal van fouten gemaakt[491] en een belangenorganisatie van erfpachters startte op 6 juni 2018 een rechtszaak tegen de gemeente vanwege oneerlijkheden in het gemeentelijke erfpachtstelsel die doorwerkten in de nieuwe conversieregeling.[492]

Het college dat in 2018 aantrad lijkt het gewijzigde beleid te willen continueren en verwacht gezien het collegeakkoord de komende jaren opbrengsten van erf-

---

489 'Conversieregeling Erfpacht 2017' (raadsbesluit 2 november 2017), *Gemeenteblad Utrecht* 2017, nr. 81, Bijlagenboek versie 13 oktober 2017, p. 2: "Het voormalige gemeentelijk beleid rond erfpacht op grond onder woningen past niet meer in de huidige tijdgeest. Sinds 2015 wordt de grond voor nieuwe woningen standaard verkocht. Voor de erfpachters die nog betalingen moeten doen in de toekomst, komt er een nieuwe regeling om de canon af te kopen en daarmee de kosten in de toekomst te beperken. Zij kunnen gelijk ook hun erfpacht om laten zetten naar volledig eigendom, als zij aan bepaalde voorwaarden voldoen."

490 'Conversieregeling Erfpacht 2017' (raadsbesluit 2 november 2017), *Gemeenteblad Utrecht* 2017, nr. 81, art. 1.6.

491 DUIC 12 april 2018, 'Gemeente Utrecht gaat de fout in met erfpachtafkoop en biedt excuses aan' (in het aanbod aan de erfpachters stond een onjuiste WOZ-waarde), <www.duic.nl/algemeen/gemeente-utrecht-gaat-de-fout-met-erfpachtafkoop-en-bied-excuses-aan/>, DUIC 28 april 2018, 'Fout met erfpacht kost 30.000 euro', <www.duic.nl/algemeen/fout-met-erfpachters-kost-30-000-euro-gemeenschapsgeld/>, DUIC 28 april 2018, 'Erfpachters: wederom fouten in tweede brief, vertrouwen is weg' (Platform Erfpacht Utrecht trekt aan de bel), <www.duic.nl/algemeen/erfpachters-wederom-fouten-tweede-brief-vertrouwen-weg/>, DUIC 2 mei 2018, 'Gemeente Utrecht probeert het nogmaals met derde brief' (wethouder aan gemeenteraad), <www.duic.nl/algemeen/fouten-eerste-en-tweede-brief-gemeente-utrecht-komt-met-derde-brief/>. Allen geraadpleegd op 14 juni 2018.

492 DUIC 6 juni 2018, 'Stichting Erfpachters Belang Utrecht start rechtszaak tegen gemeente Utrecht', <www.duic.nl/algemeen/stichting-erfpachters-belang-utrecht-start-rechtszaak-tegen-gemeente-utrecht/>, geraadpleegd op 14 juni 2018. Vgl. het persbericht op de website van de belangenorganisatie, <www.erfpacht-utrecht.nl/>.

pachtconversies. De regeling van de gemeente Utrecht over de omzetting van erfpacht naar vol eigendom wordt nader besproken in par. 6.5.6.

5.7.3 Eeuwigdurende erfpacht Amsterdam

De vernieuwing van het Amsterdamse erfpachtstelsel die in 2016 is ingevoerd voor nieuwe uitgiften werd eveneens ingegeven door de politieke wil om een oplossing te vinden voor de problemen rond canonherziening:

> "Het nieuwe stelsel voor eeuwigdurende erfpacht moet een oplossing bieden voor de volgende knelpunten in het huidige stelsel voor voortdurende erfpacht:
> – plotselinge stijging van de (woon)lasten bij canonherziening einde tijdvak;
> – onvoorspelbaarheid van de nieuwe canon bij aanvang van een nieuw tijdvak en daardoor onzekerheid over toekomstige woonlasten;
> – ingewikkelde procedures bij de vaststelling van de nieuwe canon bij canonherziening einde tijdvak;
> – terughoudendheid van banken bij de financiering van woningen op erfpacht aan het einde van het tijdvak."[493]

In het nieuwe stelsel wordt eenmalig de erfpachtcanon vastgesteld, waarna deze naar keuze van de erfpachter jaarlijks wordt betaald en geïndexeerd of eenmalig wordt afgekocht. Herziening van de canon komt alleen nog voor bij bestemmingswijziging. De keuze bestaat alleen bij woonbestemmingen,[494] erfpachters van percelen met een andere bestemming dienen de canon bij aanvang verplicht af te kopen. Anders dan in Utrecht en net als in Den Haag kan de erfpachter van een woning in Amsterdam kiezen voor periodieke canonbetaling, zodat ook erfpachters die niet in staat zijn tot eenmalige afkoop toch een woning kunnen kopen. Conversie van erfpacht naar eigendom is in Amsterdam, anders dan in Utrecht en Den Haag, nog niet aan de orde.

Opvallend en positief aan het nieuwe stelsel vind ik dat er regels zijn vastgelegd voor de contractuele fase, de overeenkomst tot uitgifte in erfpacht. De gemeente Amsterdam hanteerde voorheen, zoals gezien in par. 5.6.5, een uniforme werkwijze met een aanbieding tot uitgifte of herziening van de canon en de voorwaarden, maar nu is in het uitgiftebeleid precies vastgelegd onder welke voorwaarden de gemeente tot uitgifte overgaat. De overeenkomst komt privaatrechtelijk voorwaardelijk tot stand door aanvaarding door de erfpachter van een gedetailleerde aanbieding tot uitgifte van de gemeente. Na vervulling van de voorwaarden, die in ieder geval bestaan uit het betalen van een waarborgsom door de aankomend erfpachter, neemt de gemeente het besluit tot uitgifte waarmee de overeenkomst definitief wordt.[495] Tot nu toe werd bij stedelijke erfpacht betrekkelijk weinig

493 'Instemmen met de invoering van eeuwigdurende erfpacht voor nieuwe uitgiften' (raadsvoorstel 22 juni 2016), *Gemeenteblad Amsterdam* 2016 nr. 664, p. 7: "Bij eeuwigdurende erfpacht behoren canonherzieningen aan het einde van een tijdvak, zoals bij voortdurende erfpacht, tot het verleden. Eeuwigdurende erfpacht betekent zekerheid, voorspelbaarheid, transparantie en duurzaamheid."

494 Met uitzondering van locaties en gebouwen met de bestemming sociale huurwoning, *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 2000, antwoord op vraag 3 van het lid Koerhuis (VVD) over het bericht 'Erfpachtkorting "groene" woning'.

495 *Uitgiftebeleid eeuwigdurende erfpacht 2016*, Amsterdam: Gemeente Amsterdam 2016, art. 4. De verplichting tot storting van een waarborgsom staat in art. 2 lid 2 sub k en dient tot zekerheid dat de aankomende erfpachter zijn verplichtingen uit de erfpachtovereenkomst zal nakomen.

aandacht besteed aan de contractuele fase en de totstandkoming van de titel van vestiging. Het vastleggen van beleidsregels voor uitgifte maakt duidelijk waarop de wilsovereenstemming van grondeigenaar en toekomstige erfpachters is gericht, al is er natuurlijk nog steeds sprake van eenzijdig door de erfverpachter vastgestelde voorwaarden.

Het lijkt mij eveneens een positieve zaak indien zowel de bijzondere erfpachtvoorwaarden als de algemene erfpachtvoorwaarden integraal in de vestigingsakte worden opgenomen.[496] De Hoge Raad heeft weliswaar bepaald dat dit niet noodzakelijk is voor zakelijke werking van de algemene erfpachtvoorwaarden,[497] maar het komt de transparantie wel ten goede. De vestigingsakte wordt hierdoor een langer en een taai en moeilijker leesbaar document, maar dan staat wel buiten kijf dat alle inhoud van toepassing is op dat bepaalde erfpachtrecht. Verder is de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de erfverpachter van de algemene erfpachtvoorwaarden vervallen.[498] De bepalingen die het sterkst aan de ontwikkelingen in de tijd onderhevig zijn staan echter niet in de AB 2016 maar in afzonderlijke beleidsstukken zoals de jaarlijkse Grondprijzenbrief of het wijzigingenbeleid, stukken die door het college worden opgesteld en aangepast.[499] Het sluitstuk van de stelselwijziging betreft het conversiebeleid voor omzetting van de ruim honderdduizend voortdurende erfpachtrechten in eeuwigdurende erfpachtrechten. Dit beleid is in 2017 vastgelegd in een overstapregeling. Ook in Amsterdam heeft de invoering van het nieuwe erfpachtstelsel[500] en met name de bijbehorende overstapregeling geleid tot onrust onder erfpachters.

5.7.3.1 Overstapregeling 2017 Amsterdam

De Overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017 van de gemeente Amsterdam werd bij raadsbesluit van 28 juni 2017 vastgesteld.[501] Erfpachters kunnen zich online aanmelden om over te stappen van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht. Indien aan de voorwaarden wordt voldaan ontvangt de erfpachter een aanbod van

496 *Uitgiftebeleid eeuwigdurende erfpacht 2016*, Amsterdam: Gemeente Amsterdam 2016, art. 1 sub d vermeldt bij de definitie van bijzondere erfpachtbepalingen dat deze vormen: 'de bepalingen die gelden in aanvulling op, naast of in afwijking van de op het erfpachtrecht van toepassing te verklaren algemene bepalingen en *met die algemene bepalingen* zullen worden opgenomen *in de erfpachtakte*.' Nadruk toegevoegd.

497 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41, m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), r.o. 4.1.3, behandeld in par. 5.3.6.

498 'Instemmen met de invoering van eeuwigdurende erfpacht voor nieuwe uitgiften' (raadsvoorstel 22 juni 2016), *Gemeenteblad Amsterdam* 2016 nr. 664, p. 19 (toelichting op beslispunt 4.2): "De gemeente kan niet de algemene bepalingen aanpassen en eenzijdig op een erfpachtrecht van toepassing verklaren in het eeuwigdurende stelsel."

499 Een overzicht van het aanvullende erfpachtbeleid is te vinden op de website van de gemeente Amsterdam, <www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/nieuw-beleid/>, de overige regelingen staan op de pagina met achtergrondinformatie, <www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/achtergrond-erfpacht/>, geraadpleegd op 14 juni 2018.

500 De voorzieningenrechter besliste dat de gemeente Amsterdam de voorgenomen nieuwe erfpachtregeling op de agenda van de gemeenteraad mocht zetten zonder dat zij gelijktijdig een voorstel tot het houden van een referendum daarover behoefde te behandelen, Rb. Amsterdam 28 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4749 (*erfpachter/Amsterdam*).

501 'Overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017' (vastgesteld in college van B&W van 9 mei 2017 en aangepast n.a.v. collegebesluiten in college van B&W van 19 december 2017), *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, nr. 683. Genoemde besluiten betreffen de door de raad op 28 juni 2017 ingediende moties. Uit de besluiten volgde onder meer dat in de overstapregeling rekening moest worden gehouden met duurzame investeringen van de erfpachters.

de gemeente, door aanvaarding waarvan een overeenkomst tot stand komt onder voorbehoud van bestuurlijke goedkeuring. De goedgekeurde overeenkomst wordt vastgelegd in een notariële akte die wordt ingeschreven in de openbare registers. Het verzoek kan op elk gewenst moment gedaan worden. Aan het einde van een canontijdvak doet de gemeente een aanbieding tot voortzetting van de voortdurende erfpacht en een aanbieding tot overstap naar eeuwigdurende erfpacht, naar keuze van de erfpachter. Het college dat in 2018 aantrad biedt erfpachters die voor 2020 overstappen naar het nieuwe stelsel een korting van tien procent en heeft aangekondigd een adviescommissie in te stellen die de toekomst van het erfpachtstelsel gaat onderzoeken.[502]

De Overstapregeling kent de volgende voorwaarden. Het erfpachtrecht moet uitsluitend een woonbestemming hebben, maar niet vallen onder de erfpachtvoorwaarden voor woningcorporaties of havengebieden.[503] De erfpachter mag geen canonachterstand hebben, moet het perceel gebruiken conform de bestemming en ook overigens voldoen aan alle geldende erfpachtvoorwaarden.[504] Bij de overstap worden de AB 2016 direct op het dan nog voortdurende erfpachtrecht van toepassing. Pas na het einde van het lopende tijdvak wordt het erfpachtrecht eeuwigdurend en wordt de bijbehorende canon voor het eeuwigdurende erfpachtrecht verschuldigd. Tot het einde van het tijdvak blijft de erfpachter de geldende canon met de eventueel daaraan verbonden indexering betalen.[505] Zowel de canonverplichting van het lopende tijdvak als de canon van het eeuwigdurende erfpachtrecht kunnen in een keer vooruit worden betaald op het moment van de overstap.[506] De canon voor het eeuwigdurende erfpachtrecht wordt berekend door de erfpachtgrondwaarde te vermenigvuldigen met het canonpercentage. De zogenoemde erfpachtgrondwaarde wordt berekend aan de hand van de WOZ-waarde van de onroerende zaak uit het jaar voorafgaand aan de overstap te vermenigvuldigen met een grondquote en het resultaat, de waarde van de grond, te verminderen met tien procent omdat de grond met een erfpachtrecht is be-

502 ‘Een onafhankelijke commissie gaat adviseren over de toekomst van het voortdurende en eeuwigdurende erfpachtstelsel daarbij wordt onder meer gekeken naar de meerwaarde en de wenselijkheid van de mogelijkheid van afkoop van de erfpachtcanon’, Bron: <www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/nieuws-erfpacht/erfpacht-nieuwe/>. De korting geldt voor alle overstappers, < www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/extra-korting/>.

503 ‘Overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017’, *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, nr. 683, art. 3. De aanbieding, het besluit en de akte worden uitgewerkt in hoofdstuk III van de Overstapregeling.

504 ‘Overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017’, *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, nr. 683, art. 7 en 8 bevatten de uitvoerige voorwaarden.

505 ‘Overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017’, *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, nr. 683, art. 13 lid 1: “Bij overstap naar eeuwigdurende erfpacht behoudt de erfpachter de financiële voorwaarden die tot de einddatum van het tijdvak aan zijn voortdurende erfpachtrecht verbonden zijn. Dit is uitgewerkt in artikel 10 lid 3 letter a. Voor een erfpachtrecht waarvoor een canon verschuldigd is, betekent dit dat de canonbetaling tot de einddatum van het tijdvak van het voortdurende erfpachtrecht plaats blijft vinden conform het regime van het voortdurende erfpachtrecht. Voor een erfpachtrecht waarvan de canon tot de einddatum van het tijdvak van het voortdurende erfpachtrecht vooruitbetaald is, betekent dit dat tot die datum geen canon verschuldigd is.” Art. 13 lid 4 bevat de betalingsopties bij overstap.

506 ‘Overstapregeling van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017’, *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, nr. 683, art. 10. De berekening van de canon voor eeuwigdurende erfpacht is opgenomen in art. 11 en 12.

zwaard.[507] Tot 1 januari 2020 wordt erfpachters die overstappen een korting op de canon gegeven en wordt de laagste WOZ-waarde uit 2015 of 2016 tot uitgangspunt genomen. Een en ander betekent dat de erfpachter die overstapt op het moment van de overstap zekerheid verkrijgt over zijn financiële lasten, zowel voor de periode dat zijn recht nog voortdurend is als voor de periode daarna waarin zijn recht eeuwigdurend zal zijn geworden. Canonherziening anders dan aanpassing aan de inflatie is uitgesloten. Verzet ontstond bij de erfpachters tegen de hoogte van de door de gemeente gehanteerde canons en afkoopsommen.[508] Met name de toerekening van de waarde van de bloot eigendom middels een gedifferentieerd stelsel van grondquotes stuit op verzet, het meest in de woongebieden waar de grondquote op een hoog percentage is vastgesteld. En ook in Amsterdam ontstonden vertragingen bij de uitvoering.[509]

Het uitgangspunt van eeuwigdurende erfpacht met afgekochte canon is dat de erfpachter eenmalig de grondprijs betaalt en daarna een gebruiksrecht heeft voor onbepaalde duur waaraan bij gelijkblijvend gebruik geen verdere kosten zijn verbonden. Dat is in Amsterdam niet anders dan in Utrecht. De prijs die de erfpachter voor de overstap naar eeuwigdurende erfpacht betaalt bestaat in beide gevallen, eenvoudig gezegd, uit de grondwaarde. Het is geen eenvoudige opgave die prijs te bepalen omdat niet de gehele bloot eigendom overgaat naar de erfpachter, alleen de vergoeding (canon) wordt eeuwigdurend afgekocht. De gemeente behoudt bij eeuwigdurende erfpacht de bloot eigendom van de grond zonder inkomsten en met slechts een beperkt aantal bevoegdheden, bestaande uit incassering van de economische meerwaarde bij bestemmingswijziging en de bevoegdheid tot opzegging van het recht in het algemeen belang. Deze bevoegdheden zouden op de grondwaarde in mindering moeten worden gebracht om de prijs voor de erfpachter te bepalen. Hij verkrijgt immers geen vol eigendom, al benadert zijn gebruiksrecht dat wel en verkrijgt zijn erfpachtrecht daardoor meer waarde.

In Utrecht betaalt de erfpachter die een eeuwigdurend recht verkrijgt sinds 1989 de grondwaarde als koopsom. Erfpachters van bestaande voortdurende rechten kunnen in Utrecht hun recht omzetten naar eeuwigdurende erfpacht door betaling van een eenmalige afkoopsom waarna hun recht direct eeuwigdurend is geworden. In Amsterdam kan een voortdurend erfpachtrecht reeds nu voor het einde van het tijdvak worden omgezet naar een eeuwigdurend recht. De vraag kan ge-

507 De grondwaardebepaling is niet opgenomen in de Overstapregeling zelf, maar in het beleidsstuk *De grondwaardebepaling voor bestaande erfpachtrechten 2017* (vastgesteld in College van Burgemeester & Wethouders van 9 mei 2017, behandeld in gemeenteraad op 28 juni 2017 en gewijzigd naar aanleiding van collegebesluit van 31 oktober 2017). Bron: <www.amsterdam.nl/wonen-leefomgeving/erfpacht/grondprijzenbrief/grondwaardebepaling/>, geraadpleegd op 15 juni 2018.

508 Zie diverse berichten in dagblad Het Parool, <www.parool.nl/alle-nieuws-over-erfpacht/>, geraadpleegd op 15 juni 2018. Het verzet wordt onder meer gevoerd door de belangenorganisatie van erfpachters. Zie ook Ploeger & Bounjouh 2017 die de politiek oproepen een evenwichtige en begrijpelijke basis voor de canon vast te stellen nu de wet hierin tekortschiet, want 'als het gaat om de redelijkheid van de te betalen canon door particulieren, en derhalve om de grondslagen waarop die canon gebaseerd is, kan ons inziens het recht niet volstaan en de maatschappij geen genoegen nemen met de inhoudsloze norm van art. 5:86 [=85] lid 2 BW'.

509 Het Parool 14 maart 2018, 'Van der Burg zet vol in op wegwerken achterstand erfpacht', <www.parool.nl/amsterdam/van-der-burg-zet-vol-in-op-wegwerken-achterstand-erfpacht~a4580890/> en Het Parool 13 april 2018, 'VEH: meer tijd nodig voor overstap erfpacht', <www.parool.nl/amsterdam/veh-meer-tijd-nodig-voor-overstap-erfpacht~a4592368/>, geraadpleegd 15 juni 2018.

steld worden of de erfpachtgrondwaarde die als afkoopsom dient, overeenkomt met de verminderde waarde van de bloot eigendom. En of er geen appels met peren vergeleken worden. Uitgaande van de waardering van iedere onroerende zaak volgens de Wet WOZ wordt vervolgens onderscheiden tussen de waarde van de grond en de waarde van de opstal waarbij de opstalwaarde wordt beperkt tot de herbouwkosten. Omdat de gemeente Amsterdam als erfverpachter uitsluitend gebruiksrechten en geen opstalrechten verleent zou dat betekenen dat de waarde van het erfpachtrecht vooral bestaat uit de herbouwkosten van de opstal die eigendom is van de gemeente. De waarde van het gebruiksrecht bij erfpacht wordt gevormd door de waarde van de volle eigendom te verminderen met de zogenoemde insnoerende bepalingen die de erfpachter beperken in zijn gebruik van de grond.[510] Factoren hierbij zijn onder meer de hoogte van de (toekomstige) canon, of recht bestaat op een opstalvergoeding of de mate waarin het gebruiksrecht in de vestigingsakte anderszins is beperkt. Dat zijn heel andere waardeaspecten dan de herbouwwaarde van de opstal, zeker nu de opstal in het Amsterdamse stelsel strikt genomen door natrekking aan de gemeente toekomt.

5.7.3.2 Appartementsrechten Amsterdam

Bij een erfpachtrecht dat is gesplitst in appartementsrechten kunnen appartementseigenaars individueel overstappen op basis van art. 6 van de Overstapregeling.[511] Net als in Utrecht sluit de appartementseigenaar-erfpachter een overeenkomst tot overstap met de gemeente, waarin een kwalitatieve verplichting, een kettingbeding en een boetebeding zijn opgenomen om rechtsopvolgers van het appartementsrecht aan de overstap naar eeuwigdurende erfpacht te verbinden. De verplichting bestaat uit medewerking aan omzetting van het voortdurende erfpachtrecht in een eeuwigdurend erfpachtrecht op het moment dat alle appartementseigenaars zijn overgestapt. Het gaat om grote aantallen.[512] De constructie is vergelijkbaar met die in Utrecht.

5.7.4 Erfpachtstelsels andere gemeenten

Vrijwel alle grote gemeenten zijn de afgelopen jaren afgestapt van een beleid waarbij grond uitsluitend in erfpacht wordt uitgegeven, als zij een dergelijk be-

510 Art. 5:89 lid 1 BW. Dat is de waarde van het erfpachtrecht die op grond van art. 5:87 lid 2 BW bij beëindiging door opzegging vergoed dient te worden en die algemeen gesteld wordt op 'de opbrengst die een derde zou over hebben voor een erfpachtrecht op het registergoed, onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur,' aldus Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:87, aant. 4: 'Vergoedingsrechten' (online, bijgewerkt 1 augustus 2018). Zie ook Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, titel 7 Boek 5 BW, aant. 70.2: 'Waarde van het erfpachtrecht' (online, bijgewerkt 30 januari 2018).

511 'Overstapregeling van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht voor woonbestemmingen 2017' (raadsvoorstel), *Gemeenteblad Amsterdam* 2017, nr. 683, punt 5.3: "Bij een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht kan elke appartementsgerechtigde individueel overstappen door middel van een (obligatoire) overeenkomst, versterkt met een kwalitatieve verplichting en een kettingbeding met boetebeding."

512 *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 1849, antwoord op vraag 4 van het lid Ronnes (CDA) over erfpacht: "Er zijn in Amsterdam ruim 7.000 erfpachtrechten die na uitgifte in appartementsrechten zijn gesplitst. Daaruit zijn in totaal circa 180.000 woningappartementsrechten ontstaan."

leid al ooit hadden ingevoerd.[513] Veelal vormt een verschuiving in de politieke verhoudingen de aanleiding voor de beleidswijziging. De meeste gemeenten geven hun grond tegenwoordig uit in eigendom en zetten erfpacht nog uitsluitend in als instrument om in bijzondere situaties maatwerk te kunnen leveren, bijvoorbeeld bij strategische grondposities en ten behoeve van herontwikkeling. Aan erfpachters van nog lopende rechten wordt de mogelijkheid geboden de bloot eigendom van de grond te kopen. De argumenten om van erfpacht af te stappen betreffen onder meer de geringe omvang van het aantal uitgiften in de gemeente en de rechtsongelijkheid tussen burgers indien erfpachters meer afdragen aan de gemeenten dan andere woningbezitters, de negatieve invloed van erfpacht op het vestigingsklimaat, de toegenomen publiekrechtelijke middelen om sturing te geven aan grondgebruik, het tegenvallen van de erfpachtinkomsten voor de gemeente en soms ook de problemen met erfpachters rond canonherziening. Dergelijke ontwikkelingen hebben zich onder meer voorgedaan in Leiden, Delft, Haarlem, Zaanstad en Groningen. De Groningse Rekenkamer memoreert in een onderzoek onder meer de overwegingen van andere gemeenten om erfpacht af te schaffen:

> "De nader uitgelichte gemeenten vallen Groningen niet bij wat betreft het toekomen van meerwaarde van grond aan de gemeenschap. Gewezen wordt op de bijna onmogelijkheid om de gehele grondwaardestijging toe te laten komen aan de gemeenschap. Daarnaast ontstaat er vaak veel onenigheid met erfpachters over de vaak exceptionele stijging van de canon en de financiële verschillen tussen erfpachters. Het feit dat erfpachters wel moeten betalen voor de stijging van hun grond en andere burgers niet, bleek ook vaak een heikel punt."[514]

Hieronder wordt ter illustratie kort ingegaan op de actuele situatie in de gemeenten Rotterdam, Schiedam en Vlaardingen, drie gemeenten met een lange ervaring op het gebied van erfpachtstelsels.

5.7.4.1 Erfpachtstelsel Rotterdam

De gemeente Rotterdam heeft vanaf 1964 grond in erfpacht uitgegeven onder toepassing van diverse algemene erfpachtvoorwaarden. Na de raadsverkiezingen van 2002 vond een politieke verschuiving plaats die leidde tot een beleidswijziging en sindsdien geeft de gemeente geen grond meer in erfpacht uit en worden erfpachters gestimuleerd de bloot eigendom van de grond aan te kopen.[515] Onder de AV 1982 werden gronden met een woonbestemming in beginsel voor 75 jaar en gronden met andere bestemmingen voor 50 jaar in erfpacht uitgegeven tegen een canon die jaarlijks werd geïndexeerd en iedere tien jaar werd herzien. De

513 Zie Companen 2013, p. 3, de tabel met 24 grote gemeenten die een erfpachtstelsel hebben ingevoerd en gewijzigd. Zie ook Ploeger & De Wolff 2014, p. 184: '(...) de vaststelling van de canon en de wijze van herziening, en de daarmee gepaard gaande forse stijgingen in de door de erfpachter te betalen vergoeding, [vormen] belangrijke kritiekpunten in de huidige discussie over stedelijke erfpacht in Nederland', en op p. 186: "Onlangs is in alle grote Nederlandse steden een belangrijke verandering van het erfpachtssysteem gerealiseerd of is er in ieder geval discussie over."

514 *Erfpacht in Groningen. Onderzoek naar de beleidsuitvoering*, Groningen: Rekenkamercommissie gemeente Groningen 2009, p. 24.

515 *Nota erfpacht gemeente Vlaardingen*, Vlaardingen: Gemeente Vlaardingen 2014, p. 11, onder verwijzing naar Nelisse 2008, p. 60-62. De nota van de gemeente Vlaardingen beschrijft erfpachtstelsels van verschillende andere gemeenten, waaronder het erfpachtstelsel van de gemeente Rotterdam.

erfpachter heeft onder de AV 1982 in beginsel recht op verlenging van zijn recht.[516] Onder de AV 1993 werden gronden in beginsel voor 99 jaar in erfpacht uitgegeven tegen betaling van een canon die jaarlijks werd geïndexeerd en telkens na tien en na vijftig jaar kon worden herzien, afkoop voor vijftig of 99 jaar was ook mogelijk.[517] Onder de AV 2006 werden gronden in beginsel eeuwigdurend in erfpacht uitgegeven, tenzij in de overeenkomst tot uitgifte anders was bepaald, en tegen een eenmalig of periodiek te betalen canon.[518] In 2012 bestonden er in de gemeente nog circa 25.000 erfpachtcontracten waarvan circa 20.500 erfpachters de canon voor 50, 75 of 99 jaar hadden afgekocht en circa 4.500 erfpachters jaarlijkse canon betaalden.[519] Canonherziening komt dus nog op vrij grote schaal voor. Aan zittende erfpachters wordt de bloot-eigendom te koop aangeboden, tegen betaling van een koopprijs gebaseerd op de actuele grondwaarde.[520] De motieven om af te stappen van uitgifte in erfpacht zijn onbekend, maar de erfpachter die de bloot-eigendom aankoopt is daarmee voor altijd gevrijwaard van canonherzieningen.[521]

Kort samengevat bestaat in de gemeente Rotterdam nog een aanzienlijk aantal erfpachtrechten waarop canonherziening van toepassing is. Vanaf 2006 werden percelen in eeuwigdurende erfpacht uitgegeven met naar keuze een periodieke canon of afkoop. Tegenwoordig wordt grond voor woningbouw nog uitsluitend in eigendom uitgegeven en wordt aan erfpachters van bestaande rechten de bloot-eigendom te koop aangeboden. Eeuwigdurende erfpacht en aankoop bloot-eigendom zijn twee bekende remedies tegen de problemen rond canonherziening.

5.7.4.2 Erfpachtstelsel Schiedam

De gemeente Schiedam geeft al sinds het begin van de twintigste eeuw grond uit in tijdelijke erfpacht en daarbij wordt in ieder geval vanaf 1906 de canon periodiek herzien.[522] De gemeente kent daarmee veel erfpachtrechten en heeft veel ervaring met canonherziening. De meest recente algemene erfpachtvoorwaarden uit 2004 kennen een uitgifteduur van 99 jaar, een tienjaarlijkse canonherziening en de mogelijkheid de canon vijftig jaar af te kopen. Ook in Schiedam leidden

516 ‘Algemene bepalingen voor de uitgifte in erfpacht van onroerend goed van de gemeente Rotterdam’ (notariële akte van 25 augustus 1982, ingeschreven in hypotheekregister 4, Rotterdam, deel 7560 nummer 1), art. 4 (duur), 13 (canon), 16 (jaarlijkse indexering), 17 (herziening iedere 10 jaar) en 32 (recht op verlenging).

517 Van Velten e.a. 1995, p. 183-196 (Bijlage B). Art. 2 (duur), 5 (canon en herziening na 50 jaar), 6 (jaarlijkse indexering), 7 (heroverweging canon iedere 10 jaar) en 8 (afkoop). Zie ook p. 30-31 over het Rotterdamse stelsel.

518 ‘Algemene voorwaarden voor vestiging van erfpacht op onroerende zaken van de gemeente Rotterdam in beheer bij het Ontwikkelingsbedrijf Rotterdam (2006)’, Rotterdam: Gemeente Rotterdam 2006, art. 2 (duur) en 10 (canon). Of de canon kon worden herzien blijkt niet uit de AV 2006.

519 Brief college van Burgemeester en Wethouders aan de raadscommissie Fysieke infrastructuur en buitenruimte van 15 februari 2012 over de Erfpachtmaatregel 2009, p. 3: “De gemeente beheert thans circa 25.000 erfpachtcontracten. Van een groot deel van deze contracten is de canonverplichting afgekocht. Bij circa 4.500 contracten is de erfpachtcanon periodiek verschuldigd.”

520 Zie de webpagina Erfpachtgrond kopen woning of kantoor, <www.rotterdam.nl/loket/erfpachtgrond-kopen/>, geraadpleegd op 15 juni 2018.

521 Zie bijvoorbeeld dit antwoord op veelgestelde vragen over aankoop bloot-eigendom: ‘U heeft geen last meer van tussentijdse indexeringen en herzieningen van de canon,’ genoemd op de webpagina <www.rotterdam.nl/loket/erfpachtgrond-kopen/>, geraadpleegd 15 juni 2018.

522 Hudig 1908, p. 76-102 bevatte als bijlage 1 de algemene voorwaarden 1906 (die de AB uit 1902 vervangen) en waarin de duur van de erfpachtrechten was bepaald op 75 jaar (art. 2 modelvoorwaarden, met recht op verlenging) en de canon iedere 25 jaar opnieuw werd vastgesteld (art. 3 modelvoorwaarden).

coalitieafspraken in 2014 tot een stelselwijziging, vastgelegd in de Kadernota Grond en bedoeld om de knelpunten in het erfpachtstelsel aan te pakken.[523] In reactie op de vraag vanuit de samenleving geeft de gemeente grond voor woningbouw en maatschappelijke functies niet langer in erfpacht maar in eigendom uit. Sinds 2005 was het al mogelijk voor zittende erfpachters van percelen met een woonbestemming om de bloot-eigendom aan te kopen, vanaf 2015 wordt bij alle nieuwe gronduitgiftes uitgifte in eigendom regel.[524] Aanleiding voor de stelselwijziging vormde ook in Schiedam de problemen rond canonherziening:

> "In deze beleidsnota worden oplossingen opgenomen voor buitensporige canonverhogingen, wordt bij gronduitgifte bij woningbouw eigendom het uitgangspunt, doch blijft erfpacht mogelijk, wordt een actie gehouden waarbij eigenaar/bewoners worden uitgenodigd erfpacht om te zetten in eigendom, wordt geanticipeerd op aflopende afkoopcontracten bij woningen, geeft de gemeente tien jaar voor het aflopen van een erfpachtcontract duidelijkheid over de toekomst, en blijft het beleid voor gronduitgifte voor bedrijven ongewijzigd. Bij de aanpassing van het grondbeleid/erfpacht blijft de gemeentelijke financiële houdbaarheid het leidend kader."[525]

In Schiedam wordt dus niet de tussenstap gemaakt van eeuwigdurende erfpacht, maar wordt het probleem canonherziening opgelost door de bloot eigendom van de grond te koop aan te bieden. Het resultaat van die aankoop is dat het erfpachtrecht door vermenging tenietgaat. In lijn met de afname van haar grondbezit ziet de gemeente voor zichzelf een andere rol weggelegd als het gaat om de fysieke ontwikkeling van de stad, zij wil niet langer een actieve grondpolitiek voeren maar overgaan tot meer een faciliterende rol waarbij zij de ontwikkeling zoveel mogelijk aan de markt overlaat.

De ervaring in Schiedam is dat het verschijnsel canonexplosie door de maatregelen is afgenomen, maar niet geheel verdwenen, en dat canonherziening ook tot verlaging van de canon kan leiden.[526] Van de particuliere woningerfpachters die tussen 2005 en 2010 een aanbod voor conversie van erfpacht naar eigendom ontvingen, heeft ongeveer 25% van die mogelijkheid gebruikgemaakt. In het kader van het nieuwe beleid wordt conversie opnieuw onder de aandacht gebracht, met gerichte informatie omtrent de actuele canon per erfpachtrecht, de aanstaan-

523 De *Kadernota Grond 2015* van de gemeente Schiedam bevat drie toelichtende bijlagen waarin respectievelijk het grondbeleid, het grondprijzenbeleid en het gronduitgiftebeleid nader worden toegelicht.

524 *Kadernota Grond 2015*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2015, p. 9: "Het nieuwe gronduitgiftebeleid wordt gekenmerkt door het feit dat gronduitgifte in eigendom het uitgangspunt is. Alle nieuwe gronduitgiften gaan in eigendom, tenzij teruggevallen dient te worden op erfpacht als uitgiftevorm (…). Als een gegadigde voor gronduitgifte in eigendom toch de voorkeur zou hebben voor uitgifte in erfpacht, dan kan daaraan tegemoet worden gekomen."

525 Bestuurs- en Beleidsakkoord 2014-2018 'Samen Schiedam Vernieuwen', eerste speerpunt, zoals geciteerd in de Kadernota Grond 2015 gemeente Schiedam, p. 2.

526 *Kadernota Grond 2015*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2015, p. 10: "Canonsprong. Inmiddels is duidelijk dat actuele integrale canonherzieningen in veel gevallen tot verlaging van de canon leiden. De kans dat een canon (veel) stijgt neemt af. Toch blijft de zorg voor grote canonverhogingen. Elke verandering in de hoogte van de canon heeft een direct verband met de ontwikkelingen op de vastgoedmarkt. Ondanks die marktwerking kan in concrete gevallen sprake zijn van een canonsprong die problematisch is. Conversie naar eigendom is de meest voor de hand liggende oplossing om (voor altijd) canonverhogingen te voorkomen. Dat is niet altijd voor iedereen mogelijk (door bijvoorbeeld leeftijd, werkeloosheid, schulden). Voor problematische canonverhogingen zal maatwerk worden geboden via een zogenoemde klimcanon. Vuistregel hierbij is dat dit bij woningerfpachten automatisch wordt aangeboden indien sprake is van verdubbeling van de canon over een tijdsvak van 10 jaar. Hiernaast bestaat een regeling 'schrijnende gevallen' waardoor een concrete korting op de canon wordt verleend, welke wordt bijgeschreven voor afrekening indien de woning ooit met overwaarde wordt verkocht."

de datum van canonherziening en de expiratiedatum van het recht.[527] Bij canonherziening wordt de erfpachter de keuze gegeven tussen canonherziening en aankoop van de bloot eigendom.

Op bedrijventerreinen blijft uitgifte in erfpacht standaard, maar zal op verzoek en onder strikte voorwaarden ook gemeentegrond in eigendom kunnen worden verkregen. Verzoeken van bedrijven worden getoetst aan vier criteria: werkgelegenheid, passend binnen het profiel of programma van het gebied, passend binnen het beleid voor bedrijventerreinen en financiële houdbaarheid. Het college heeft deze criteria verder uitgewerkt als beleidsregels per bedrijventerrein waarbij in het bijzonder rekening wordt gehouden met herstructureringsgebieden en bedrijventerreinen in de rivierzone.[528]

Kort samengevat wordt in Schiedam de problematiek rond canonherziening bestreden door zittende erfpachters van een perceel grond met bestemming woningbouw de mogelijkheid te geven de bloot eigendom aan te kopen. Sinds 2015 wordt grond voor woningbouw in beginsel alleen nog verkocht en niet meer in erfpacht uitgegeven. Voor grond op bedrijventerreinen blijft uitgifte in erfpacht regel, maar is op verzoek uitgifte in eigendom of aankoop van bloot eigendom mogelijk. Daarnaast is opvallend dat de economische ontwikkelingen hebben geleid tot afname van de canonherzieningsproblematiek.

5.7.4.3 Erfpachtstelsel Vlaardingen

De gemeente Vlaardingen geeft sinds vele eeuwen grond in tijdelijke erfpacht uit en kent dus relatief veel erfpachtrechten.[529] Op die rechten zijn verschillende voorwaarden van toepassing waarbij in de regel sprake is van periodieke canonherziening en van de mogelijkheid de canon af te kopen, maar niet van indexering. Vanaf 1997 werd omzetting naar eigendom aangeboden. In 2014 is het stelsel aangepast wegens problemen met financiering van tijdelijke rechten en teruggelopen inkomsten uit erfpacht.[530] Aan erfpachters wordt sindsdien de keuze geboden hun aflopende tijdelijke recht om te zetten in eeuwigdurende erfpacht tegen een jaarlijks geïndexeerde canon conform de AV 2014 of omzetting naar eigendom door aankoop van de bloot eigendom van de grond. De eeuwigdurende erfpacht is bedoeld om de financieringsproblemen voor erfpachters op te lossen. Omdat er geen canonherziening meer plaatsvindt zou de constructie aanvaardbaar zijn voor hypotheekbanken. Bij nieuwe gronduitgiften heeft de gemeente de

527 *Kadernota Grond 2015*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2015, p. 9-10. De te ondernemen acties worden nader uitgewerkt in bijlage III Gronduitgiftebeleid, p. 6-7.

528 *Kadernota Grond 2015*, Schiedam: Gemeente Schiedam 2015, p. 2 en p. 11. De beleidsformulering wordt uitgewerkt in bijlage III Gronduitgiftebeleid, p. 11-12.

529 Dit betreft over het algemeen tijdelijke en een klein deel eeuwigdurende erfpachtrechten, 'Nota erfpacht gemeente Vlaardingen 2014', *Gemeenteblad Vlaardingen* 2013-37, p. 16-18. Uit figuur 2 blijkt dat van de ruim 14.000 rechten er ongeveer 11.500 tijdelijk zijn en dat circa 4.500 de canon hebben afgekocht. Uit figuur 3 blijkt dat canonherziening veelal om de vijf jaar, tien jaar of twintig jaar voorkomt. Dat is relatief vaak.

530 'Nota erfpacht gemeente Vlaardingen 2014', *Gemeenteblad Vlaardingen* 2013-37. De historische ontwikkeling in Vlaardingen wordt beschreven op p. 6-9 en de actuele situatie op p. 16-21. De verhouding tussen erfpachtopbrengsten en -kosten wordt toegelicht op p. 20-21. De gemeente Vlaardingen heeft bij het herzien van het stelsel mede de criteria van de NVB voor de financiering van particuliere erfpacht in acht genomen, p. 23.

keuze tussen uitgifte in eigendom of in eeuwigdurende erfpacht. Het nieuwe stelsel is bedoeld om verkoop van bestaande en nieuwe woningen te stimuleren.

De gemeente wenst bij de afloop van tijdelijke rechten deze niet te verlengen, maar om te zetten in eigendom, net als de gemeente Rotterdam, maar geeft toe dat erfpachters niet gedwongen kunnen worden de bloot eigendom te kopen.[531] Mogelijk bieden de algemene erfpachtvoorwaarden de mogelijkheid van verlenging van het recht. Ook voor erfpachtrechten gevestigd voor 1992 zal de gemeente op grond van jurisprudentie aan de voormalige erfpachter de waarde van de opstal dienen te vergoeden. En op grond van art. 5:98 BW loopt het erfpachtrecht voor onbepaalde tijd door.[532] De gemeente ziet als oplossing het aanbieden van een keuze aan de erfpachter tussen het vestigen van een nieuw eeuwigdurend erfpachtrecht met een jaarlijks geïndexeerde canon of eenmalige afkoop van de canon en aankoop van de bloot eigendom. Naar de verwachting van de gemeente zullen de erfpachters van woningen niet allemaal tevreden gesteld kunnen worden, maar zullen bedrijfsmatige erfpachters vooral voordelen zien in dit nieuwe stelsel.[533] Kort samengevat is het nieuwe erfpachtstelsel in Vlaardingen gericht op het oplossen van specifieke lokale knelpunten die niet primair samenhangen met canonherziening, zoals het aflopen van grote aantallen tijdelijke rechten. De twee geboden oplossingen zijn bekend uit andere gemeenten en bestaan uit varianten waarin geen canonherziening meer voorkomt.

---

531 'Nota erfpacht gemeente Vlaardingen 2014', *Gemeenteblad Vlaardingen* 2013-37, p. 11 (par. 3.2. over het beleid van de gemeente Rotterdam): "Het huidige beleid van de gemeente is erop gericht geen gronden meer uit te geven in erfpacht aan particuliere woningbezitters. Nieuwe gronden voor particulieren worden dan ook enkel uitgegeven in eigendom, de waarde van de gronden bepaalt de gemeente residueel. In het huidige gemeentelijke beleid is ook opgenomen dat rechten die aflopen niet worden verlengd. *Deze gronden zouden door de erfpachters moeten worden overgenomen in eigendom, wat in strijd is met het Burgerlijk Wetboek*. Wat dit aspect betreft verkeert Rotterdam dus in dezelfde situatie als Vlaardingen. De exacte regelingen en uitwerking van het beleid rondom aflopende tijdelijke rechten moet nog door de gemeente worden vastgesteld. De eerste rechten lopen pas over twintig jaar af. De gemeente streeft ernaar om tien jaar voor de afloopdata het beleid volledig helder, uitgewerkt en vastgesteld te hebben." Nadruk toegevoegd.

532 'Nota erfpacht gemeente Vlaardingen 2014', *Gemeenteblad Vlaardingen* 2013-37, p. 27: "Het Burgerlijk Wetboek gaat in de situatie dat sprake is van een tijdelijk erfpachtrecht, waarvan de uitgiftetermijn is verlopen, uit van voortduren van het erfpachtrecht. Niet zonder meer is dan sprake van een geëindigd erfpachtrecht, maar wettelijk is er alsdan sprake van een primair door de regels van het Burgerlijk Wetboek bepaald erfpachtrecht van onbepaalde duur. Daarnaast kan door de rechter worden bepaald dat redelijke contractsbepalingen eveneens tussen partijen bij voortduring van het erfpachtrecht zullen blijven gelden. Dit is sterk afhankelijk van individuele gevallen die aan het oordeel van de rechter zullen worden onderworpen. Voor een dergelijk erfpachtrecht kunnen dan de wettelijke regels van opzegging en/of beëindiging gelden, maar ook in dat geval is bepaald dat – wanneer het een erfpachtrecht betreft omvattende een woning of woningen – bij het einde van een dergelijk erfpachtrecht de erfverpachter de marktwaarde van het onroerend goed dient te vergoeden aan de dan ex-erfpachter. Kortom, *de gemeente kan de erfpachter niet dwingen bij het einde van het tijdelijke recht de grond te kopen, en de erfpachter kan de gemeente ook niet zonder meer dwingen om de opstal van hem te kopen. De gemeente en de erfpachter zijn aldus tot elkaar veroordeeld en het is aan de gemeente om een redelijke oplossing aan te bieden*. Vanzelfsprekend dient de gemeente uit te gaan van gelijke behandeling van gelijke gevallen en dient aldus een gemeentelijk beleid te worden gevoerd dat gekenmerkt wordt door behoorlijk bestuur. Het formaliseren van het voortduren van het erfpachtrecht, onder geactualiseerde financiële voorwaarden, als alternatief voor de koop van grond, voldoet aan die eisen." Nadruk toegevoegd.

533 'Nota erfpacht gemeente Vlaardingen 2014', *Gemeenteblad Vlaardingen* 2013-37, p. 26: "Voor woningbezitters worden de meeste bezwaren van het huidige stelsel weggenomen. Ze zijn immers niet verplicht om de eigendom van de grond te verwerven bij einde looptijd of wanneer ze hun woning willen verkopen; ze kunnen kiezen voor een nieuw erfpachtrecht. Toch mag niet worden verwacht dat het nieuwe stelsel op algemene maatschappelijke acceptatie kan rekenen. De ervaringen in andere gemeenten leren dat iedere vorm van betaling aan de gemeente, zij het een koopsom voor omzetting, zij het een hogere canon, bij een deel van de erfpachters slecht valt. Ook als wordt uitgegaan van redelijke en billijke marktconforme voorwaarden en als wordt gewerkt met depreciatie- en ingroeiregelingen."

5.7.5 *Conclusie eeuwigdurende erfpacht*

De invoering van een stelsel van erfpachtrechten voor onbepaalde duur met een eventueel afkoopbare canonverplichting, maar zonder canonherziening, ook wel eeuwigdurende erfpacht genoemd, werd vooral gemotiveerd door de problemen die onvoorzienbare canonherzieningen met zich meebrachten. De canonstijgingen maakten erfpachtrechten moeilijk financierbaar en er leefde in verschillende gemeenten een politieke wens om aan de bezwaren van erfpachters tegemoet te komen. De volgende stap in de ontwikkeling van stedelijke erfpacht wordt gevormd door vervanging van erfpacht door eigendom door de bloot eigendom aan de erfpachters aan te bieden of bij nieuwe uitgiftes de belangstellenden de keuze te laten tussen erfpacht en eigendom.[534] Toetssteen hierbij vormen de overgangsregelingen voor bestaande erfpachtrechten. In de nabije toekomst zal duidelijk worden of omzetting naar eeuwigdurende erfpacht zoals aangeboden door Amsterdam en Utrecht aan de behoeften van de erfpachters voldoet en of de aangeboden regelingen redelijk zijn. De maatregelen eeuwigdurende afkoop van de canon en aankoop van de bloot eigendom kunnen niet alle problemen rond canonherziening oplossen omdat erfpachters niet gedwongen kunnen worden hier gebruik van te maken. Indien erfpachters niet over de financiële middelen beschikken om de canon af te kopen of de grond aan te kopen, of daar geen belangstelling voor hebben, zullen vele erfpachtrechten waarop canonherziening van toepassing is nog jaren doorlopen. Afzien van canonheffing voorkomt wel dat de problematiek rond canonherziening blijft groeien, op de lange duur ziet het er naar uit dat canonherziening bij stedelijke erfpacht zal verdwijnen. Er bestaan echter geen signalen dat andere grondeigenaren daarover ook zo denken.

5.8 Samenvatting en conclusies canonherziening

Aan het begin van dit hoofdstuk werd de vraag gesteld tot welke knelpunten canonherziening aanleiding geeft en of de positie van de erfpachter daarbij dermate in de knel komt dat beschermingsmaatregelen tegen onvoorziene stijging van de op hem drukkende lasten uit het erfpachtrecht geboden zijn. De verschillende situaties die zijn onderscheiden geven een gevarieerd beeld te zien. De inventarisatie toont ter eerste dat een canonherziening zonder enige grondslag in de vestigingsakte of algemene erfpachtvoorwaarden en die de erfpachter dus op geen enkel moment had hoeven te verwachten, ongeldig is. Het andere uiterste van het spectrum wordt gevormd door het geval dat in de erfpachtvoorwaarden duidelijke bepalingen over canonherziening zijn opgenomen, met concrete voorschriften over de berekeningen en de te hanteren objectieve maatstaven. Indien aan deze afspraken de hand wordt gehouden en toepassing van het beding in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is, staat niets de toepassing van deze canonherzieningsbepalingen in de weg.

534 De conversieproblematiek die samenhangt met beëindiging van het erfpachtrecht wordt behandeld in par. 6.5.5.

De overgrote meerderheid van de hier besproken gevallen ging echter over bepalingen in de erfpachtvoorwaarden die niet of niet voldoende duidelijk waren of waarin zich vragen en situaties voordeden waarover geen afspraken waren gemaakt. In die situaties moet per geval ten eerste de bevoegdheid tot canonherziening worden vastgesteld en beoordeeld worden of die bevoegdheid berust op tussen partijen geldende afspraken en niet in strijd is met het recht en/of met andere tussen partijen geldende afspraken. De door een derde gepubliceerde maatstaf kan bijvoorbeeld wijzigen zonder dat is afgesproken hoe in een dergelijk geval gehandeld moet worden. Onduidelijk geformuleerde bedingen moeten worden uitgelegd. Canonherziening kan in strijd zijn met erfpachtvoorwaarden die exact aangeven onder welke omstandigheden en in welke gevallen de canon kan worden herzien.

Bij tijdelijke rechten dient de erfverpachter er op bedacht te zijn dat tijdens de onderhandelingen over heruitgifte of verlenging na afloop van het tijdelijk recht de rechtsverhouding met de erfpachter doorloopt. Dit betekent dat de erfverpachter in die situatie niet tegenover een willekeurige derde staat, maar tegenover een persoon met wie hij al een rechtsverhouding heeft en met wiens belangen en verwachtingen hij rekening dient te houden. Bij deze ongelijke machtspositie mag een zorgplicht voor de erfverpachter worden aangenomen. Hetzelfde geldt indien een tijdelijk erfpachtrecht wordt omgezet naar een voortdurend of een eeuwigdurend recht. Bij voortdurende erfpachtrechten trad aan het einde van het eerste canontijdvak van doorgaans 75 jaar een canonexplosie op, veroorzaakt door de canonherziening zelf of door toepassing van nieuwe algemene erfpachtvoorwaarden waarin een nieuwe systematiek voor het berekenen van de canon was opgenomen. De gemeenten als erfverpachter hebben bij aanvang van deze rechten niet voorzien dat de waarde van de grond zou stijgen in de mate waarin dit plaatsvond, maar het kwam gezien de doelstelling van stedelijke erfpacht, de grondwaardestijging via de canon aan de gemeente te doen toekomen, wel goed uit. De vele erfpachters die protesteerden tegen de onverwachte stijging van hun woonlasten vonden bij de rechter geen gehoor voor hun verschillende visies op de berekening van de canon. Daarover bestaat nog altijd geen consensus of een bestendige praktijk, ook niet onder deskundigen. De marginale toetsing van canonherzieningsbepalingen beperkt zich tot de transparantie en motivering van het bindend advies van deskundigen. Een bijzonder geval vormen de algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam uit 1915, 1934 en 1937 die vereisen dat deskundigen de nieuwe canon zullen berekenen en van die berekening gemotiveerd verslag doen. Toereikend motiveren houdt in dat het voor partijen inzichtelijk wordt gemaakt op welke wijze de nieuwe canon tot stand is gekomen. Als die motivering ontbreekt is de daarop gebaseerde canonherziening ongeldig en moet de taxatie over.

In veel procedures komt de vraag aan de orde of de opgelegde canonherziening redelijk is, of de berekening volgens de juiste methode is uitgevoerd, of de stijging niet te groot is en of de inflatievergoeding niet dubbel wordt doorberekend. Over dit soort inhoudelijke vragen buigt de rechter die marginaal toetst zich doorgaans niet, uitzonderingen om redenen van proceseconomie daargelaten. Bij voortdurende stedelijke erfpachtrechten wringt vooral de canonherziening bij het

einde van een tijdvak. Het erfpachtrecht loopt altijd door, maar om de vijftig jaar dient de erfpachter een nieuwe canon te voldoen. In vergelijking met de koper van een perceel grond die na een eenmalige betaling van de aankoopsom tot in lengte van dagen eigenaar van de grond is, ervaart de erfpachter de canonherziening einde tijdvak als een steeds opnieuw betalen van de grondwaarde. Dit probleem wordt ondervangen door eeuwigdurende afkoop van de canon aan te bieden, zoals in Utrecht en Den Haag is ingevoerd en recent ook in Amsterdam. De gemeente als erfverpachter geeft daarmee het oorspronkelijke doel van het afromen van de grondwaardestijging prijs. Wat resteert bij de erfverpachter is de bloot eigendom van de grond waartegenover geen inkomsten meer staan en de mogelijkheid om het erfpachtrecht in het algemeen belang op te zeggen en zo de volle eigendom van de grond weer terug te krijgen. In de praktijk is er vrijwel geen verschil met onteigening zodat een logische volgende stap voor stedelijke erfpacht eruit bestaat dat de gemeente de bloot eigendom van de grond te koop aanbiedt. In Den Haag en Utrecht is dit al het geval.

De wet vereist niet dat de kwalitatieve verplichting verbonden aan een erfpachtrecht tot betaling van canon voor de gehele duur van het recht bepaalbaar is. Voor de rechtszekerheid en in het belang van de erfpachter en zijn financier is die bepaalbaarheid echter zeer gewenst. In de praktijk is onder politieke druk gekozen voor radicale stelselwijzigingen zonder canonherziening om aan de onzekerheden omtrent toekomstige woonlasten een einde te maken. Daarmee lijkt voor stedelijke erfpacht het knelpunt op den duur opgelost en een aanpassing van de wettelijke regeling op het punt van canonherziening niet nodig. De variabele canon heeft, zoals aan het begin van de twintigste eeuw al werd voorzien, op zoveel weerstand gestuit dat deze een eeuw later voor stedelijke erfpacht vrijwel weer volledig is afgeschaft. Voor particuliere erfpacht, voor bedrijfsmatige toepassingen van erfpacht en voor uitgiftes aan woningcorporaties is dat geenszins het geval zodat een oplossing voor de gesignaleerde knelpunten voor deze rechten wel wenselijk is.

Omdat canonherzieningsbepalingen in vrijwel alle gevallen deel uitmaken van algemene erfpachtvoorwaarden is de gedachte gerechtvaardigd dat de ontwikkeling in de toetsing van onredelijk bezwarende erfpachtvoorwaarden zoals beschreven in hoofdstuk 3, ook op geschillen over canonherzieningsbedingen van toepassing zullen zijn. In de besproken jurisprudentie was over het algemeen nog sprake van een strikte toepassing van hetgeen naar objectieve maatstaven uitgelegd in de vestigingsakte was afgesproken, maar er waren ook voorbeelden van toetsing waarin aan de hand van jurisprudentie van het Hof van Justitie beoordeeld werd of in een concreet geval de toepassing van canonherziening tot een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen erfverpachter en erfpachter leidde. Die voorbeelden gaan onder meer over canonherzieningsbedingen die aanleiding zijn voor een rode notariële opinie, waaronder de canonherziening bij einde tijdvak zoals gehanteerd door gemeenten als erfverpachter. Daarmee lijkt een omslag in gang gezet. Het evenwicht in de rechtsverhouding vormde voorheen geen criterium voor de rechterlijke beoordeling, eerder was het nu eenmaal zo dat de rechtsverhouding werd gekarakteriseerd door een zekere onevenwichtigheid in de posities die de eigenaar en de gebruiker van een onroerende zaak

jegens elkaar innamen. Onder invloed van het Europees consumentenrecht is de positie van de erfpachter van een recht met een woonbestemming sterker geworden. Voor erfpachtrechten met een bedrijfsmatige bestemming geldt deze ontwikkeling niet, maar wordt door gemeenten in toenemende mate maatwerk geleverd.

Uit de recente jurisprudentie kunnen de volgende regels op het gebied van canonherziening worden afgeleid. Het onderzoek naar canonherzieningsbepalingen en hun relationele werking heeft de goederenrechtelijke regel bevestigd dat de bevoegdheid tot canonherziening bij aanvang van het recht in de vestigingsakte en/of in de algemene erfpachtvoorwaarden moet zijn bedongen om zakelijke werking te hebben. Alleen dan kan daaruit voor de erfpachter de verbintenis tot betaling van de herziene canon voortvloeien. Een canonherzieningsbepaling wordt pas na verloop van tijd toegepast en kan om die reden niet duidelijk genoeg geformuleerd zijn. In geschillen staat soms de bevoegdheid van de erfverpachter tot canonherziening ter discussie, maar meestal gaat het om de wijze waarop die bevoegdheid wordt uitgeoefend, met name om de wijze waarop de herziene canon wordt berekend. Dit onderscheid tussen het bestaan van de bevoegdheid en de uitoefening van de bevoegdheid wordt doorgaans niet expliciet gemaakt, maar lijkt wel van belang voor de wijze van toetsing. Geschillen over de vraag of een erfverpachter terecht zijn bevoegdheid tot canonherziening heeft toegepast worden beslecht aan de hand van een objectieve uitleg van de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden. Indien vaststaat dat de canon kan worden herzien en het geschil de hoogte van de herziene canon betreft, gaat het geschil primair over de wijze waarop de bevoegdheid tot canonherziening door de erfverpachter is uitgeoefend en pas indien de procedure conform afspraak is gevolgd, komt de inhoud van de verbintenis tot canonbetaling aan de orde. Om die precieze inhoud van de herziene canonverplichting vast te stellen worden de omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen. Indien partijen hadden afgesproken dat deskundigen bij wege van bindend advies de herziene canon zouden vaststellen, geldt de toetsingsmaatstaf van art. 7:904 BW. Het bindend advies wordt naar vaste jurisprudentie marginaal getoetst indien dit het karakter heeft van een aanvulling van de rechtsverhouding, dan wordt beoordeeld of het advies naar inhoud en motivering niet onaanvaardbaar is. Uit de bewoordingen van de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden kan ook blijken dat het bindend advies het karakter van geschilbeslechting heeft, dan vindt een volle toetsing plaats aan de hand van de omstandigheden van het geval en kunnen vele details uit taxatierapporten in de beoordeling worden meegewogen. In het algemeen stelt de rechter niet zelf de hoogte van een herziene canon vast, maar wordt daartoe indien nodig een onafhankelijke deskundige benoemd. In geschillen over canonherziening wordt regelmatig ook een oordeel geveld over de rechtmatigheid van de opzegging van het erfpachtrecht door de erfverpachter op grond van art. 5:87 lid 2 BW wegens het niet of niet volledig betalen van de canon.[535] Van de instrumenten uit Boek 6 BW wordt de algemene voorwaardenregeling in toenemende mate toegepast. Bindend advies wordt getoetst aan de maatstaf van art. 7:904 BW voor vaststellingsovereenkomsten. Bij toetsing wordt veelvuldig

535 De opzegging wegens wanbetaling van de canon wordt behandeld in par. 6.4.2.

een beroep gedaan op de eisen en maatstaven van redelijkheid en billijkheid, in het geval van gemeentelijke erfverpachters versterkt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Samengevat dient de bevoegdheid van de erfverpachter om eenzijdig de canon te herzien ten eerste te berusten op een grondslag in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden. Zonder grondslag kan geen eenzijdige canonherziening worden opgelegd en is er ook niets wat een erfpachter verplicht akkoord te gaan met canonherziening. De canonherziening dient ten tweede voorzienbaar te zijn in de zin dat een frequentie voor periodieke canonherziening is gegeven en/of duidelijk is omschreven bij welke gelegenheden de canon kan worden herzien. De tijd lijkt voorbij dat voorzienbaarheid in tijd voldoende was, een canonherziening die niet tevens in hoogte bepaalbaar is wordt steeds minder aanvaard. Onder de oude algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam was het voldoende bepaalbaar dat de canon door deskundigen bij bindend advies zou worden herzien, mits het bindend advies voldoende gemotiveerd was. In recente procedures wordt het bindend advies opgevat als een vorm van geschilbeslechting waardoor een concrete toetsing aan de hand van de omstandigheden van het geval en naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in beeld komt, voor overheidsorganisaties aangevuld met een toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat betekent dat de erfverpachter een belangenafweging moet maken, wat een overgang meebrengt naar het vierde en voorlopig laatste criterium: een erfverpachter dient niet alleen tot canonherziening bevoegd te zijn, maar van die bevoegdheid ook een redelijk gebruik te maken en de canonherziening zelf dient ook redelijk te zijn. Gezien de veelheid aan wijzigingsbedingen en het gebrek aan consensus over de juiste waarderingsmethodes voor grond, canon en erfpachtrecht is dat geen eenvoudige zaak. De rechter dient te beoordelen of het resultaat getuigt van een evenwichtige belangenafweging, of de erfverpachter aan zijn zorgplicht ten opzichte van de erfpachter die in een gebonden positie verkeert heeft voldaan, of het resultaat niet nadelig is voor de erfpachter en of de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht geen geweld wordt aangedaan. Als gevolg van de door middel van zelfregulering tot stand gekomen bancaire richtlijn worden particuliere erfverpachters hierbij strenger beoordeeld dan overheden als erfverpachter. Indien een canonherziening berust op een grondslag in het erfpachtrecht, zowel voorzienbaar als bepaalbaar is en daarnaast tot een voor partijen redelijk, maar in ieder geval tot een voor de erfpachter niet nadelig resultaat leidt, kan die canonherziening de toets doorstaan. In de praktijk wordt het eenvoudiger gevonden over te stappen op een stelsel van eeuwigdurende erfpacht om op termijn van het hele fenomeen canonherziening verlost te raken.

6 Beëindiging van erfpachtrechten

De beëindiging van beperkte rechten is een typisch goederenrechtelijk onderwerp, uitputtend geregeld in Boek 3 en Boek 5 BW. Het is ook eerder voorwerp van onderzoek geweest. Toch wil ik hier aandacht aan besteden en wel door heel precies te bestuderen welke verbintenissen tussen partijen kunnen ontstaan bij de verschillende vormen van beëindiging van erfpachtrechten en hoe de rechtsverhouding in geschillen over die beëindiging beoordeeld wordt. Net als bij het vestigen van erfpachtrechten hebben partijen bij het eindigen van het recht intensief met elkaar te maken.

6.1 Inleiding beëindiging van erfpachtrechten

Verlies van goederen geschiedt op de voor iedere soort in de wet aangegeven wijzen, aldus art. 3:80 lid 4 BW dat een gesloten stelsel van verlies van goederen inhoudt. Beperkte rechten gaan teniet door de wijzen die niet-limitatief worden opgesomd in art. 3:81 lid 2 BW, door de wijzen van tenietgaan die bij iedere soort beperkt recht afzonderlijk zijn bepaald en door de overige wijzen van tenietgaan die volgen uit de wet.[1] Het verlies van een erfpachtrecht is absoluut indien het recht zelf tenietgaat en relatief wanneer een ander rechthebbende wordt, bijvoorbeeld door overdracht.[2] Dit hoofdstuk gaat over de eerste situatie, het absolute tenietgaan van erfpachtrechten waarmee een einde komt aan de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter.[3] De beëindiging van erfpachtrechten is in het goederenrecht geregeld, erfpachter en erfverpachter hebben gezien het gesloten stelsel geen contractvrijheid ten aanzien van de wijzen waarop een erfpachtrecht kan eindigen. Partijen kunnen wel in de vestigingsakte op grond van art. 5:86 BW de duur van het recht bepalen en daarmee het einde door tijdsverloop. Zij kunnen in de vestigingsakte eveneens op grond van art. 5:87 lid 1 BW opzegging door de erfpachter uitsluiten en op grond van art. 5:87 lid 3 BW aanvullende opzeggingsgronden voor de erfverpachter opnemen. Deze wijzen van beëindiging en de rechtsgevolgen daarvan kunnen eveneens in de algemene erfpachtvoorwaarden worden vastgelegd. In dit hoofdstuk wordt jurisprudentie bespro-

1 Snijders & Rank-Berenschot 2012, p. 393-396, Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 445-451.
2 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 64.
3 Door de relatieve werking van de beëindiging van erfpachtrechten als gevolg van afstand en vermenging geldt het beëindigde beperkt recht ten opzichte van bepaalde derden nog als bestaand, art. 3:81 lid 3 BW, voor rechten van hypotheek zie art. 3:229 BW. Zie over de bescherming van de belangen van derden bij beëindiging van erfpachtrechten Verheye 2017.

ken over erfpachtrechten en opstalrechten voor zover op grond van art. 5:104 lid 2 BW de wijzen van tenietgaan van erfpachtrechten daarop van overeenkomstige toepassing zijn.

Het rechtsgevolg van het tenietgaan van een erfpachtrecht is dat het gebruiksrecht van de erfpachter eindigt en het recht van de erfverpachter weer vol onbezwaard eigendom wordt.[4] Voor de erfpachter ontstaat een teruggaveverplichting van de onroerende zaak en tussen partijen moet worden afgerekend zodat over en weer mogelijk vorderingsrechten met de bijbehorende retentierechten ontstaan, zoals blijkt uit art. 5:89 lid 3 BW, art. 5:99 lid 3 BW en art. 5:100 BW. Ten slotte dient het erfpachtrecht in de openbare registers te worden doorgehaald. Beëindiging betekent gedurende een beperkte periode een intensivering van de rechten en verplichtingen van partijen jegens elkaar voordat de rechtsverhouding definitief eindigt. Dat einde kan door beide partijen in gezamenlijk overleg beoogd zijn, maar ook het gevolg zijn van mislukte onderhandelingen over voortzetting van de rechtsverhouding in een verlengd of opnieuw uitgegeven erfpachtrecht, eenzijdige opzegging door een der partijen of beëindiging door de rechter.

6.1.1 De rechtsverhouding bij beëindiging van een beperkt recht

Zolang nog niet al hetgeen uit het beperkte recht voortvloeit is afgewikkeld blijft een rechtsverhouding tussen partijen bestaan. Indien de einddatum van een tijdelijk recht is gepasseerd, maar partijen nog in onderhandeling zijn over de voorwaarden voor beëindiging of voortzetting van het recht, blijft tot en met de afwikkeling een rechtsverhouding bestaan waarop de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn.[5] Die rechtsverhouding heeft als grondslag een verlengd erfpachtrecht indien de erfpachter het perceel niet heeft ontruimd. Die rechtsverhouding berust niet langer op de afspraken tussen partijen uit de erfpachtvoorwaarden indien de erfpachter het perceel wel heeft ontruimd, dan is het recht geëindigd en vinden eventuele onderhandelingen plaats in een precontractuele verhouding. Indien partijen aanvullende afspraken hebben gemaakt over verlenging van het recht ten behoeve van onderhandelingen heeft de rechtsverhouding gedurende die onderhandelingen mede een contractuele grondslag. Dat die onderhandelingen nodig zijn, komt veelal doordat de omstandigheden sinds de vestiging van het erfpachtrecht zijn gewijzigd en de afspraken die lang geleden zijn gemaakt herziening of aanvulling behoeven. De lange duur van erfpachtrechten leidt bij het beëindigen van het recht tot het knelpunt dat de strikte toepassing van de afspraken uit de wet en de vestigingsakte gemakkelijk in het nadeel van een der partijen kan uitvallen.

De vraag die in dit hoofdstuk centraal staat is of erfverpachter en erfpachter onderling en de rechter bij de beëindiging van een erfpachtrecht rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van beide partijen, zoals volgt uit de

4 Volgens het aan de wet ten grondslag liggende afsplitsingsmodel zoals verwoord door onder meer Meijers 1948, p. 281 en Struycken 2007, p. 363-366. Anders: Mollema 2013, p. 215-219. Voor mijn betoog over de rechtsverhouding is stellingname in deze discussie niet van belang.

5 HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*).

maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Typerend voor erfpacht is de lange duur waarvoor gebruiksrechten worden gevestigd. Tijdelijke rechten werden in het verleden veelvuldig verlengd, maar als de omstandigheden veranderen maakt die lange duur dat partijen bij het einde soms heel anders tegen de afspraken aankijken dan aan het begin. De veranderde omstandigheden dragen er ook vaak toe bij dat aan het recht een einde moet komen.

Bij het jurisprudentieonderzoek zullen de vragen gesteld in par. 2.5.5 het kader vormen voor de analyse van de beëindiging van erfpachtrechten. Omdat beëindiging van erfpachtrechten op veel verschillende manieren kan plaatsvinden, zullen daarbij ook verschillende verbintenissen van partijen betrokken kunnen zijn. Afhankelijk van de situatie kunnen dat verbintenissen zijn die volgen uit de wet, de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden. De verwachting is dat geschillen vaak zullen gaan over de juiste uitoefening van een bevoegdheid tot beëindiging van het recht en dat de goederenrechtelijke dimensie van het recht meer op de voorgrond zal staan dan bij toestemming of canonherziening. Bij een einde door tijdsverloop en onderhandelingen over verlenging kan de vraag aan de orde komen welke verwachtingen partijen redelijkerwijs van elkaar mogen hebben. Verplichtingen die te maken hebben met het einde van de rechtsverhouding zullen veelal kwalitatief werkende verplichtingen zijn, die voor de betrokkene gelden in zijn hoedanigheid van erfpachter of erfverpachter. Een beëindiging van het recht is een ingrijpende gebeurtenis. Naar verwachting zal de uitoefening van een bevoegdheid tot beëindiging van een erfpachtrecht wegens de daarbij betrokken belangen worden beoordeeld in het licht van de wettelijke regeling, de afspraken uit de vestigingsakte en de algemene voorwaarden en de omstandigheden van het geval. Bij de beoordeling van de beëindiging van het recht zal naar verwachting in beperkte mate ruimte zijn voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW. Mogelijk dat bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden getoetst kunnen worden aan afd. 6.5.3 BW. Aan de hand van het onderzoek zal een overzicht worden gegeven van regels die in de recente jurisprudentie zijn ontwikkeld op het gebied van beëindiging van erfpachtrechten.

6.1.2 Voorbeelden van beëindiging van erfpachtrechten

Hieronder volgen kort samengevat enige voorbeelden uit de jurisprudentie over het beëindigen van erfpachtrechten en de aandacht voor de verhouding tussen partijen daarbij.

Voorbeeld 1. Het erfpachtrecht van een voetbalvereniging eindigde door tijdsverloop en kon niet worden verlengd omdat de gemeente als grondeigenaar inmiddels het beleid ten aanzien van sportaccommodaties had herzien en democratisch besloten was dat de sportvelden op de bewuste locatie dienden te verdwijnen. De kantonrechter sprak onomwonden zijn sympathie uit voor de positie van de erfpachter, maar moest op grond van de wet de vordering tot ontruiming toewijzen:

> "3.2 Het hart van de kantonrechter ligt in deze zaak bij de vereniging. Hij is ervan overtuigd dat de functie van de vereniging, al bestaand vanaf 1934, geworteld in de geschiedenis van mijnen en mijnwerkers, als sociaal bindmiddel voor de wijk Heksenberg groot was en is. 3.3.Maar die

> overtuiging heeft in deze zaak juridisch geen enkele waarde. 3.4. De kantonrechter is een rechter die in deze procedure aan de hand van het Burgerlijk Wetboek simpel moet kijken naar: wie is eigenaar, wat is overeengekomen, wat zijn de wederzijdse rechten en plichten? En dat Burgerlijk Wetboek geeft de gemeente, niet de vereniging in deze procedure gelijk."[6]

De aandacht voor de maatschappelijke positie van de erfpachter had juridisch geen waarde, doorslaggevend waren de rechten en plichten die op het conflict van toepassing waren en die volgden uit de wet en de vestigingsakte. Het hof ging in hoger beroep uitvoerig in op de omstandigheden van het geval die niet konden leiden tot de conclusie dat de beëindiging van het recht en de ontruiming van het perceel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zouden zijn.[7] De goederenrechtelijke rechtsverhouding bracht mee dat primair de regels moesten worden gevolgd die waren vastgelegd in de wet, de vestigingsakte en de algemene voorwaarden. Een belangenafweging aan de hand van de omstandigheden van het geval was daarbij geenszins uitgesloten, maar kon in dit geval niet in het voordeel van de erfpachter uitvallen.

Voorbeeld 2. De inhoud van de rechtsverhouding kan vele jaren, soms eeuwen geleden, zijn vastgelegd. Toen een ontbindende voorwaarde uit de vestigingsakte van een in 1740 gevestigd erfpachtrecht bijna twee eeuwen later in vervulling ging eindigde daarmee het recht.[8] De gronden waren destijds in erfpacht gegeven om te fungeren als boezem voor een watermolen die het waterbeheer van de polder regelde en die functie verviel toen in 1954 het stoomgemaal werd vervangen door een elektrisch gemaal op een andere locatie. De rechtsopvolger van de erfverpachter verkreeg daarmee van rechtswege de volle eigendom van de gronden terug. Een complicatie was dat een deel van de grond in gebruik was gegeven aan een derde die meende erfpachter te zijn en recht te hebben op een vergoeding voor door hem en zijn rechtsvoorgangers aangebrachte verbeteringen. De rechtbank beoordeelde de rechtsverhouding en de partijbedoelingen aan de hand van historische notariële aktes en andere documenten en vond voor de aanspraak op een vergoeding geen andere grondslag dan art. 773 OBW, het geldende recht ten tijde van de beëindiging, zodat deze vordering werd afgewezen. In dit geval gaf de tekst van de vestigingsakte de doorslag en was geen ruimte voor een belangenafweging.

Voorbeeld 3. De grondeigenaar van een erfpachtrecht dat in 1741 als 'altoosdurend en onaflosbaar' was gevestigd tegen een vaste canon van *f* 200,- per jaar deed een vergeefs beroep op art. 5:97 BW om het recht te beëindigen.[9] Art. 166 Overgangswet NBW stond daaraan in de weg omdat het recht op 1 januari 1992 reeds bestond en art. 766 OBW niet van toepassing was omdat in de vestigingsakte een bijzondere bepaling over het einde van het recht was opgenomen, name-

6 Rb. Limburg 24 juli 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8746 (*Heksenberg/Heerlen*), r.o. 3.2-3.4.
7 Hof Den Bosch 24 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1901 (*Heksenberg/Heerlen*). Deze zaak wordt nader besproken in par. 6.2.2.
8 Rb. Breda 24 december 1957, *NJ* 1958/383 (*Zevenbergen/Van de Werk*). Zie ook Asser/Beekhuis 1963, p. 278.
9 HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, *JOL* 2007/311 (*Bichon van IJsselmonde c.s./Roos*). Dit arrest vormt een voorbeeld van de restrictieve toepassing van art. 5:97 BW.

lijk dat het nooit zou eindigen. Het beroep van de erfverpachter op gewijzigde omstandigheden faalde omdat, in de woorden van de A-G:

> "Het hof overwoog daartoe dat altijd is voor altijd, dat de overeenkomst is aangegaan voor altijd en bovendien de bepaling bevat dat de erfpacht onaflosbaar is, dat wil zeggen dat zij niet kan worden beëindigd en dat de redelijkheid en billijkheid niet meebrengen dat het in 1741 door de erfpachters verkregen recht moet worden gewijzigd in een minder recht omdat het vastgelegde recht, beoordeeld naar de economische verhoudingen van nu, mogelijk niet zal zijn bedoeld."[10]

Dat de canon door inflatie gedurende meer dan twee eeuwen was geworden tot een symbolische vergoeding viel niet onder onvoorziene omstandigheden. Ook in dit geval was er naast de partijbedoelingen uit de eeuwenoude vestigingsakte geen ruimte voor een belangenafweging. Partijen waren en bleven gebonden aan wat lang geleden omtrent de rechtsverhouding was vastgelegd.

Voorbeeld 4. Oude rechten zijn echter niet altijd goed gedocumenteerd. Van een erfpacht- en opstalrecht op een perceel op Sint-Philipsland was alleen bekend dat het dateerde van voor 1691 en dat op dat moment de canon *f* 1,60 per jaar bedroeg, alle nadere informatie over vestiging en inhoud van het recht ontbrak.[11] Omdat geen bijzondere bepalingen over de duur van het recht bekend waren kon de grondeigenaar het recht opzeggen op grond van art. 766 OBW omdat het meer dan dertig jaar had geduurd. De rechtbank beoordeelde die opzegging als rechtsgeldig en paste de vergoeding ex art. 762 OBW toe. Deze zaak vormde een voorbeeld van het geval waarvoor het OBW was bedoeld, namelijk een regeling te bieden voor situaties waar partijen dat hadden nagelaten dan wel de oorspronkelijke afspraken door verlies van documenten niet meer kenbaar waren. Daarnaast was geen ruimte voor een belangenafweging.

Voorbeeld 5. Ook een grondeigenaar die een perceel wilde verkopen dat was bezwaard met een in 1956 gevestigd 'altijddurend en niet opzegbaar' opstalrecht voor de plaatsing van een hoogspanningsmast liep tegen de grenzen van de vestigingsakte aan.[12] Het opstalrecht beperkte de bestemmingen die aan het perceel gegeven konden worden en daarmee de verkoopmogelijkheden. Rechtbank en hof wezen opheffing van het opstalrecht af op grond van onder meer het feit dat het een altijddurend en niet opzegbaar recht was. Het beroep van de grondeigenaar op redelijkheid en billijkheid slaagde niet:

> "Nog daargelaten dat het hof van oordeel is *dat de redelijkheid en billijkheid hun beperkende invloed in beginsel niet kunnen uitoefenen in een goederenrechtelijke verhouding als het gaat om verlies van goederen*, brengt het enkele feit dat elektriciteitsvoorzieningen mogelijk gezondheidsschade meebrengen en dat daardoor de gebruiksmogelijkheden van het perceel van Ritmeester nadelig beïnvloed worden, niet mee dat Stedin c.s. afstand zou moeten doen van haar opstalrecht."[13]

---

10 Conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, *JOL* 2007/311 (*Bichon van IJsselmonde c.s./Roos*), par. 12.
11 Rb. Middelburg 9 mei 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6654 (*erfpachter/erfverpachter*).
12 Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BQ6054 (*Ritmeester/Stedin c.s.)*.
13 Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BQ6054, r.o. 4.13. Nadruk toegevoegd.

Dat oordeel was niet geheel in lijn met art. 5:97 jo. 5:104 lid 2 BW dat verlies van een beperkt recht van opstal wegens onvoorziene omstandigheden kon bewerkstelligen indien voortzetting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Mogelijk werd bedoeld dat alleen de rechter een beperkt recht om deze reden zou kunnen beëindigen en dat die situatie zich hier niet voordeed. De veranderde omstandigheden maakten geen verschil.

Voorbeeld 6. Een laatste voorbeeld betrof een erfpachter die onderhandelde met de gemeente als erfverpachter over terugkoop van het erfpachtrecht.[14] Hij wist met de betreffende ambtenaar tot overeenstemming te komen over de afkoopsom onder het voorbehoud van goedkeuring door het college en de raad. De beëindiging ging echter niet door omdat de goedkeuring uitbleef en geen enkele regel die op de rechtsverhouding van toepassing was, de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente, het college verplichtte om de overeenkomst tot beëindiging aan de raad voor te leggen. Dat de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter werd beheerst door de maatstaven van redelijkheid en billijkheid maakte dat niet anders.

De voorbeelden illustreren het goederenrechtelijke beginsel dat de inhoud van beperkte rechten vastligt in de wet, de vestigingsakte, eventueel aangevuld met algemene erfpachtvoorwaarden, en dat in verband met de rechtszekerheid niet kan worden afgeweken van de in de openbare registers ingeschreven afspraken. De beperkende werking van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan in beginsel op de rechtsverhouding van toepassing zijn, maar in de praktijk worden voor die toepassing strenge criteria aangelegd, zeker als het niet gaat om wijziging, maar om de beëindiging van een erfpachtrecht. Die criteria worden in dit hoofdstuk nader onderzocht, mede aan de hand van de uitvoerige beschouwing die Vonck in hoofdstuk VI van zijn proefschrift uit 2013 geeft over de verschillende wijzen waarop conform de nieuwe wettelijke regeling sinds 1 januari 1992 een erfpachtrecht kan worden beëindigd.[15] Vonck behandelt de wettelijke mogelijkheden voor beëindiging van het recht aan de hand van de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis, soms aangevuld met opvattingen uit de literatuur en de jurisprudentie. Het resultaat vormt een overzicht van de vormen van opzegging die in verschillende situaties mogelijk zijn en de voorwaarden die daaraan worden gesteld. Op dit overzicht van Vonck wil ik in dit onderzoek voortbouwen door uitvoerig jurisprudentieonderzoek te doen en zo te toetsen of de praktijk overeenkomt met de leer. De paragrafen over de verschillende vormen van beëindiging van erfpachtrechten beginnen waar relevant met een samenvatting van Voncks bevindingen. Onderzocht wordt welke factoren of omstandigheden een rol spelen bij de verschillende vormen van beëindiging van erfpachtrechten en welke toetsingsmaatstaven gelden bij geschillen omtrent de beëindiging van erfpachtrechten.

Dit hoofdstuk berust op een analyse van literatuur en jurisprudentie. Ik heb alle gepubliceerde uitspraken bestudeerd uit de periode vanaf 1992 tot medio 2018

14 HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0466, *NJ* 1992/670, m.nt. M. Scheltema (*Scheffers/Utrecht*).
15 Vonck 2013, p. 235-285, het hoofdstuk over beëindiging van erfpachtverhoudingen.

waarin sprake was van een geschil over de beëindiging van een erfpachtrecht. Criteria bij de selectie van uitspraken waren dat een erfpachtverhouding centraal stond, dat de partijen bij de rechtszaak erfpachter en erfverpachter van hetzelfde recht waren, dat een der partijen het recht had beëindigd of had aangekondigd het recht te gaan beëindigen en dat het geschil mede betrekking had op een aangekondigde of gerealiseerde beëindiging van het recht.[16] De bespreking onderscheidt verschillende wijzen van beëindiging. Par. 6.2 behandelt de beëindiging van tijdelijke erfpachtrechten door tijdsverloop. Hier komen onder meer de stilzwijgende voortzetting en het 'doen blijken' van art. 5:98 BW aan de orde, de onderhandelingen over verlenging en de opzegging van het recht na het mislukken daarvan. Een tweede vorm van beëindiging is opzegging en deze komt uitvoerig aan de orde in par. 6.3 en 6.4. Par. 6.3 handelt over opzegging door de erfpachter en gaat ook in op de rechtsfiguur afstand van recht door de erfpachter, zowel onder OBW als NBW. Tevens wordt kort aandacht besteed aan opzegging van opstalrechten. In par. 6.4 wordt ingegaan op opzegging van erfpachtrechten door de erfverpachter waarbij naast algemene aspecten afzonderlijk wordt ingegaan op de opzeggingsgronden wanbetaling van de canon, ernstig tekortschieten in zijn verplichtingen uit het erfpachtrecht en opzegging in het algemeen belang. Par. 6.5 besteedt vervolgens aandacht aan beëindiging van erfpachtrechten door vermenging, met name in de vorm van aankoop van de blote eigendom door de erfpachter. Par. 6.6 biedt een overzicht van de beëindiging van erfpachtrechten door de rechter. Par. 6.7 behandelt een van de rechtsgevolgen van beëindiging van erfpachtrechten, namelijk de vergoeding voor de waarde van het recht of voor de waarde van de opstallen. Het hoofdstuk eindigt met een samenvatting en conclusies in par. 6.8.

6.2 Einde door tijdsverloop en verlenging recht

Een tijdelijk erfpachtrecht eindigt op grond van art. 3:81 lid 2 sub b BW door tijdsverloop of bij het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde. Partijen zijn op grond van art. 5:86 BW vrij in het bepalen van de duur van het recht, mits dit in de vestigingsakte wordt geregeld. Hoe partijen de duur van het recht regelen is een kwestie van contractvrijheid, een heel lange en een heel korte duur zijn allebei mogelijk.[17] Soms wordt naast de duur van het recht bepaald dat de erfpachter na afloop van die duur recht heeft op verlenging van zijn recht met een bepaalde periode, of dat partijen in overleg zullen treden over verlenging van het recht.

16 In totaal zijn 188 uitspraken bestudeerd, verdeeld over 22 arresten van de Hoge Raad, 48 arresten van gerechtshoven, 114 vonnissen van rechtbanken, één uitspraak van de Raad van State en drie uitspraken van de Nationale ombudsman. De uitspraken werden geselecteerd na zoekacties in rechtspraak.nl, Legal Intelligence en de Kluwer Navigator, de selectie werd aangevuld met uitspraken waarnaar in de literatuur werd verwezen. Voor het onderzoek zijn uitsluitend openbaar toegankelijke bronnen geraadpleegd.

17 Voor een uitvoerige beschouwing over de duur van erfpachtrechten, met name vanuit Belgisch perspectief waar de duur op grond van de (toen gezamenlijke) Wet van 10 Januari 1824 wettelijk beperkt is tot minimaal 27 en maximaal 99 jaar, zie Muylle 2012. In het Voorontwerp van wet houdende invoeging van Boek 3 'Goederen' in een nieuw burgerlijk wetboek, goedgekeurd door de Belgische ministerraad op 4 mei 2018, zal de minimale duur van een erfpachtrecht worden verkort tot 15 jaar terwijl de maximale duur van 99 jaar wordt gehandhaafd, bron: <justitie.belgium.be/nl/bwcc>. Voor een kort overzicht over de voorstellen voor een vernieuwd Belgisch BW zie Hondius 2018, p. 94.

Volgens de hoofdregel van art. 3:81 lid 2 sub b BW eindigt een tijdelijk erfpachtrecht op de einddatum. Indien de erfverpachter voorafgaand aan het moment van eindigen laat weten dat hij het recht niet zal verlengen, eindigt het recht op de einddatum. Een reden voor niet verlengen hoeft daarbij niet gegeven te worden, de erfpachter was er immers op voorhand mee bekend dat en op welke datum het recht zou eindigen. Overheden als erfverpachter geven overigens wel vaak een reden voor beëindiging aan zoals in het volgende voorbeeld van toepassing van de hoofdregel. Het tijdelijk erfpachtrecht van een camping in Gelderland die was gelegen naast een militair oefengebied werd na afloop niet verlengd om redenen ontleend aan het algemeen belang.[18] Het voorgenomen intensiever gebruik van het militair oefenterrein maakte dat de camping niet op die locatie kon blijven en het provinciale beleid voor de herontwikkeling van krimpgebieden bracht eveneens mee dat de camping op die locatie zou moeten sluiten. De erfverpachter had tijdig en gemotiveerd aangekondigd dat het erfpachtrecht na afloop zou eindigen en de erfpachter had zijn bedrijfsvoering op de einddatum gestaakt.

Indien partijen echter het afgesproken tijdstip voorbij laten gaan en de erfpachter het perceel blijft gebruiken, eindigt het recht niet van rechtswege, maar loopt het op grond van art. 5:98 BW ongewijzigd door totdat het door een der partijen wordt opgezegd. Indien de erfverpachter binnen zes maanden na de einddatum doet blijken dat hij het recht als geëindigd beschouwt, eindigt het recht op de einddatum. Vaak wordt bij dat doen blijken een termijn gegeven voor ontruiming van het perceel. Blijft een dergelijk doen blijken van de erfverpachter binnen zes maanden na de einddatum uit, dan loopt het recht door en kunnen beide partijen het recht opzeggen met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste een jaar:

> "Art. 98. 1. Wanneer de tijd waarvoor de erfpacht is gevestigd, is verstreken en de erfpachter de zaak niet op dat tijdstip heeft ontruimd, blijft de erfpacht doorlopen, tenzij de eigenaar uiterlijk zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij haar als geëindigd beschouwt. De eigenaar en de erfpachter kunnen de verlengde erfpacht opzeggen op de wijze en met inachtneming van de termijn vermeld in artikel 88."

De stilzwijgende voortzetting op grond van art. 5:98 BW of het voor 1992 geldende art. 779 OBW,[19] de vereisten voor het 'doen blijken' en de opzegging van de verlengde erfpacht vormen het onderwerp van deze paragraaf. Uit de behandelde jurisprudentie blijkt dat conflictsituaties met name ontstaan indien de erfpachter zijn recht wil voortzetten, er geen afspraken over verlenging bestaan en de erfverpachter het recht wil beëindigen of alleen onder bepaalde voorwaarden bereid is tot verlenging. De invalshoek is steeds de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter. In par. 6.2.1 komen de wettelijke en contractuele verlenging aan de orde, in par. 6.2.2 worden de vereisten voor het doen blijken be-

18 Rb. Gelderland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:642 (*erfpachter/Gelderland*). Over deze zaak werden Kamervragen gesteld, *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, 3077, vragen van de leden Ten Broeke (VVD), Knops (CDA) en Voordewind (ChristenUnie) over de dreigende sluiting van recreatiepark 'OASE Hoenderloo' dat grenst aan Schietkamp Harskamp.

19 Art. 779 OBW: "Wanneer het erfpachtsregt door het verloop des tijds is geëindigd, wordt hetzelve niet stilzwijgend vernieuwd, doch kan hetzelve bij voortduring blijven bestaan tot wederopzegging toe."

sproken en in par. 6.2.3 komt de opzegging van verlengde erfpacht aan de orde. Par. 6.2.4 is gewijd aan het voorstel van vier KNB-preadviseurs tot wijziging van art. 5:98 BW en par. 6.2.5 sluit af met een samenvatting en conclusies over het einde door tijdsverloop. Waar nodig wordt de wetsgeschiedenis van een bepaalde regel toegelicht.

6.2.1 Wettelijke en contractuele verlenging na einde tijdelijk recht

Art. 5:98 BW en zijn voorganger art. 779 OBW regelen de situatie dat een tijdelijk erfpachtrecht eindigt zonder dat het perceel is ontruimd. Deze bepalingen voorzien in een wettelijke grondslag voor het voortgezette gebruik en in de wijze waarop het recht dan kan worden beëindigd. Art. 779 OBW omschrijft de situatie als erfpacht 'die bij voortduring blijft bestaan' en art. 5:98 BW als 'verlengde erfpacht'. Stilzwijgend hoeft de verlenging niet te zijn, partijen zijn mogelijk in gesprek over heruitgifte, de erfverpachter kan ontruiming hebben aangezegd, terwijl de erfpachter daaraan niet wil voldoen. De situatie bestaat eruit dat de erfpachter het gebruik van de onroerende zaak voortzet en de erfverpachter canon blijft incasseren, terwijl in de erfpachtvoorwaarden niets over verlenging is geregeld. Op grond van art. 779 OBW duurde het recht in dat geval voort totdat een der partijen het opzegde en dan eindigde het recht onmiddellijk.[20] In het nieuwe BW wordt de erfpachter tegen een al te abrupt einde van zijn gebruiksrecht beschermd met de opzegtermijn van minstens een jaar indien de erfverpachter nalaat binnen zes maanden na de einddatum gebruik te maken van zijn bevoegdheid te doen blijken dat hij het recht als geëindigd beschouwt. De bepaling is bovendien van dwingend recht.[21] Art. 5:98 BW werd op 1 januari 1992 van toepassing op alle op dat moment bestaande erfpachtrechten. De stilzwijgende verlenging komt tot stand zonder inschrijving in de openbare registers, al is inschrijving op grond van art. 3:17 lid 1 aanhef en sub a BW wel mogelijk.[22] Par. 6.2.1.1 behandelt enige voorbeelden van wettelijke verlenging.

---

20 Asser/Scholten 1945, p. 317: "De zin [van art. 779 OBW] is deze, dat de erfpachter ook na den bepaalden tijd het erfpachtsrecht kan blijven uitoefenen, maar dat beide partijen daaraan ieder oogenblik door opzegging een eind kunnen maken." Zie onder meer ook Reepmaker 1931, p. 141: '(…) onze wet noemt geen enkelen termijn, zoodat thans het erfpachtsrecht na continueering ten allen tijde onmiddellijk door partijen beëindigd kan worden.'

21 De formulering van art. 5:98 lid 2 BW, 'Ieder beding dat ten nadele van de erfpachter van dit artikel afwijkt, is nietig,' betekent dat een afwijkend beding ook niet met obligatoire werking tussen partijen kan worden overeengekomen. Het is wel aan de erfpachter de nietigheid van een dergelijk beding in te roepen, De Jong & Ploeger 2008, p. 19.

22 PG Boek 5 BW, p. 329. De regering antwoordde op de aanbeveling om het doorlopen van het erfpachtrecht verplicht in te schrijven in de openbare registers dat deze verplichting niet verenigbaar was met het doel van de bepaling: "Bij een erfpacht voor een bepaalde tijd zal degene die de registers raadpleegt op de regel van artikel 5.7.1.9a [5:98 BW] bedacht moeten zijn en moeten nagaan of ontruiming heeft plaatsgevonden. De bepaling zou haar doel – bescherming van de erfpachter – voorbij schieten als zij alleen zou gelden, indien deze erom denkt de verlenging in de openbare registers te doen inschrijven. Het gevaar voor onverwachte tegenvallers blijft voor derden beperkt, nu de na de verlenging voortgezette erfpacht op een naar verhouding korte termijn door opzegging beëindigd kan worden." Zie ook Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/220. PG Boek 5 Inv. BW, p. 1056 preciseerde dat een verlengingsovereenkomst tussen partijen ('die erop neer zal komen dat de erfpachter zich verbindt de zaak niet te zullen ontruimen en de nakoming van zijn verplichtingen uit de erfpacht voort te zetten en dat de eigenaar afstand doet van zijn bevoegdheid om de erfpacht als geëindigd te beschouwen') in de openbare registers diende te worden ingeschreven om deze aan derden-verkrijgers te kunnen tegenwerpen.

Indien partijen voorafgaand aan of bij het eindigen van het recht een afspraak maken om gedurende een bepaalde periode te gaan onderhandelen over verlenging, bijvoorbeeld omdat dat in de vestigingsakte is overeengekomen, blijft het recht op grond van deze partijafspraak gedurende de onderhandelingen ongewijzigd doorlopen en is art. 5:98 BW niet van toepassing. De par. 6.2.1.2 en 6.2.1.3 behandelen enige voorbeelden van contractuele verlenging en de daarbij gestelde voorwaarden.

6.2.1.1 Wettelijke verlenging

Hieronder worden enige uitspraken besproken over de stilzwijgende verlenging van een erfpachtrecht. Daaruit blijkt dat erfpachters relatief vaak een beroep op stilzwijgende verlenging doen, zonder dat altijd sprake is van de in art. 5:98 BW bedoelde situatie. De Hoge Raad bevestigde in 1953 dat de stilzwijgende verlenging van art. 779 OBW van rechtswege intreedt en dat daarvoor geen handeling van de erfverpachter of wilsovereenstemming tussen partijen nodig is.[23] Het op deze grondslag verlengde erfpachtrecht kan uitsluitend door opzegging eindigen, een aanzegging tot ontruiming door de grondeigenaar, verstuurd anderhalf jaar na het aflopen van de termijn en zonder vermelding van het tijdstip waarop het recht zou eindigen, was onvoldoende. In dit geval had de erfpachter het perceel in de haven van Gorinchem al ongeveer zestig jaar in gebruik en wilde hij dat gebruik voortzetten, op dezelfde voet als bij eerdere verlengingen. De Staat als erfverpachter had het perceel net na het aflopen van de laatste termijn van tien jaar overgedragen aan de gemeente en deze nieuwe erfverpachter was in de onjuiste veronderstelling de volle eigendom van het perceel te hebben verkregen, onbelast met het erfpachtrecht. Op grond van art. 779 OBW was echter een formele opzegging vereist om het erfpachtrecht te doen eindigen.

Art. 5:98 BW is op grond van art. 5:104 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing op een zelfstandig recht van opstal. In een uitspraak over een stilzwijgend verlengd opstalrecht kwam de vraag aan de orde of het opstalrecht in kwestie zelfstandig of onzelfstandig was.[24] Een onzelfstandig opstalrecht zou tenietgegaan zijn samen met het erfpachtrecht waaraan het verbonden was, een zelfstandig opstalrecht zou zijn blijven voortbestaan.[25] Het tijdelijke opstalrecht was in 2000 gevestigd door een gemeente ten behoeve van een energieleverancier die op het perceel enkele warmtekrachtkoppelingen (WKK's) plaatste voor de energielevering aan een garnalenverwerkingsbedrijf. Op hetzelfde perceel had de gemeente ten behoeve van dat bedrijf een erfpachtrecht gevestigd. Na het einde van de looptijd van beide rechten droeg de gemeente de blote eigendom van het perceel over aan het bedrijf, terwijl de WKK's zich nog steeds op het perceel bevonden en in gebruik waren. Zonder dat afzonderlijk aandacht aan het opstalrecht van de energieleverancier werd besteed werd de eigendom van het perceel nog

23 HR 27 november 1953, *NJ* 1954/129, m.nt. J. Drion (*Gorinchem/Looijen*).

24 Rb. Noord-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4967, *JOR* 2017/147, m.nt. V. Tweehuysen (*Ennatuurlijk/Vastgoed c.s.*).

25 Zie voor een voorbeeld van het tenietgaan van een huurafhankelijk opstalrecht Rb. Midden-Nederland 16 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2912 (*huurder-opstalhouder/Utrecht*), waarin de huurovereenkomst met betrekking tot Het Nieuwe Zandpad eindigde op grond van de Bibob-clausule en het opstalrecht daarmee van rechtswege eindigde.

diverse keren overgedragen, het bedrijf maakte een doorstart na faillissement, beëindigde in 2014 het gebruik van de WKK's en weigerde de gebruiksvergoeding te betalen omdat het door natrekking eigenaar van de WKK's zou zijn geworden.

De rechtbank beoordeelde aan de hand van de feitelijke omstandigheden de mate van verbondenheid van het opstalrecht van de energieleverancier en het erfpachtrecht van het bedrijf, onder meer aan de hand van de vraag of het opstalrecht na het einde van de erfpacht kon blijven voortbestaan en voor zelfstandige vervreemding vatbaar was.[26] Hierbij speelde onder meer een rol de partijbedoeling zoals die bleek uit een objectieve uitleg van de vestigingsakte. De rechtbank oordeelde dat sprake was van een zelfstandig opstalrecht nu in de akte de duur van het recht was geregeld, voor opzegging werd aangeknoopt bij art. 5:87 BW, de opstalhouder bevoegd was zijn recht over te dragen en de eigendomsoverdracht conform art. 5:105 BW bij het einde van het opstalrecht niet van toepassing was verklaard. Al deze omstandigheden wezen erop dat het de bedoeling van partijen was geweest een zelfstandig opstalrecht te vestigen. Deze objectief vastgestelde partijbedoeling bij vestiging gaf de doorslag, latere overeenkomsten tussen partijen konden dat niet anders maken. Omdat sprake was van een zelfstandig opstalrecht was het recht na het einde van de afgesproken duur op grond van art. 5:98 BW stilzwijgend verlengd en kon het recht door beide partijen met inachtneming van art. 5:88 BW worden opgezegd. Vast stond dat die opzegging ten tijde van de procedure nog niet had plaatsgevonden. Omdat het recht was blijven doorlopen moest het bedrijf dat energie had ontvangen via de WKK's de gebruiksvergoeding betalen, mede op grond van bewezen wilsovereenstemming tussen partijen en uitleg van de tussen hen gesloten overeenkomst naar de Haviltex-maatstaf. Deze uitspraak vormt een voorbeeld van de situatie waarvoor art. 5:98 BW geschreven is: het gebruik werd voortgezet zonder dat partijen een regeling hadden getroffen. Net als in de Gorinchemse zaak was er sprake van een nieuwe erfverpachter, in dit geval zelfs meerdere opvolgende erfverpachters, die geen acht sloegen op het voortgezette gebruik op basis van een opstalrecht.

Een voorbeeld van toepassing van art. 5:98 BW ingeval een ontbindende voorwaarde waaronder het erfpachtrecht is gevestigd in vervulling gaat, vormt de zaak van een erfpachtrecht gevestigd in 1847.[27] Een waterschap had het recht van erfpacht gevestigd voor onbepaalde tijd met als doel het perceel te bebouwen met een pakhuis, onder meer onder de volgende voorwaarde voor het geval het pakhuis zou worden gesloopt:

---

26 Rb. Noord-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4967, r.o. 4.5: "Dit betekent dat moet worden vastgesteld of het opstalrecht van Essent een zelfstandig of een afhankelijk recht betreft. Dit moet worden bepaald naar *de mate van verbondenheid van het opstalrecht en het erfpachtrecht* van Heiploeg oud. Deze mate van verbondenheid dient uit de omstandigheden van het geval te worden afgeleid. Van belang daarbij is onder meer of het opstalrecht na het einde van het erfpachtrecht kan blijven voortbestaan en of het voor zelfstandige vervreemding vatbaar is (Gerechtshof Leeuwarden 25 oktober 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU1889)." Nadruk toegevoegd. Zoals Tweehuysen, *JOR* 2017/147 terecht opmerkt was het opstalrecht van de energieleverancier alleen al daarom een zelfstandig recht omdat deze niet dezelfde persoon was als de erfpachter. Bij een afhankelijk opstalrecht zijn de erfpachter of huurder en de opstalhouder dezelfde persoon, Tweehuysen *JOR* 2017/147, par. 4.

27 Rb. Haarlem 10 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BP1998 (*Schiethaven/Hepri, notaris en Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier)*.

> "4. Dat van meergemeld pakhuis mogt worden gesloopt zulks niet anders kan geschieden dan met inachtneming der Keuren zoo onder anderen dat geenerlei heiwerk of iets hoegenaamd uit de grond mag worden gehaald of uitgeroeid en het parkdijks met het erf door de daad der sloping in de vrije en volledige beschikking van den polder wormer terug keere."[28]

Het pakhuis werd in 1980 door brand verwoest. De erfpachter kocht het recht in 1997, sloopte de bebouwing in het kader van een door de gemeente gewenste herontwikkeling van het gebied, saneerde het terrein en bood het recht weer te koop aan. De vraag rees of het erfpachtrecht door de brand en/of door de sloop van de opstallen teniet was gegaan dan wel stilzwijgend voortduurde nadat de voorwaarde van kracht was geworden. De argumenten van partijen leidden alle tot de conclusie dat het erfpachtrecht was blijven bestaan en op grond van art. 5:98 jo. 5:88 BW door de erfverpachter kon worden opgezegd zodat de rechtbank geen keuze hoefde te maken ten aanzien van de precieze aard van de bepaling, een tijdsduur of een ontbindende voorwaarde. De stelling dat art. 5:98 BW alleen van toepassing kan zijn indien het erfpachtrecht voor bepaalde tijd is gevestigd werd verworpen met een beroep op de wetsgeschiedenis.[29] Nu de wetgever met art. 5:98 BW had beoogd de rechter een grondslag te verschaffen om onder omstandigheden tot een voortduring van het erfpachtrecht te kunnen besluiten, en die omstandigheden niet uitsluitend uit een afgesproken tijdsduur hoefden te bestaan, leek dat een juiste beslissing. Bij oude rechten wordt vaak aangetroffen dat de duur van het recht niet in tijd of in het geheel niet is geregeld of in een formulering die vele jaren na dato uitleg behoeft.

De rechtbank voegde nog toe dat indien de brand en de opruimwerkzaamheden niet als een 'daad der sloping' in de zin van de akte moesten worden beschouwd, het recht eveneens kon worden opgezegd, maar dan op grond van art. 766 jo. 783 OBW omdat geen bijzondere bedingen of bepalingen omtrent het eindigen van het recht waren gemaakt en het meer dan dertig jaar had geduurd. Op grond van art. 166 Overgangswet NBW blijft deze wijze van beëindiging gelden voor bestaande rechten en moet bij de opzegging een opzegtermijn van minstens een jaar worden gehanteerd.[30]

Uit de besproken jurisprudentie blijkt dat art. 5:98 BW de hoofdregel en de gemene opvatting doorbreekt dat het einde van de afgesproken duur ook het einde van alle rechten en verplichtingen betekent. Partijen die niet goed opletten kunnen onaangenaam verrast worden door een stilzwijgende verlenging op grond van art. 5:98 BW en deze kan lang doorwerken. Door (veelvuldige) overdracht van in bovengenoemde gevallen de blote eigendom raakten opvolgende erfverpachters ongewild aan een erfpacht- of opstalrecht gebonden. Overeenkomsten

28 Rb. Haarlem 10 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BP1998, r.o. 4.4.

29 Rb. Haarlem 10 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BP1998, r.o. 7.10: "Uit de Memorie van Toelichting bij artikel 5:98 BW volgt dat dit artikel is opgenomen omdat bij gebreke van een bepaling de eigenaar de zaak rauwelijks zou kunnen opvorderen, ook wanneer de erfpachtsverhouding in feite geruime tijd is blijven doorlopen na het einde van de termijn, waarvoor het recht gevestigd was. Nu dit evenzeer geldt in het geval de erfpachtsverhouding blijft doorlopen na vervulling van een ontbindende voorwaarde waaronder het recht is gevestigd, valt niet in te zien dat deze bepaling alleen van toepassing is als de erfpacht is gevestigd voor een bepaalde tijd." De verwijzing betreft PG Boek 5 BW, p. 328.

30 Rb. Haarlem 10 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BP1998, r.o. 7.11. Deze vorm van beëindiging wordt nader behandeld in par. 6.4.1.

tussen partijen die strijdig zijn met het stilzwijgend doorlopende opstal- of erfpachtrecht hebben geen werking zolang het doorlopende recht niet is opgezegd.

6.2.1.2 Contractuele verlenging

Art. 5:98 BW en art. 779 OBW worden en werden niet toegepast in het geval partijen bewust aandacht hebben besteed aan het einde van een tijdelijk recht. Wat het meeste voorkomt is dat de erfverpachter de erfpachter tijdig laat weten of verlenging al dan niet mogelijk is. Soms kan de erfpachter aangeven waarnaar zijn voorkeur uitgaat. Lange tijd was het gebruikelijk dat een tijdelijk erfpacht- of opstalrecht dat was uitgegeven door bijvoorbeeld een waterschap of een andere overheidsorganisatie op grond van de vestigingsakte na afloop werd verlengd voor dezelfde duur en onder vrijwel gelijkblijvende voorwaarden, met alleen een aanpassing van de canon aan de geldontwaarding.[31] Een dergelijke verlenging komt vrijwel niet meer voor. Het is tegenwoordig gebruikelijk dat partijen op grond van de vestigingsakte het recht na afloop verlengen ten behoeve van onderhandelingen over heruitgifte van het recht. Die onderhandelingen betreffen dan vooral de gewijzigde voorwaarden waaronder de erfverpachter bereid zal zijn het recht opnieuw uit te geven. Op deze onderhandelingen is het leerstuk van de precontractuele onderhandelingen van toepassing.[32] Een door partijen overeengekomen verlenging dient te worden vastgelegd in een notariële akte en te worden ingeschreven in de openbare registers.[33] Geschillen betreffen vooral situaties waarin die verlenging niet tot stand komt.

Een voorbeeld van contractuele verlenging ten behoeve van onderhandelingen biedt de zaak over het Zuiderbad in Amsterdam.[34] Na afloop van de termijn had de erfpachter, exploitant van een zwembad, het gebruik met toestemming van de gemeente als erfverpachter voortgezet en hadden partijen bij notariële akte vastgelegd dat het erfpachtrecht tegen canonbetaling zou doorlopen totdat het door één der partijen werd opgezegd, onder verwijzing naar art. 779 OBW. De exploitatie van het zwembad was daarmee gewaarborgd en partijen verkregen onderhandelingstijd voor de conversie van een tijdelijk naar een voortdurend recht. De onderhandelingen over voortgezette exploitatie liepen na drie jaar spaak waarop de gemeente het recht opzegde omdat een dringend gemeentebelang zich verzette tegen conversie naar een voortdurend erfpachtrecht ten behoeve van een erf-

31 Zie voor een voorbeeld Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943 (*Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), r.o. 2.5-2.6.

32 Vonck 2013, p. 204 en Asser/Sieburgh *6-III* 2018/189-207.

33 Bartels beschouwt verlenging als een vorm van wijziging van het recht die moet worden ingeschreven om zakelijke werking te verkrijgen, Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/220a: "Omstreden is de vraag in hoeverre bij de verlenging sprake is van een nieuw erfpachtrecht of van de voortzetting van het oude recht. Voorzien de erfpachtvoorwaarden in de mogelijkheid van verlenging en wordt hiervan op de formeel juiste wijze gebruikgemaakt, dan wordt doorgaans aangenomen dat de oude erfpacht doorloopt. Een en ander is van belang voor de positie van derde belanghebbenden, in het bijzonder hypotheekhouders. Ook indien de erfpachtvoorwaarden zwijgen over een verlengingsmogelijkheid en de partijen komen een verlenging overeen, is mijns inziens in beginsel sprake van voortzetting van het bestaande recht van erfpacht. De erfpacht dient daarvoor wel ononderbroken te zijn. Om werking te hebben zal de verlenging moeten worden ingeschreven in de openbare registers." De vraag of een verlenging leidt tot een nieuw recht of tot een gewijzigd bestaand recht is daarmee nog vooral van belang voor derde belanghebbenden zoals hypotheekhouders. Vgl. voor de stand van zaken ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), par. 3.10.

34 HR 3 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5012, *NJ* 1986/323, m.nt. M. Scheltema (*Zuiderbad/Amsterdam*).

pachter die niet in staat bleek het zwembad te exploiteren. De protesten van de erfpachter werden tot aan de Hoge Raad afgewezen, de erfverpachter had geen toezeggingen gedaan omtrent verlenging of over een opstalvergoeding. In het arrest speelden ook publiekrechtelijke overwegingen een rol in zoverre dat het hof de weigering van de gemeente een tijdelijk recht om te zetten in een voortdurend recht marginaal toetste aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De opzeggingsgrond was bij toepassing van art. 779 OBW niet van belang. In dit geval waren partijen overeengekomen te onderhandelen over conversie en was conversie bovendien op grond van het gemeentelijk beleid toegestaan tenzij niet aan de voorwaarden werd voldaan, zodat de opzegging wel (marginaal) moest worden getoetst.

Een ander voorbeeld betrof de zaak van een horecaondernemer in een winkelcentrum in Valkenswaard.[35] Op grond van de akte waarbij zijn opstalrecht voor de duur van dertig jaar werd gevestigd bestond voor de opstalhouder geen recht op verlenging, zo stelde de rechtbank vast. De opstalhouder kon wel een verzoek doen om met de grondeigenaar in overleg te treden over een verlenging met maximaal twintig jaar. De betreffende bepaling uit de akte was typerend en wordt hier daarom geciteerd:

> "4. Na beëindiging van de termijn, waarvoor het opstalrecht is verleend, kunnen Burgemeester en Wethouders van de gemeente Valkenswaard op verzoek van de vennootschap, verlenging van het opstalrecht toestaan, tot een totale extra-termijn van twintig jaren. Bij deze verlenging kunnen Burgemeester en Wethouders voornoemd de jaarlijkse vergoeding herzien. Omtrent de eventuele verlenging van de duur van dat recht zullen partijen vóór afloop van de bovenbedoelde termijn overleg plegen."[36]

De akte stelt dat het recht *kan* worden verlengd en dat daarbij de vergoeding *kan* worden herzien en dat partijen daarover *zullen* overleggen. Dat betekent dat alleen het overleg voorafgaand aan het einde van het recht vaststaat en afgedwongen kan worden, de verlenging niet. De rechtbank concludeerde dat de gemeente als grondeigenaar een discretionaire bevoegdheid had die verlenging al dan niet te verlenen en dat de opstalhouder daar in beginsel niet op mocht rekenen. Het hof bekrachtigde dat oordeel.

Interessant is dat de rechtbank het niet bij die constatering liet, maar daarnaast onderzocht of de omstandigheden van het geval maakten dat afwijkend moest worden beslist, met name door feiten en omstandigheden rondom het aangaan van de overeenkomst of het vestigen van het recht van opstal in het onderzoek te betrekken en te beoordelen of de opstalhouder er redelijkerwijs op had mogen vertrouwen dat hij ondanks de duidelijke tekst van de akte een recht op verlenging van het recht van opstal had. De rechtbank had in die omstandigheden aanleiding kunnen vinden te oordelen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was het recht van deze opstalhouder te beëindigen, en zodoende art. 6:248 lid 2 BW toe te passen op de beëindiging van een goederen-

35 Hof Den Bosch 22 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1144 (*opstalhouder/Valkenswaard*).
36 Hof Den Bosch 22 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1144, r.o. 7.1.

rechtelijke rechtsverhouding. De opstalhouder slaagde echter niet in het leveren van voldoende tegenbewijs voor zijn beroep op het vertrouwensbeginsel.[37] In hoger beroep stond daarmee vast dat het opstalrecht was geëindigd. Dit betekende dat de opstalhouder conform de vestigingsakte en het vonnis van de rechtbank de opstal binnen zes maanden had moeten verwijderen. Nu hij dat had nagelaten gaf het hof hem drie maanden om dat alsnog te doen en oordeelde dat de opstalhouder voor de periode dat zijn gebruik na beëindiging had voortgeduurd een gebruiksvergoeding moest betalen ter hoogte van de retributie. De reden van opzegging kwam niet ter sprake en ook in dit geval was de grondeigenaar een overheidsinstantie. Het valt op dat erfpachters en opstalhouders de mogelijkheid van verlenging die in de vestigingsakte is opgenomen vaak anders interpreteren dan wat er letterlijk staat. Waar gesproken wordt van een mogelijkheid lezen zij vaak een recht op verlenging.

6.2.1.3 Voorwaarden voor verlenging erfpachtrecht

Soms bepaalt de vestigingsakte dat verlenging van een tijdelijk recht mogelijk is onder herziening van de voorwaarden en ook dan wordt een tijdelijk recht na afloop vaak verlengd ten behoeve van onderhandelingen. De volgende zaken stelden het begrip 'verlenging' van een erfpachtrecht en daarmee de reikwijdte van art. 5:98 BW aan de orde.

De eerste zaak ging over een groot aantal tijdelijke opstalrechten met bestemming wonen, die door een hoogheemraadschap waren gevestigd op percelen op de Ringdijk rond de Haarlemmermeer en die waren geëindigd als gevolg van het verstrijken van de afgesproken duur.[38] De opstalhouders deden voor het behoud van hun woningen een beroep op de algemene opstalvoorwaarden uit 1970 die bij de vestiging of een voorgaande verlenging van toepassing waren verklaard en die bepaalden dat de rechten steeds met minimaal tien jaar zouden worden verlengd tenzij er sprake was van ernstig achterstallig onderhoud:

> "UITGIFTE, VERLENGING EN DUUR. (…) Artikel 2. Ingeval op de grond woningen of andere gebouwen en/of getimmerten e.d. aanwezig zijn, zullen dijkgraaf en heemraden (…) de grond opnieuw in recht van opstal uitgeven voor een termijn van tenminste 10 jaren, daarbij o.a. rekening houdende met de staat van onderhoud van woningen, gebouwen, getimmerten e.d., met dien verstande dat dijkgraaf en heemraden bevoegd zijn de verlenging te weigeren, indien hun is gebleken dat het onderhoud van het opstalperceel en de daarop gestichte opstallen in ernstige mate te wensen overlaat. Dijkgraaf en heemraden maken van deze bevoegdheid slechts gebruik nadat de opstalhouder, na schriftelijke waarschuwing, in gebreke is gebleven."

Bij akte was echter tevens bepaald dat de opstalhouder moest aangeven of hij verlenging wenste en dat het hoogheemraadschap dan de voorwaarden voor verlenging zou bepalen:

37 Hof Den Bosch 22 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1144, r.o. 7.7.
38 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*).

> "BEEINDIGING. Artikel 16. Het recht van opstal vervalt door het verstrijken van de termijn waarvoor het is aangegaan en welke termijn in de akte van uitgifte is vermeld. Dijkgraaf en heemraden zullen de opstalhouder tijdig schriftelijk uitnodigen kenbaar te maken of verlenging van opstalrecht wordt gewenst. Indien verlenging wordt gewenst, worden zowel de duur van de verlenging als de verschuldigde canon aan de opstalhouder medegedeeld, met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 2 en 3 dezer voorwaarden (...)."[39]

Het geschil in deze kwestie betrof niet de verhouding tussen de artikelen 2 en 16, die gelezen in samenhang voor verschillende interpretaties vatbaar zijn, maar het feit dat de grondeigenaar voorafgaand aan de einddatum van de rechten in kwestie nieuwe algemene voorwaarden, met daarin een nieuwe systematiek voor het retributiebeleid had vastgesteld. Bij verzoeken om verlenging werd als voorwaarde gesteld dat de nieuwe algemene opstalvoorwaarden op de verlengde rechten van toepassing zouden worden. De opstalhouders waren van mening dat die voorwaarde in strijd was met hun bestaande recht en zij stelden in rechte de principiële vraag aan de orde of een grondeigenaar bij verlenging van een erfpacht- of opstalrecht nieuwe algemene voorwaarden van toepassing mag verklaren, ook wanneer dit inhoudt dat een nieuw retributiebeleid zal worden toegepast met als gevolg een explosieve stijging van de jaarlijks te betalen retributie. De opstalhouders beriepen zich onder meer op het fundamentele verschil tussen de verlenging van een opstalrecht en de heruitgifte ervan, inhoudend dat in geval van een verlenging dezelfde (retributie)voorwaarden van toepassing zouden blijven en alleen bij heruitgifte nieuwe voorwaarden van toepassing konden worden. Het hof stelde vast dat de opstalvoorwaarden uit 1970 bepaalden dat bij verlenging nieuwe, dat wil zeggen de laatst vastgestelde, retributiebepalingen van toepassing zouden worden, waarmee de stelling van de opstalhouders in dit geval niet opging en het hof niet toekwam aan een algemene uitspraak over het verschil tussen verlenging en heruitgifte.[40]

Rechtbank en hof oordeelden dat het partijen vrij stond een verlenging van een tijdelijk recht te regelen nu de wet daar niets over bepaalde.[41] Het beroep van de opstalhouders op art. 5:98 BW ging niet op omdat het een tussen partijen overeengekomen verlenging betrof. Uit dit arrest blijkt dat verlenging van een recht voor bepaalde duur in beginsel wordt overgelaten aan de contractvrijheid. De wet

---

39 Art. 2 en 16 van de Algemene opstalvoorwaarden 1970, geciteerd in de conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), par. 2.1.

40 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0517, r.o. 8 (*opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*). Zie uitvoerig de conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), par. 3.3-3.13. Het standpunt van de opstalhouders raakt aan de discussie over het verschil tussen verlenging van een bestaand recht en heruitgifte van een nieuw recht, waarbij de aandacht vooral wordt gericht op de vraag hoeveel elementen een erfpachtrecht moeten worden gewijzigd voordat sprake kan zijn van een nieuw recht. De A-G beschrijft de stand van zaken in par. 3.10 onder verwijzing naar de omvangrijke literatuur in noot 24 en 25. Zie ook Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/218a waarin Bartels het standpunt inneemt dat wijziging in beginsel niet leidt tot een nieuw erfpachtrecht, maar tot voortzetting in gewijzigde vorm.

41 De conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), par. 3.5 verwijst naar art. 5:86 BW als impliciete grondslag van een door partijen in de vestigingsakte opgenomen recht op verlenging, zoals gesteld door o.m. De Vries & Pleysier 2002, p. 94 en De Jong 1984a, p. 257. Ook uit jurisprudentie en literatuur komt de opvatting naar voren dat 'verlenging' kan plaatsvinden onder gewijzigde (retributie)bepalingen, zie par. 3.8 met voorbeelden in de par. 3.9 en 3.10.

geeft partijen de ruimte zelf te bepalen onder welke voorwaarden de verlenging zal plaatsvinden, zolang zij niet in strijd handelen met de wet of met eerdere afspraken. Dat er bij verlenging wijzigingen optreden in de erfpachtvoorwaarden is in zichzelf niet in strijd met de wet. Hetzelfde heeft te gelden voor heruitgifte. Meestal betreft de contractuele bepaling over verlenging een mogelijkheid, de erfpachter *kan* een verzoek indienen of partijen *zullen* in overleg treden. Aan een dergelijke mogelijkheid kan geen *recht* op verlenging ontleend worden. In dit geval was het verlengingsrecht strakker geformuleerd en kon de grondeigenaar dat alleen onder bepaalde voorwaarden weigeren. De uitleg van de opstalhouders dat de begrippen 'verlenging' uit de artikelen 2 en 16 van de hierboven geciteerde opstalvoorwaarden een recht op verlenging inhouden is niet onbegrijpelijk. De uitleg van de rechters dat bij verlenging nieuwe voorwaarden kunnen worden gesteld is eveneens in overeenstemming met de akte. De vaststelling van de A-G dat het de opstalhouder vrijstaat na afloop van zijn recht het aanbod voor verlenging niet te aanvaarden miskent echter de gebonden positie van de opstalhouder die voor zijn woning van het opstalrecht afhankelijk is.[42] Ook in dit geval trad een overheidsinstantie op als grondeigenaar, waardoor ook toetsing van het handelen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in beeld kwam.

Een verhoging van de erfpachtcanon bij verlenging van het recht werd in beginsel ook toelaatbaar geacht in een andere zaak met een waterschap als grondeigenaar.[43] In de vestigingsakte van een tijdelijk erfpachtrecht op een perceel duingrond was opgenomen dat de erfpachter voorafgaand aan het eindigen van het recht tijdig een verzoek om verlenging moest doen:

> "De erfpachter moet uiterlijk vijf jaren voor het einde van de erfpacht aan het Waterschap bij aangetekende brief meedelen of hij de erfpachtovereenkomst wenst te verlengen."[44]

Nadat de erfpachter om verlenging had verzocht stelde de erfverpachter een verlenging tegen een forse canonstijging voor, hetgeen door de erfpachter werd verworpen. Onderhandelingen over een aangepast voorstel leidden niet tot een oplossing waarop de erfverpachter het erfpachtrecht als geëindigd beschouwde en ontruiming vorderde. Naar het oordeel van de rechtbank had die vordering kunnen worden toegewezen indien het verlengingsvoorstel redelijk was geweest, maar dat was het in dit geval niet.

De rechtbank neemt als uitgangspunt dat de erfverpachter gerechtigd is bij verlenging de erfpachtvoorwaarden aan te passen en daarbij een canonherziening door te voeren, omdat de lange duur van erfpachtrechten meebrengt dat tussen

---

42 Conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:1900, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), par. 3.27, in het kader van de beoordeling van de onredelijke bezwarendheid van een opstalvoorwaarde: "Voorts heeft de opstalhouder het recht de aangeboden verlenging niet te aanvaarden en kan hij het recht van opstal opzeggen (art. 5:104 lid 2 jo 5:87 lid 1 BW)."

43 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207 (*De Scheldestromen/erfpachter*). Tegen dit vonnis is door het waterschap hoger beroep ingesteld. Deze uitspraak is vanwege de voorwaarde canonherziening bij verlenging ook besproken in par. 5.5.2.1. In deze paragraaf ligt de nadruk op de beëindiging van het recht.

44 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 2.5 citeert art. 23 van de vestigingsakte.

vestiging en verlenging de omstandigheden kunnen wijzigen.[45] De erfverpachter mag tevens de canon zo berekenen dat een evenredig deel van de waardestijging van de grond aan hem zal toekomen, aldus de rechtbank.[46] De beleidsvrijheid en contractvrijheid van deze overheidsorganisatie als erfverpachter vinden echter hun begrenzing in de eisen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, mede gezien de rechtsverhouding tussen de onderhandelende partijen waarbij sprake is van een ongelijke machtsverhouding.[47] De nieuwe voorwaarden moeten blijk geven van een evenwichtige belangenafweging en indien dat niet het geval is hoeft de erfpachter de nieuwe voorwaarden niet te aanvaarden, kan de erfverpachter geen beroep doen op het geëindigd zijn van het recht en vormt een opzegging van het erfpachtrecht om deze reden misbruik van bevoegdheid. De rechtbank heeft oog voor de positie van de erfpachter die op de grond zijn woning heeft en alleen in theorie een vrije keuze heeft om de verlenging al dan niet te aanvaarden.[48] De rechtbank oordeelde dat de erfverpachter misbruik maakte van zijn bevoegdheid het perceel opnieuw in erfpacht uit te geven aan de zittende erfpachter op grond van de volgende omstandigheden van het geval. De taxatie van de erfverpachter waarop de canonherziening was gebaseerd was ondeugdelijk en de erfverpachter had onvoldoende gereageerd op het deskundigenbericht van de erfpachter. Verder hield de voorgestelde ingroeiregeling onvoldoende rekening met de belangen van de erfpachter. Een bijzonder argument was dat de erfverpachter op grond van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gehouden is bij heruitgifte zodanige erfpachtvoorwaarden te hanteren dat het recht financierbaar zal zijn.[49] Of daarbij moet zijn voldaan aan de criteria van de NVB bleef in het midden omdat het bepalen van de inhoud van een erfpachtrecht een zaak van de contractvrijheid van partijen is en hier bovendien geen sprake was van particuliere erfpacht. De erf-

45 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.2: "Gelet op de lange duur van erfpachtcontracten moet ervan worden uitgegaan dat er tussen het tijdstip van verlening van het recht van erfpacht en (diverse) verlenging(en) sprake zal zijn van een wijziging van omstandigheden die aanpassing van de erfpachtovereenkomst wat betreft gebruik, beheer, bestemming, canon, looptijd etc. rechtvaardigen zodat van de eigenaar niet gevergd kan worden de erfpachtovereenkomst onder dezelfde voorwaarden te verlengen."

46 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.2: "Voor wat betreft de wijziging van de erfpachtcanon geldt als uitgangspunt dat het Waterschap in beginsel gerechtigd is de erfpachtcanon te berekenen zodanig dat hem een evenredig deel van de waardestijging van de grond toekomt ook ingeval van verlenging of heruitgifte voor zittende erfpachters."

47 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.3: "De rechtbank overweegt voorts dat de rechtsverhouding tussen partijen die in onderhandeling zijn over de aan de verlenging van de erfpacht verbonden voorwaarden, waarbij de contractspartijen in een ongelijke machtspositie verkeren, niet uitsluitend wordt begrensd door de vraag of er sprake is van misbruik van recht, maar tevens geregeerd wordt door de normen van redelijkheid en billijkheid."

48 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.4: "De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat het de erfpachter weliswaar in theorie vrij staat om verlenging te weigeren indien en voor zover hij niet kan instemmen met de nieuwe daaraan te verbinden voorwaarden, zoals het Waterschap ook betoogt, maar hij feitelijk in een afhankelijke en onvrije positie verkeert ten opzichte van de eigenaar/erfverpachter omdat hij eigenaar is van de opstal en daar woont en/of zijn bedrijf uitoefent."

49 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.14: "Ten aanzien van de gevorderde verklaring voor recht dat het Waterschap op grond van de redelijkheid en billijkheid gehouden is bij uitgifte van grond in erfpacht voor woningen voorwaarden te hanteren die voldoen aan de door de NVB opgestelde criteria verwijst de rechtbank naar hetgeen onder rechtsoverweging 4.10. is overwogen. Nog afgezien daarvan gelden de door de NVB opgestelde criteria in beginsel slechts voor (bank)financiering van woningen op particuliere erfpacht. Die vordering kan in zijn algemeenheid niet worden toegewezen omdat deze voorwaarden slechts onderdeel kunnen uitmaken van de toetsing aan de redelijkheid en billijkheid in een bepaald geval. Dit laat onverlet dat het Waterschap op grond van de redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gehouden is in het kader van het (her)sluiten van erfpachtovereenkomsten voorwaarden te hanteren zodanig dat de erfpacht financierbaar is."

verpachter kwam geen beroep op opzegging of ontruiming toe omdat de erfpachter het voorstel terecht had afgewezen.[50]

Het omgekeerde geldt ook. Indien de erfverpachter gedurende onderhandelingen met de erfpachter over voortzetting van een door tijdsverloop geëindigd tijdelijk erfpachtrecht redelijke voorwaarden stelt en de erfpachter niet aan die redelijke voorwaarden voldoet terwijl hij daar wel voldoende gelegenheid voor heeft gekregen, dan heeft de erfverpachter het recht te mogen opzeggen.[51] De opzegging was in dit geval correct gebaseerd op art. 5:98 BW en daarbij was de opzegtermijn van art. 5:88 BW aangehouden. Tot aan de datum waartegen het recht werd opgezegd liep het oude recht door onder de oude voorwaarden en was de erfpachter canon verschuldigd.

De uitspraken van de rechtbank Zeeland-West-Brabant en de rechtbank Gelderland sluiten aan bij het eerdere oordeel van de Hoge Raad dat de grondeigenaar bij verlenging van een erfpacht- of opstalrecht de vrijheid heeft om daaraan nieuwe voorwaarden te verbinden en dat dat ook financiële voorwaarden kunnen zijn. De rechtbank Zeeland-West-Brabant had opmerkelijk veel oog voor de gebonden rechtsverhouding waarin partijen zich bevinden bij onderhandelingen over verlenging en toetste de nieuwe voorwaarden aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en, nu de grondeigenaar een overheidsinstantie was, aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.[52] Omdat daaraan niet was voldaan bleef het erfpachtrecht onder de oude voorwaarden doorlopen zolang partijen het niet eens waren geworden over verlenging, een opzegging om reden dat de erfpachter niet instemt met de nieuwe voorwaarden is onrechtmatig. Dat is bijzonder omdat aan de reden van opzegging na beëindiging van een tijdelijk erfpachtrecht doorgaans geen hoge eisen worden gesteld. De beoordeling aan de hand van de omstandigheden van het geval en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vertoont overeenkomsten met de verbintenisrechtelijke toetsing van (precontractuele) onderhandelingen, een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding.[53] Afgewacht moet worden of dit oordeel, en met name de sterke verbintenisrechtelijke inslag daarvan, in hoger beroep zal standhouden.

Dat partijen het niet eens worden over de voorwaarden waaronder het recht verlengd kan worden betekent dus niet altijd dat het recht daarmee eindigt of eenzijdig kan worden beëindigd door opzegging. In beginsel kan deze situatie lang duren. De consequentie van de hier besproken oordelen is dat als de erfverpachter een voorstel doet dat, na rechterlijke toetsing, wel redelijk wordt bevonden en de erfpachter het daarmee niet eens is, de erfverpachter dan wel rechtmatig kan opzeggen en het recht beëindigen. De crux zit in de redelijkheid van een verlen-

50 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207, r.o. 4.4: "Het Waterschap komt in dat geval [aanbod tot verlenging onder onredelijke voorwaarden] een beroep op het geëindigd zijn van de erfpacht omdat de zittende erfpachter het aanbod niet heeft aanvaard niet toe en maakt misbruik van zijn bevoegdheid de overeenkomst bij gebreke van aanvaarding door de erfpachter op te zeggen en ontruiming te vorderen."

51 Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3278 (*Ede/erfpachter*). In het kader van de herontwikkeling van het gebied waarin een agrarisch bedrijf was gevestigd werd de erfpachter gevraagd een bedrijfsplan voor een duurzame agrarische bedrijfsvoering op te stellen.

52 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207.

53 Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017, p. 380-381, Asser/Sieburgh *6-III* 2018/189-207.

gingsvoorstel. Omdat erfpachtgeschillen in grote mate gaan over de wijze van canonberekening en onder taxatiespecialisten en erfpachtdeskundigen geen eensgezindheid bestaat over de juiste methode voor canonberekening, niet in het minst omdat erfpachtvoorwaarden op dit punt steeds verschillend zijn geformuleerd, is het rechterlijk oordeel in elke casus verschillend en in hoge mate afhankelijk van een deskundigenoordeel. In het algemeen gaat een rechtbank ervan uit dat het voorstel van een door de rechtbank benoemde deskundige redelijk is.

6.2.2 Doen blijken in de zin van artikel 5:98 BW

Een tijdelijk recht eindigt door tijdsverloop indien de tijd verstreken is en de erfverpachter binnen zes maanden na de einddatum aan de erfpachter die het perceel niet heeft ontruimd doet blijken dat hij het recht als geëindigd beschouwt. In de parlementaire geschiedenis is bepaald dat het vanzelf spreekt dat de erfverpachter ook vóór het einde van de termijn van zijn voornemen het recht op de einddatum als geëindigd te beschouwen kan 'doen blijken'.[54]

Het doen blijken is vormvrij. In het KNB-preadvies over Boek 5 BW wordt uitgesproken dat het wenselijk zou zijn wanneer het doen blijken een rechtshandeling zou inhouden, die gericht is op de beëindiging.[55] De vier preadviseurs bedoelen een rechtshandeling gericht op de definitieve beëindiging van de rechtsverhouding, want door onderhandelingen over verlenging aan te gaan zal de erfverpachter al doen blijken dat hij het bestaande erfpachtrecht als geëindigd beschouwt en dat leidt tot het tegengestelde van wat de wetgever met art. 5:98 BW beoogde: een rechtsgrond bieden voor de periode waarin het gebruik van de onroerende zaak door de erfpachter voortduurt. Dat het aangaan van onderhandelingen in genoemde zin moet worden opgevat, vind ik daarom geen recht doen aan de bedoeling van de wetgever. Met evenveel recht kan betoogd worden dat het aangaan van onderhandelingen door de erfverpachter voor of binnen zes maanden na de einddatum moet worden gezien als afstand van de bevoegdheid te doen blijken het recht op de einddatum ook als echt geëindigd te beschouwen. Dat het doen blijken een informele wijze van opzeggen inhoudt, een vormvrije rechtshandeling zoals de preadviseurs uitleggen, en dus de mogelijkheid biedt daar voorwaarden aan te verbinden,[56] rekt de reikwijdte van de bepaling te ver op. De onderhandelingen over verlenging of heruitgifte van het erfpachtrecht aan dezelfde erfpachter vormen een verbintenisrechtelijke aangelegenheid waarvoor Boek 5 BW uitsluitend enige aanwijzingen geeft om te voorkomen dat de status van een beperkt recht onzeker wordt. Indien de erfverpachter de zittende erfpach-

54 PG Boek 5 BW, p. 328 (MvT): "Vergeleken bij artikel 779 van het huidige B.W. is de bepaling in zoverre gewijzigd, dat aan de eigenaar een termijn van zes maanden is toegekend, gedurende welke hij kan doen blijken dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt, en derhalve ontruiming kan vorderen zonder inachtneming van een opzeggingstermijn; pas wanneer de eigenaar de termijn van zes maanden ongebruikt heeft laten voorbij gaan, kan hij de erfpacht nog slechts met inachtneming van een redelijke termijn opzeggen. De eigenaar mag er van uitgaan, dat het recht eindigt met het verstrijken van de termijn, waarvoor het gevestigd is. Wanneer blijkt, dat de erfpachter de zaak niet ontruimt, moet de eigenaar een redelijke termijn hebben om te doen blijken, dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt. *Het spreekt vanzelf dat de eigenaar ook voor het einde van de erfpacht van zijn voornemen te doen aanzien kan doen blijken*." Nadruk toegevoegd.

55 Bartels e.a. 2016, p. 344.

56 Bartels e.a. 2016, p. 345-346. De preadviseurs neigen er echter toe een voorwaardelijk doen blijken niet mogelijk te achten in verband met het dwingendrechtelijke lid 2.

ter bij het einde van het recht een aanbod voor verlenging doet, onder nieuwe erfpachtvoorwaarden, moet dat aanbod naar mijn mening niet worden opgevat als een doen blijken in de zin van art. 5:98 lid 1 BW. Indien de erfverpachter daarbij aangeeft dat het aanbod niet onderhandelbaar is, kan dit alleen als een doen blijken worden beschouwd indien daaraan wordt toegevoegd op welke datum het recht bij niet aanvaarden van het aanbod als geëindigd wordt beschouwd en het perceel ontruimd dient te zijn. Doen blijken in de zin van art. 5:98 BW heeft betrekking op het bestaande recht, het aanbod heeft betrekking op voortzetting of heruitgifte in de toekomst. Op het voorstel van de preadviseurs de tekst van art. 5:98 BW te wijzigen kom ik in par. 6.2.4 terug.

Hieronder volgt een overzicht van recente rechtspraak over het doen blijken van de erfverpachter in de zin van art. 5:98 BW. In alle gevallen kondigt de erfverpachter reeds voor het verstrijken van de termijn aan dat het recht niet zal worden verlengd zodat geen sprake is van een doen blijken in de letterlijke zin van art. 5:98 BW, dus gedurende de termijn van zes maanden na de einddatum van het recht. Indien na de aankondiging van de einddatum door partijen wordt afgesproken het recht voor bepaalde duur te verlengen om onderhandelingstijd te creëren is sprake van een contractuele verlenging. Desalniettemin toetsen de rechterlijke instanties ook in die situaties of aan art. 5:98 BW is voldaan en ook spelen opzeggingsformaliteiten uit de erfpachtvoorwaarden soms een rol. Het interessante aan deze uitspraken is de veelheid van situaties waarin partijen zich na het einde van een overeengekomen duur van het recht bevinden. In de praktijk komt het zelden voor dat partijen de einddatum van het recht voorbij laten gaan zonder daar acht op te slaan, meestal begeven partijen zich in onderhandeling over verlenging dan wel beëindiging. De Hoge Raad bepaalde in 1999 dat tussen erfpachter en erfverpachter na het einde van de contractueel bepaalde duur van het erfpachtrecht een rechtsverhouding blijft bestaan waarop de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn.[57] Dat strookt met het karakter van de situatie van precontractuele onderhandelingen, maar niet helemaal met de strekking van art. 5:98 BW die niet alleen het voortgezet gebruik maar ook de rechtsverhouding tussen partijen van een goederenrechtelijke grondslag voorziet, namelijk het erfpachtrecht waarvan de termijn (vrijwel) verstreken is. Het nieuwe aan de Hoge Raad-uitspraak uit 1999 was de bevestiging dat op die voortgezette rechtsverhouding de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn.[58] In de beoordeling van die situaties worden over het algemeen dan ook terecht alle omstandigheden van het geval betrokken.

57 HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*).

58 De redelijkheid en billijkheid zijn van toepassing en over hoe de aard van de rechtsverhouding gekwalificeerd moet worden liet de Hoge Raad zich niet uit, HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446, r.o. 3.3.2: "Weliswaar heeft het Hof zich niet verenigd met het standpunt van de Stichting dat tussen de Gemeente als erfverpachter en de zittende erfpachter een – bij de heruitgifte voortgezette – *contractuele band* bestaat, doch hieruit volgt niet dat het Hof zou hebben geoordeeld dat tussen de Gemeente en de zittende erfpachter na de expiratiedatum van de tijdelijke erfpacht niet *een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding* is blijven bestaan." Nadruk toegevoegd.

De gemeente Soest had in 1985 twee percelen gemeentegrond in erfpacht uitgegeven met een afhankelijk opstalrecht voor de daarop staande woning.[59] Het recht had volgens de vestigingsakte een looptijd van 25 jaar en kon na het einde met nog eens 25 jaar worden verlengd indien partijen daarover overeenstemming zouden bereiken. In 2008 liet de gemeente echter bij brief aan de erfpachter weten dat de grond na de einddatum 2 december 2010 niet opnieuw in erfpacht zou worden uitgegeven.[60] In beginsel stond daarmee de einddatum van het recht vast, ware het niet dat partijen overeenkwamen het recht met een half jaar te verlengen.[61] De gemeente zegde een dag voor het einde van het recht bij deurwaardersexploot beëindiging en ontruiming aan per de einddatum 2 juni 2011, een tweede doen blijken van de einddatum. De gemeente had een koopovereenkomst met een derde gesloten voor het perceel en voor de naastliggende percelen en wilde bij kort geding medewerking aan de benodigde doorhaling van de erfpachtrechten bewerkstelligen. Het hypotheekrecht van de erfpachter was reeds doorgehaald. De erfpachter weigerde medewerking en stelde dat hij erop had mogen vertrouwen dat zijn recht tot 2035 zou voortduren, terwijl de gemeente betwistte dat overeenstemming was bereikt over verlenging met 25 jaar. De voorzieningenrechter stelde vast dat tussen partijen geen verlenging van het erfpachtrecht met 25 jaar was overeengekomen. De erfpachter had niet op die verlenging mogen vertrouwen en had vanaf het begin bekend kunnen zijn met de einddatum van het recht. De voorzieningenrechter constateerde dat de gemeente had voldaan aan art. 5:98 BW door binnen zes maanden te doen blijken het recht als geëindigd te beschouwen.[62] Een summiere belangenafweging, rekening houdend met de bestemming wonen, maakte het oordeel niet anders.[63] Aan art. 5:98 BW was voldaan nu het doen blijken kon bestaan uit het op de laatste dag van de zes maanden termijn bij exploot aanzeggen van de beëindiging van het recht en de ontruiming van het perceel. Dat was geen opzegging, maar werd door de rechter wel zo opgevat.[64]

In de bodemprocedure luidde het oordeel niet anders.[65] Het doen blijken had een dag voor de nieuwe einddatum 2 juni 2011 plaatsgevonden zodat de beëindiging

59 Rb. Utrecht 21 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7327 (*Soest/erfpachter*). De erfpachter was de voormalige huurder van de woning.

60 Rb. Utrecht 21 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7327, r.o. 2.7: "Bij brief van 14 april 2008 heeft de gemeente Soest aan [gedaagde] bericht dat de in erfpacht uitgegeven grond ten aanzien van al de genoemde percelen niet opnieuw in erfpacht zal worden uitgegeven."

61 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223 (*erfpachter/Soest*), r.o. 2.8: "Partijen zijn daarna overeengekomen de erfpacht met een halfjaar te verlengen, tot 2 juni 2011."

62 Rb. Utrecht 21 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7327, r.o. 4.5: "De erfpacht is blijkens de overgelegde aktes gevestigd voor de duur van vijfentwintig jaar, derhalve tot 2 december 2010. De gemeente Soest c.s. heeft vervolgens bij exploot binnen zes maanden na 2 december 2010, namelijk op 1 juni 2011, aan [gedaagde] de beëindiging van de erfpachts- en opstalrechten en de ontruiming aangezegd. De gemeente Soest c.s. heeft derhalve gehandeld binnen de in de wet genoemde termijn van zes maanden na einddatum van de overeenkomst, waardoor de erfpacht- en opstalrechten alsnog zijn geëindigd per 2 juni 2011."

63 Rb. Utrecht 21 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7327, r.o. 4.6: "Een belangenafweging maakt vorenstaande niet anders. Het feit dat de familie van [gedaagde] reeds gedurende vele jaren op de desbetreffende percelen woont of heeft gewoond maakt vorenstaand oordeel niet anders."

64 Rb. Utrecht 21 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7327, r.o. 4.3: "Hiervan uitgaande zal vervolgens dienen te worden beoordeeld of de gemeente Soest c.s. op rechtsgeldige wijze de tussen partijen bestaande overeenkomsten heeft *opgezegd*." Nadruk toegevoegd. Vgl. Bartels e.a. 2016, p. 344-347 die voorstellen het doen blijken als een rechtshandeling op te vatten, namelijk als een informele wijze van opzeggen met een opzegtermijn van een maand.

65 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223 (*erfpachter/Soest*).

kon worden getoetst aan art. 5:98 BW.[66] In beide uitspraken volstond een doen blijken van de zijde van de erfverpachter om het recht te doen beëindigen en was geen opzegging vereist, wat door de rechtbank werd bevestigd.[67] De rechtbank beoordeelde de vraag of de erfverpachter misbruik van zijn eigendomsbevoegdheid had gemaakt door het recht niet te verlengen aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid uit het arrest Haagse erfpacht.[68] Het criterium voor de vraag of de erfverpachter bij zijn beslissing tot wel of niet verlengen misbruik maakt van zijn machtspositie luidt als volgt:

> "Bij de vraag of de gemeente Soest als redelijke (contracts)partij heeft gehandeld kan relevant zijn of zij misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie. Dat kan aan de orde zijn indien de gemeente Soest met [eiser] niet dezelfde afspraken zou hebben willen maken als die zij met een onafhankelijke derde zou hebben willen maken, of als zij [eiser] enkel een apert onredelijk aanbod zou hebben willen doen."[69]

De introductie van de onafhankelijke en fictieve derde dient om de redelijkheid van een aanbod te beoordelen naar objectieve maatstaven. Het is de vraag hoe dit objectieve criterium zich verhoudt tot de stelling dat de erfpachter in een afhankelijke positie verkeert en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid op de rechtsverhouding van toepassing zijn. Dat laatste houdt in dat juist rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval terwijl een onafhankelijke derde juist niet in een afhankelijke positie ten opzichte van de grondeigenaar verkeert. Een aanbod tot verlenging kan objectief redelijk zijn, maar onredelijk zijn ten opzichte van een zittende erfpachter omdat deze bijvoorbeeld zonder ingroeiregeling met een canonexplosie wordt geconfronteerd. Een beslissing tot verlenging is redelijk indien ten aanzien van de afhankelijke erfpachter hetzelfde wordt gehandeld als ten aanzien van een onafhankelijke derde, maar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan ditzelfde aanbod juist onaan-

---

66 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223, r.o. 5.6: "Na afloop van de overeengekomen duur van de erfpacht eindigt het erfpachtrecht in beginsel van rechtswege. Daarvoor is op grond van artikel 5:98 van het BW wel vereist dat de eigenaar (in dit geval de gemeente Soest) binnen zes maanden doet blijken dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt. Uit de parlementaire geschiedenis bij dit wetsartikel volgt dat hiermee is beoogd de eigenaar een termijn te geven waarbinnen hij ontruiming kan vorderen zonder inachtneming van een opzegtermijn; pas wanneer de eigenaar de termijn van zes maanden ongebruikt heeft laten voorbij gaan, kan hij de erfpacht nog slechts met inachtneming van een in de wet bepaalde termijn opzeggen. Daarbij heeft de wetgever ook overwogen dat de eigenaar vanzelfsprekend ook voor het einde van de erfpacht van zijn voornemen kan doen blijken. Dat laatste is in deze zaak gebeurd: de gemeente Soest heeft met het deurwaardersexploot van 1 juni 2011 laten blijken dat zij de (verlengde) erfpacht als geëindigd beschouwde na afloop van de duur ervan per 2 juni 2011. Daarmee heeft de gemeente Soest geheel gehandeld binnen de bepalingen van artikel 5:98, eerste lid, van het BW. Van het doorlopen van de erfpacht in de zin van dat artikel is daarom geen sprake: de erfpacht is van rechtswege geëindigd. Dat betekent dat de erfpacht vervolgens ook niet hoefde te worden opgezegd met inachtneming van de in artikel 5:88 genoemde termijn, zoals namens [eiser] in pleidooi is aangevoerd."

67 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223, r.o. 5.8: "De erfpacht van [eiser] is dus van rechtswege geëindigd per 2 juni 2011, zodat geen sprake is van een voor vernietiging vatbare opzegging van de erfpacht door de gemeente Soest. Dit betreft een juridisch oordeel en geen feit of feitencomplex waarvoor bewijslevering mogelijk is."

68 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223, r.o. 5.10: "Wel is van belang dat er tussen partijen al een rechtsverhouding bestond op het moment dat de vraag over het verlengen van de erfpacht ging spelen. Die rechtsverhouding bestond uit de (verlengde) erfpachtovereenkomst en wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid (Hoge Raad 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879). Onder die omstandigheid is de contractsvrijheid aan de zijde van de gemeente Soest niet onbeperkt, omdat zij een machtspositie heeft. [eiser] had de percelen als erfpachter immers al in gebruik en bevond zich met betrekking tot de vraag of wel of niet tot verlenging zou worden overgegaan in een van de gemeente Soest afhankelijke positie."

69 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223, r.o. 5.10.

vaardbaar zijn voor de zittende erfpachter. Het objectieve criterium ondermijnt zo de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. In casu was geen sprake van bijzondere omstandigheden omdat de erfverpachter na aankondiging dat het recht niet zou worden verlengd niets anders had gedaan dan het recht te laten aflopen, terwijl verlenging niet kon worden afgedwongen. Niet gebleken was dat de erfverpachter het recht aan een derde in erfpacht had willen uitgeven.[70]

In de bodemprocedure over het erfpachtrecht te Soest werd bij de beoordeling van de weigering het recht te verlengen rekening gehouden met alle omstandigheden van het geval. Alleen de vraag of de erfverpachter misbruik van zijn bevoegdheid maakte door verlenging te weigeren werd getoetst aan een objectief criterium. Het misverstand over de toepassing van art. 5:98 BW lijkt hierin te schuilen dat bekeken moet worden of de erfpachter het perceel vrijwillig heeft ontruimd op de einddatum. Indien de erfpachter het perceel op de einddatum niet heeft ontruimd en de erfverpachter niet heeft doen blijken het recht op de einddatum als geëindigd te beschouwen, is er sprake van een situatie als bedoeld in art. 5:98 BW en eindigt het recht per direct indien de erfverpachter binnen zes maanden doet blijken dat hij het recht als geëindigd beschouwt. Het exploot waarmee de erfverpachter dat doet blijken kan op ieder moment worden uitgebracht, ook nog een dag voor de einddatum en dan eindigt het recht op de einddatum. Laat de erfverpachter de zes-maandentermijn ongebruikt voorbij gaan dan geldt dat beide partijen kunnen opzeggen bij exploot en met een opzegtermijn van een jaar conform art. 5:88 BW.

Indien de grondeigenaar reeds vóór de einddatum doet blijken dat hij het recht op de einddatum als geëindigd beschouwt, dan ontbeert de erfpachter die niet ontruimt na de einddatum een grondslag voor zijn gebruik en wordt niet toegekomen aan verlengde erfpacht in de zin van art. 5:98 BW. Dat gebeurde in de zaak van een voetbalvereniging ten behoeve waarvan de gemeente als grondeigenaar in 1983 een erfpachtrecht voor dertig jaar had gevestigd zonder recht op verlenging.[71] Bij deurwaardersexploot van 26 april 2012 liet de gemeente de erfpachter weten dat het recht van erfpacht zou eindigen op de einddatum 25 juli 2013. De gemeente had het beleid voor sportcomplexen herzien waarbij de voetbalvelden op deze locatie zouden verdwijnen. De erfpachter vorderde een dag voor de einddatum in kort geding vergeefs een verklaring voor recht dat de 'opzegging' nietig was want strijdig met de tussen partijen geldende afspraken, althans in strijd met de redelijkheid en de billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW, dan wel dat de erfverpachter misbruik maakte van zijn bevoegdheid in de zin van art. 3:13 lid 2 BW. De kantonrechter concludeerde aan de hand van de vestigingsakte dat het erfpachtrecht van rechtswege zou eindigen op de afgesproken datum en dat opzegging niet nodig was nu de erfverpachter ruim een jaar eerder had aangekondigd het recht niet te zullen verlengen. Van schending van het vertrouwensbeginsel was niet gebleken en het herstructureringsbeleid was door de gemeenteraad aanvaard en dus op democratische wijze tot stand gekomen.

70 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223, r.o. 5.11.
71 Rb. Limburg 24 juli 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8746 (*Heksenberg/Heerlen*). Deze zaak is kort behandeld als voorbeeld 1 in par. 6.1.2.

De erfpachter ging in hoger beroep en verzette zich in kort geding vergeefs tegen de tenuitvoerlegging van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis.[72] Omdat de erfpachter een vervangende locatie toegewezen had gekregen was geen sprake van een noodtoestand die maakte dat tenuitvoerlegging van het vonnis als misbruik van bevoegdheid moest worden beschouwd. Het hof wees de vorderingen van de erfpachter eveneens af, onder uitvoerige weerlegging van alle bezwaren die de erfpachter had aangevoerd tegen het niet verlengen van het erfpachtrecht.[73] Als relevante omstandigheden van het geval beschouwde het hof onder meer dat in 1983 een perceel grond werd uitgegeven waarop de erfpachter, die voorheen de grond huurde, op eigen kosten een sportaccommodatie had opgericht. Die uitgifte in erfpacht bood de oplossing voor de financiering van een moderne kantine en kleedkamer en naar het oordeel van het hof was dertig jaar een voldoende termijn om de lening af te lossen. De gemeente had welwillend medewerking verleend door een erfpachtrecht te vestigen tegen een symbolische canon van *f* 1,- per jaar. Dat de voetbalclub zijn bestaan op de betreffende locatie wilde voortzetten en dat de club op die locatie een maatschappelijke functie had maakte de beoordeling niet anders. Erfpacht voor een bepaalde duur van dertig jaar is geen duurovereenkomst in de zin dat de erfpachter er op mag vertrouwen dat de termijn na afloop zal worden verlengd. Een uitgifte voor dertig jaar houdt voldoende rekening met de maatschappelijke functie van de club en met het feit dat inzichten in de loop der tijd kunnen wijzigen.[74] Ook relevant was dat de voetbalclub haar activiteiten elders kon voortzetten. Bovendien was in de vestigingsakte tussentijdse beëindiging in het algemeen belang voorzien en had de erfpachter niet aangetoond dat hij aan het nieuwe beleid zou kunnen voldoen of anderszins met de gemeente had meegedacht over het betaalbaar houden van sportcomplexen in de gemeente. Als de onderliggende vraag was of partijen rekening met elkaars belangen hadden gehouden, dan viel de erfpachter meer te verwijten dan de gemeente, aldus het hof, zodat de belangenafweging in het voordeel van de erfverpachter uitviel.

In de zaak-Heksenberg had de erfverpachter, net als in de zaak-Soest, beëindiging van het tijdelijke recht aangekondigd vóór de einddatum, waarmee het einde van het recht per die datum vaststond. Het enige wat beëindiging van het recht nog kon voorkomen waren omstandigheden van het geval die maakten dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was aan de beëindiging van het recht vast te houden. Daarom werd zowel in eerste aanleg als in hoger beroep het niet verlengen van het erfpachtrecht getoetst aan de omstandigheden van het geval en werden daarbij de belangen van beide partijen meegewogen.

---

72 Rb. Limburg 15 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8782 (*Heksenberg/Heerlen*).

73 Hof Den Bosch 24 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1901 (*Heksenberg/Heerlen*).

74 Hof Den Bosch 24 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1901, r.o. 4.8.3: "Het hof gaat voorbij aan de stelling dat de erfpachtverhouding dient te worden aangemerkt als een duurverhouding, althans dient gelijk te worden geschakeld met een duurovereenkomst, omdat deze stelling geen steun vindt in het recht. Dit is niet anders indien het betreft een verhouding tussen een vereniging als Heksenberg enerzijds en een gemeente anderzijds. Een erfpachttermijn van 30 jaar is, naar het oordeel van het hof, beleidsmatig gezien en bezien in het licht van het feit dat een gemeente rekening moet houden met de mogelijkheid dat maatschappelijke opvattingen en inzichten in een periode van 30 jaar (aanzienlijk) kunnen wijzigen, al zodanig lang dat daarmee voldoende rekening is gehouden met het feit dat Heksenberg een maatschappelijke vereniging is met een ideële doelstelling in de gemeentelijke woonwijk 'De Heksenberg' die door de gemeente wordt gedragen en ondersteund."

Zoals eerder gezien kunnen gewijzigde inzichten omtrent grondgebruik en herontwikkelingsplannen een belemmering vormen voor voortzetting van een gebruiksrecht op een bepaalde locatie. Erfpachters van percelen op gemeentelijke grond doen er dan ook goed aan de plannen van de gemeente met betrekking tot bestemmingen en herstructurering goed te volgen. Datzelfde geldt voor belangstellenden die overwegen een bestaand erfpachtrecht op gemeentelijke grond te kopen. Een sportschoolhouder in Schiedam zag een passage over herontwikkeling in het taxatierapport van zijn erfpachtrecht over het hoofd en werd onaangenaam verrast toen de gemeente zijn verzoek om verlenging afwees onder verwijzing naar de herstructurering van het betreffende bedrijventerrein.[75] De erfpachter had in 2005 om verlenging van zijn in 2003 aangeschafte recht verzocht met het oog op financiering van bouwplannen en onderhandelde na de afwijzing met de gemeente over bedrijfsverplaatsing en afkoop van de canon. De erfpachter sprak in rechte zowel de gemeente als zijn makelaar aan. De gemeente werd veroordeeld tot betaling van schadevergoeding wegens langdurig stilzitten gedurende de onderhandelingen.[76] De makelaar was niet schadeplichtig omdat de erfpachter geen schade als gevolg van het onjuiste taxatierapport kon aantonen. Ook als de makelaar de erfpachter had gewezen op de waarschijnlijkheid dat het recht na afloop niet verlengd zou worden, dan nog was het aan de erfpachter om daaruit de consequenties te trekken. Ook in dit geval werd lang voor het aflopen van een tijdelijk recht desgevraagd door de gemeente als erfverpachter gemotiveerd gesteld dat het recht niet verlengd zou worden. Ook dat is een vorm van doen blijken.

Een andere erfpachter van een perceel op een ander bedrijventerrein in de gemeente Schiedam kwam mogelijk wel in aanmerking voor verlenging van zijn in 1999 verkregen tijdelijk recht, op voorwaarde dat hij zou voldoen aan de nieuwe kwaliteitseisen die de gemeente had vastgesteld voor het betreffende bedrijventerrein.[77] Bij exploot deelde de erfverpachter mee dat het erfpachtrecht op 31 mei 2014 zou eindigen. Partijen onderhandelden vervolgens over verlenging van het erfpachtrecht en ten behoeve van die onderhandelingen werd het erfpachtrecht tweemaal verlengd, eerst tot 1 juni 2015 en daarna tot 1 december 2015. Aan de laatste verlenging was de voorwaarde gesteld dat 'indien op de einddatum geen overeenstemming is bereikt over een heruitgifte het perceel uiterlijk op de einddatum 30 november 2015 moet worden opgeleverd.'[78] Hier was sprake van een contractueel verlengde termijn van het oude erfpachtrecht ten behoeve van onderhandelingen over verlenging of heruitgifte. Aan de eisen voor verlenging werd niet voldaan, zo bleek uit een brief van de erfverpachter aan de erfpachter van 8 december 2015 en nadat in januari 2016 was gebleken dat de voormalige erfpachter ook niet in aanmerking kwam voor een nieuwe uitgifte zegde de gemeente ontruiming aan per 1 april 2016. Deze brief kan naar mijn mening worden beschouwd als het doen blijken bedoeld in art. 5:98 BW, al dan niet in combinatie met de brief van 8 december 2015 waarin werd geconstateerd dat het erfpachtrecht per 1 december 2015 was beëindigd. De erfverpachter deed

75 Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3413 (*makelaar/erfpachter*).
76 Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT8470 (*erfpachter/Schiedam*).
77 Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7941 (*erfpachter/Schiedam*).
78 Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7941, r.o. 2.5.

een verklaring dat het erfpachtrecht op 1 december 2015 was geëindigd inschrijven in de openbare registers.

In dit geval bevatten de gemeentelijke erfpachtvoorwaarden uit 1921 enkele bepalingen over ontruiming na het einde van het recht. De voorzieningenrechter die beoordeelde of de ontruiming berustte op een rechtsgeldige titel wees het verbod op ontruiming toe omdat de erfverpachter zijn eigen erfpachtvoorwaarden onvoldoende had nageleefd en in de contractueel voorgeschreven ingebrekestelling niet had vermeld op welke datum het erfpachtrecht nu precies was geëindigd.[79] In het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter lag tevens een veronderstelling over de verhouding tussen art. 5:98 BW en de erfpachtvoorwaarden besloten:

> "Daar komt bij dat het naar voorlopig oordeel niet onaannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat de gang van zaken na het uitbrengen van het exploot van 10 april 2014 (waarbij het eindigen van de erfpacht werd ingeroepen), te weten: de twee verlengingen van de erfpacht bij brieven van 12 mei en van 22 juli 2015, de voortzetting van het gebruik en het in rekening brengen van de canon, in de weg staat aan toepassing van artikel 41b model-voorwaarden wegens niet-naleving van de ontruimingsverplichting van artikel 39 model-voorwaarden. Niet kan immers worden uitgesloten dat de bodemrechter de rechtsverhouding vanaf 1 juni 2014 aanmerkt als een *verlengde erfpacht als bedoeld in artikel 5:98 BW*. Opzegging van een dergelijke verlengde erfpacht dient te geschieden bij deurwaardersexploot met inachtneming van een termijn van één jaar, art. 5:88 BW. Dit is niet gebeurd, zodat het recht van erfpacht – als deze kwalificatie juist is – bij het uitbrengen van het exploot van ingebrekestelling niet was geëindigd. In dat geval is de ontruimingsverplichting van artikel 39 model-voorwaarden dus niet aan de orde."[80]

Naar mijn mening is dit een onjuiste veronderstelling en doet de kwalificatie stilzwijgend verlengde erfpacht zich in dit geval niet voor. Partijen hadden de contractueel bepaalde einddatum tweemaal verlengd waarna de einddatum was komen te liggen op 1 december 2015. Die verlengingen ontzegden werking aan het eerdere exploot waarmee de grondeigenaar had doen blijken dat hij het recht

79 Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7941, r.o. 3.3: "Het exploot bevat een ingebrekestelling, zoals voorgeschreven in lid 2 van artikel 41b model-voorwaarden, aangaande de verplichting het in erfpacht uitgegeven perceel na eindiging van het recht te ontruimen. In artikel 39 model-voorwaarden is in een dergelijk geval ontruiming binnen zes maanden na einde van het recht voorgeschreven. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is deze ingebrekestelling onvoldoende duidelijk. In het exploot wordt verwezen naar een (niet in het geding gebrachte) brief van 12 mei 2015 en een expiratiedatum van 31 mei 2015. Deze datum valt niet te rijmen met de brief van de [gedaagde] van 8 december 2015, waarin wordt medegedeeld dat het recht van erfpacht met ingang van 1 december 2015 is geëindigd. Op grond van de ingebrekestelling is dus niet duidelijk op welke datum de in artikel 39 model-voorwaarden opgenomen ontruimingsverplichting en de termijn van zes maanden ingaat. Niet kan worden vastgesteld of bij de eerste verlenging (kennelijk bij brief van 12 mei 2015) tussen partijen is afgesproken dat deze ontruimingstermijn van 6 maanden niet zal gelden. Eveneens onduidelijk is in hoeverre de [gedaagde] tot naleving van de verplichting van artikel 39 model-voorwaarden sommeert. Deze verplichting betreft immers de oplevering na eindiging van het recht van erfpacht. In de vestigingsakte zoals deze nadien is gewijzigd is de einddatum 30 mei 2014 opgenomen. Partijen gaan zelf uit van een einddatum 31 mei 2014. Deze verplichting tot ontruiming diende dus uiterlijk 30 november 2014 te zijn nageleefd. In het exploot van ingebrekestelling wordt als uiterlijke ontruimingsdatum echter 1 april 2016 genoemd. Deze datum berust dus niet op de erfpachtakte, maar kennelijk op nadere afspraken van partijen. Op grond van het exploot van ingebrekestelling is onvoldoende duidelijk dat en in welk opzicht [eiser1] artikel 39 van de model-voorwaarden niet heeft nageleefd. Tot parate executie met toepassing van artikel 41b model-voorwaarden is de [gedaagde] echter slechts dan bevoegd als een (voldoende duidelijk omschreven) verplichting voortvloeiende uit de erfpachtovereenkomst of de daarbij behorende voorwaarden niet wordt nageleefd, nadat de erfpachter in gebreke is gesteld."

80 Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7941, r.o. 3.4. Nadruk toegevoegd.

op de einddatum in 2014 als geëindigd zou beschouwen. Omdat de onderhandelingen geen nieuw recht tot resultaat hadden eindigde het verlengde recht ook daadwerkelijk op de nieuwe einddatum, zoals de grondeigenaar aan de erfpachter had doen blijken, en begon op die datum de termijn voor ontruiming bedoeld in art. 39 van de algemene voorwaarden. De datum voor ontruiming 1 april 2016 was binnen zes maanden na 1 december 2015. De gemeente zorgde zelf voor de verwarring door in het exploot van ingebrekestelling van 27 mei 2016 te verwijzen naar een onjuiste einddatum van het recht, in zoverre had de voorzieningenrechter gelijk. Maar aan art. 5:98 BW dat is geschreven voor de situatie dat partijen geen regeling hebben getroffen, werd niet toegekomen nu partijen wel een regeling voor verlenging en beëindiging hadden afgesproken. Omdat het recht op grond van de contractuele afspraken was geëindigd hoefde het niet meer op de voet van art. 5:88 BW te worden opgezegd.

In een vonnis van de rechtbank Gelderland stond de vraag centraal of de erfverpachter bij het einde van een tijdelijk recht had doen blijken dat hij het recht als geëindigd beschouwde.[81] Het tijdelijke erfpachtrecht was gevestigd in 1988 met de bestemming tennishal en had als einddatum 31 juli 2013. Enige tijd daarna, op 8 oktober 2013, stuurde de erfverpachter een brief aan de erfpachter met de concept-voorwaarden voor verlenging van het recht.[82] Naar mijn mening volgde uit die brief dat partijen in onderhandeling waren over verlenging van het recht en dat de brief daarom niet kan worden beschouwd als een doen blijken van de erfverpachter dat hij het recht als geëindigd beschouwde. Geëindigd wil zeggen dat met deze erfpachter geen voortgezette of nieuwe rechtsverhouding wordt aangegaan. De rechtbank was echter van oordeel dat deze brief moest worden opgevat als een doen blijken in de zin van art. 5:98 BW en dat het recht op de einddatum was geëindigd. Omdat de onderhandelingen mislukten stuurde de erfverpachter op 14 oktober 2014 een brief waarin de onderhandelingen werden beëindigd en het doorlopende erfpachtrecht op grond van art. 5:98 BW werd opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn van art. 5:88 BW. Terecht werd geen waarde gehecht aan de bepaling in de vestigingsakte dat het recht niet stilzwijgend zou worden vernieuwd, want die bepaling zag niet op het stilzwijgend doorlopen van het recht tijdens onderhandelingen maar gaf slechts aan dat onderhandelingen nodig waren om het recht voort te zetten.[83] Naar mijn mening diende de latere brief als het doen blijken van de erfverpachter te worden opgevat, voor het resultaat van de procedure maakte dat echter geen verschil.

In alle genoemde gevallen beoordeelt de rechter de situatie naar de omstandigheden van het geval, in kort geding minder uitvoerig dan in een bodemprocedure, en speelt mee dat alle grondeigenaren gemeenten zijn wier handelen ook aan de

81 Rb. Gelderland 16 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2157 (*Heerde/erfpachter*).

82 Rb. Gelderland 16 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2157, r.o. 2.4: "Bij brief van 8 oktober 2013 heeft de gemeente [gedaagde in conventie/eiser in reconventie] (onder meer) geschreven: *"Op 1 augustus 2013 is uw erfpachtovereenkomst afgelopen. In een gesprek op 14 augustus 2013 hebben zowel u als de gemeente, aangegeven de erfpacht te willen verlengen."* Bij die brief is een (concept) erfpachtovereenkomst aan [gedaagde in conventie/eiser in reconventie] opgestuurd."

83 Rb. Gelderland 16 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2157, r.o. 2.1: "In de akte staat onder meer vermeld: *"18. Wanneer het erfpachtsrecht door verloop van de tijd waarvoor het is aangegaan, is geëindigd, wordt het niet stilzwijgend vernieuwd."*."

algemene beginselen van behoorlijk bestuur getoetst dienen te worden. Het doen blijken heeft in alle gevallen een schriftelijke vorm, indien het wordt gecombineerd met een aanzegging tot ontruiming geschiedt het bij deurwaardersexploot. Als partijen het recht ten behoeve van onderhandelingen verlengen verschuift de einddatum en wordt art. 5:98 BW van toepassing op de nieuwe einddatum, net als afspraken uit erfpachtvoorwaarden omtrent de beëindiging van het recht.

6.2.3 Opzegging verlengde erfpacht ex artikel 5:98 BW

De opzegging na stilzwijgende verlenging moet voldoen aan de voorschriften van art. 5:88 BW dat dwingend bepaalt dat de opzegging moet geschieden bij deurwaardersexploot en tegen een opzegtermijn van minimaal een jaar. Uiteraard dient de gebruiksvergoeding tot aan de einddatum van het recht te worden doorbetaald. Bij het einde van het erfpachtrecht door opzegging na stilzwijgende verlenging bestaat tevens recht op een opstalvergoeding ex art. 5:99 BW.

6.2.3.1 Opzegging bij exploot

Van het vereiste dat de opzegging moet geschieden bij deurwaardersexploot kan niet bij de vestigingsakte worden afgeweken. Een beding in een vestigingsakte uit 1989 dat de grondeigenaar ook rechtsgeldig kan opzeggen per aangetekende brief met bericht van ontvangst wordt vanaf 1 januari 1992 van rechtswege vervangen door het vereiste van art. 5:88 BW. Dit ondervond een grondeigenaar in een zaak over de beëindiging van een opstalrecht voor een tankstation.[84] De opzegging per aangetekende brief was nietig, terwijl de bevestiging van die opzegging per exploot van ruim een jaar later wel aan de vereisten voldeed. De in de vestigingsakte bepaalde opzegtermijn van zes maanden werd echter niet van rechtswege vervangen door de termijn van minstens een jaar uit art. 5:88 BW.[85] Bijzonder was dat de kantonrechter in deze zaak de materiële effecten van de verschillende regelingen zo gering achtte dat hij besloot tot conversie op grond van art. 3:42 BW om de nietige opzegging om te zetten in een geldige rechtshandeling met een redelijke opzegtermijn.[86] In hoger beroep werd deze conversie bevestigd.[87] Het vonnis werd door het hof alleen gecorrigeerd ten aanzien van de opzegdatum nu de opstalhouder onweersproken had gesteld dat de datum van ingang van het opstalrecht ook de datum moest zijn waartegen het recht kon worden opgezegd.[88] Een belangrijke rol bij deze conversie speelde het feit dat de opzegging in dit geval niet nadelig was voor de opstalhouder omdat hij al enige jaren op de hoogte was van het feit dat de grondeigenaar het opstalrecht wilde beëindigen en een ruime termijn had gekregen het perceel te ontruimen.

---

84 Rb. Breda 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6757, *RVR* 2012/9 (*Garage/TinQ*), r.o. 3.4.2.

85 Rb. Breda 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6757, r.o. 3.4.2. De rechtbank verwijst naar art. 167 Overgangswet NBW voor de bedongen opzeggingstermijn, maar dat lijkt mij een vergissing omdat art. 167 Overgangswet NBW ziet op opzegging door de erfpachter en het opstalrecht werd in dit geval door de grondeigenaar opgezegd. Dat de bedongen termijn geldig bleef berust naar mijn mening ook op art. 166 Overgangswet NBW.

86 Rb. Breda 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6757, r.o. 3.4.4. Partijen kregen gelegenheid zich over deze voorgenomen ambtshalve beslissing uit te laten en uit het arrest van het Hof Den Bosch van 25 juni 2013 blijkt dat de kantonrechter in zijn eindvonnis van 1 februari 2012 die conversie had uitgevoerd.

87 Hof Den Bosch 25 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2823 (*TinQ/Garage*), r.o. 8.6.4 en 8.6.7-8.6.9.

88 Hof Den Bosch 25 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2823, r.o. 8.6.6.

Hieruit blijkt dat onder bepaalde omstandigheden een nietige opzegging van een opstalrecht wegens het niet voldaan zijn aan de formele vormvereisten daarvoor geconverteerd kan worden in een geldige opzegging met een correcte opzegtermijn, hetzij door de opzegging bij exploot te herhalen, hetzij bij rechterlijke uitspraak. Daarbij speelt een eventueel nadeel voor de erfpachter een rol en of is voorzien in een redelijke ontruimingstermijn.

6.2.3.2 Opzegging na mislukte onderhandelingen

Indien partijen een op grond van art. 5:98 BW voortgezette duur van het erfpachtrecht gebruiken voor onderhandelingen over verlenging of heruitgifte van het recht en die onderhandelingen niet tot resultaat leiden, zijn beide partijen op grond van art. 5:98 jo. 5:88 BW bevoegd het recht op te zeggen. De opzeggingsgrond bestaat in dat geval uitsluitend uit de wil tot eenzijdige beëindiging van het recht en de reden voor opzegging ligt veelal in het niet tot overeenstemming kunnen komen. In deze onderhandelingen en in het mislukken daarvan doet de ongelijkwaardige positie van partijen zich vaak gelden. Het voorwerp van de onderhandelingen betreft vaak een vaststaand en niet onderhandelbaar aanbod van de erfverpachter dat door de erfpachter uitsluitend kan worden aanvaard of verworpen. Dat komt in de toetsing van de opzegging niet altijd tot uiting terwijl dat naar mijn mening wel zou moeten. In het in par. 6.2.1.3 behandelde vonnis van de rechtbank Zeeland-West-Brabant was de onredelijkheid van het aanbod reden om aan de daarop volgende opzegging door de erfverpachter werking te ontzeggen.[89] Ook de rechtbank Gelderland oordeelde over de redelijkheid van het aanbod van de erfverpachter.[90]

De redelijkheid van het aanbod van de grondeigenaar behoorde in een zaak waarover de rechtbank Amsterdam in 2012 oordeelde niet tot de toetsingsgronden voor de vraag of het erfpachtrecht rechtsgeldig was opgezegd.[91] De rechtbank stelde eenvoudig vast dat de opvolgende erfverpachter bij verlenging of heruitgifte bevoegd was de canon te verhogen en daarbij niet gebonden was aan de afspraken uit eerdere uitgiftes van voorgaande grondeigenaren.[92] De inhoud van de rechtsverhouding kon bij verlenging of heruitgifte helemaal opnieuw worden vastgesteld. In dit geval onderhandelden partijen over de omzetting van een tijdelijk in een voortdurend erfpachtrecht en werd het aanbod van de gemeente door de erfpachter afgewezen. De daaropvolgende opzegging van het erfpachtrecht door de erfverpachter op grond van art. 5:88 jo. 5:98 BW en om de reden dat partijen geen overeenstemming hadden bereikt over de voorwaarden waaron-

89 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207 (*De Scheldestromen/erfpachter*).
90 Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3278 (*Ede/erfpachter*). In dit geval was het aanbod redelijk en de daaropvolgende opzegging terecht gedaan omdat de erfpachter niet aan de voorwaarden uit het aanbod had voldaan.
91 Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9552 (*erfpachter/Amsterdam*).
92 Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9552, r.o. 4.18: "Met de Gemeente is de rechtbank van oordeel dat het de Gemeente als nieuwe erf[ver]pachter vrij staat om bij verlenging of heruitgifte van het erfpachtrecht een nieuwe canon te bedingen. De Gemeente is daarbij niet gebonden aan de grondslag die in het verleden is gekozen. Het handelen van de Gemeente leidt dan ook niet tot nietigheid van de opzegging."

der het gebruiksrecht kon worden voortgezet, achtte de rechtbank rechtmatig.[93] De rechtbank oordeelde dat de canonverhoging uit het aanbod tot heruitgifte niet in strijd was met de eisen van redelijkheid en billijkheid, maar dat stond los van de opzegging van het erfpachtrecht.[94]

In hoger beroep nuanceerde het hof het strikte oordeel van de rechtbank door de rechtsverhouding nadrukkelijk in de beoordeling te betrekken.[95] De gemeente had als opvolgend erfverpachter weliswaar beleidsvrijheid en kon aan heruitgifte van het erfpachtrecht zijn eigen algemene erfpachtvoorwaarden verbinden, maar was als overheidsorgaan wel gehouden bij de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden als erfpachtgever de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Dat betekende onder meer dat de gemeente als erfverpachter rekening moest houden met de belangen van de erfpachter die in een gebonden positie verkeerde en alleen in theorie de vrije keuze had het aanbod tot heruitgifte te aanvaarden of niet.[96] Het hof stelde op grond van deze overweging de gemeente in de gelegenheid inzichtelijk te maken hoe de canon in het conversievoorstel was berekend.[97] Het hof betrok daarmee de redelijkheid van het aanbod, bij een toetsing aan de omstandigheden van het geval, in zijn oordeel.

In een zaak die speelde in de gemeente Den Haag liep een tijdelijk erfpachtrecht eind 2003 af en werd gedurende lange tijd door de gemeente als erfverpachter met de erfpachter, samen met vele andere erfpachters, onderhandeld over heruitgifte.[98] Nadat de erfpachter de aanbiedingen van de gemeente voor heruitgifte had verworpen wegens onenigheid over met name de juiste taxatiemethode voor de grondwaarde, werd uiteindelijk het op grond van art. 5:98 BW doorlopende erfpachtrecht door de gemeente opgezegd tegen einddatum 1 november 2011. Het in de algemene erfpachtvoorwaarden vereiste algemeen belang dat aan de opzegging ten grondslag werd gelegd bestond uit het gebrek aan overeenstem-

93 Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9552, r.o. 4.20: "Anders dan [eiser] meent, heeft de Gemeente ingevolge het bepaalde in de artikelen 5:87 jo. 5:88 jo. 5:98 BW de bevoegdheid het erfpachtrecht op te zeggen. Hiervoor is niet vereist dat zij andere plannen met de grond heeft. *Zoals [eiser] het recht heeft de verhoging niet te aanvaarden, heeft de Gemeente het recht om het tijdelijk erfpachtrecht vervolgens op te zeggen*. De vordering op deze grondslag wordt dan ook afgewezen." Nadruk toegevoegd. Mij lijkt dat de opzeggingsbevoegdheid van art. 5:87 BW hier niet aan de orde was en de rechtbank betrok deze grond ook niet in zijn toetsing.

94 Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9552, r.o. 4.22: "Hetgeen [eiser] aanvoert ziet immers op de hoogte van de vastgestelde canon en regardeert daarmee niet de opzegging door de Gemeente. Ook overigens geldt dat de omstandigheden die [eiser] aanvoert, niet maken, zo zij al juist zijn, dat de Gemeente de nieuwe canon niet mag berekenen aan de hand van de actuele grondwaarde. (…) De door [eiser] gestelde omstandigheden maken dan ook, in het licht van de andere beleidsoverwegingen ten aanzien van het heffen van canon, niet dat de canon in strijd met de redelijkheid en billijkheid is. Dat daarbij de canon aanzienlijk hoger uitvalt dan eerdere canons doet hieraan niet af."

95 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876 (*erfpachter/Amsterdam*).

96 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876, r.o. 3.12: "Zowel bij de gebondenheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als aan de eisen van redelijkheid en billijkheid moet in aanmerking worden genomen dat het de erfpachter weliswaar in theorie vrij staat om een aanbod tot heruitgifte te weigeren, maar dat hij feitelijk in een afhankelijke en onvrije positie verkeert ten opzichte van de erfverpachter, omdat hij eigenaar is van de opstal en, zoals in het geval van [appellant], gedurende lange tijd woonachtig is op het perceel."

97 Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876, r.o. 3.13.

98 Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538 (*erfpachters/'s-Gravenhage*).

ming over de voorwaarden voor heruitgifte.[99] De rechtbank toetste deze opzegging aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, en was van oordeel dat beide partijen wat te verwijten viel zodat het niet evident was dat de opzegging zonder meer rechtsgeldig was.[100] De oplossing die de rechtbank koos was een veroordeling van partijen tot medewerking aan heruitgifte tegen de door de rechtbank gesanctioneerde grondwaarde uit de gemeentelijke aanbieding uit 2003, waarop de erfpachter hoger beroep instelde.

Het hof draaide het oordeel van de rechtbank over de opzegging terug en was van oordeel dat het verlengde erfpachtrecht in de zin van art. 5:98 BW door de gemeente rechtsgeldig was opgezegd en dat geen sprake was van misbruik van bevoegdheid of een opzegging die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was:

> "De Gemeente kan in een situatie van verlengde erfpacht niet worden gedwongen om het erfpachtrecht te verlengen op de voorwaarden van [appellant]. Dit zou immers tot de onredelijke situatie leiden dat [appellant] van verlenging mag afzien, maar ook mag besluiten tot verlenging van de erfpacht onder eenzijdig aan de Gemeente als (privaatrechtelijke) erfverpachter gedicteerde erfpachtvoorwaarden, die bovendien in strijd komen met het gemeentelijke beleid en rechtsongelijkheid in de hand werken. In ieder geval hoeft de Gemeente dit niet te dulden, waarbij het hof ook nog wijst op artikel 2 Verordening 26, waarin bij gebreke van overeenstemming over de hoogte van de canon de erfpachter geacht wordt geen nieuwe erfpachtovereenkomst te willen afsluiten. In die situatie vormt opzegging door de Gemeente geen misbruik van recht en is opzegging evenmin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Van détournement de pouvoir is alsdan geen sprake."[101]

Van enige consideratie met de gebonden positie van de erfpachter was in dit oordeel geen sprake meer, wel rustte op beide partijen een inspanningsverplichting tot overeenstemming te komen. Het hof verbond daarom net als de rechtbank aan de veroordeling tot ontruiming de voorwaarde dat de erfpachter nog een (aller) laatste keer in de gelegenheid zou worden gesteld om de eindaanbieding van de gemeente te aanvaarden, bij gebreke waarvan het recht rechtsgeldig was opgezegd en tot ontruiming van het perceel moest worden overgegaan.

Zoals gezien, kan het bij een lang geleden gevestigd tijdelijk recht dat daarna vele malen voor bepaalde duur is verlengd, maar na de laatste einddatum stilzwijgend is blijven doorlopen, lastig zijn te bepalen of het recht reeds is geëin-

---

99 Als volgt samengevat door de rechtbank in Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538, r.o. 4.7: "Kort gezegd komt het erop neer dat [AB c.s.] ondanks vele pogingen zich volgens de gemeente niet wensen te conformeren aan het gemeentelijk erfpachtbeleid, zodat de rechtszekerheid en ook de rechtsgelijkheid ten opzichte van nagenoeg alle andere erfpachters in de [wijk] die de gemeentelijke eindaanbieding 2003 wel hebben geaccepteerd, in het geding is."

100 Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538, r.o. 4.9: "Onder deze specifieke omstandigheden wordt namens [AB c.s.] naar het oordeel van de rechtbank terecht betoogd dat de onderhavige opzegging door de gemeente aan [AB c.s.] van het erfpachtrecht in augustus en oktober 2010, die echter feitelijk al plaatsvond in februari 2007 (zie hiervoor onder 2.9 en 2.10), gelet op alle wederzijdse belangen en omstandigheden, misbruik van eigendomsrecht oplevert en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Die maatstaven beheersen immers ook de huidige rechtsverhouding op de voet van art. 5:98 BW tussen de gemeente en [AB c.s.]."

101 Hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3608 (*erfpachters/'s-Gravenhage*), r.o. 14.

digd en zo nee, op welke wijze dit beëindigd kan worden. Deze situatie, waarvoor art. 5:98 BW een regeling geeft, deed zich voor bij een opstalrecht gevestigd in 1956 als een afhankelijk recht bij een huurovereenkomst voor de exploitatie van een aquarium in een deel van een grot in Valkenburg.[102] Krachtens het opstalrecht stichtte de exploitant een café-restaurant op een naastgelegen perceel. In 1961 en 1981 werd bij notariële akte de duur van het recht opnieuw bepaald, waarbij de afhankelijkheid van de huurovereenkomst, al dan niet bedoeld, werd losgelaten en het recht veranderde in een zelfstandig opstalrecht. Na de einddatum in 1997 werd het recht niet opnieuw verlengd, maar bleven partijen zich gedragen alsof het opstalrecht voortduurde. Daarmee was art. 5:98 BW van toepassing. In 2009, na een langdurig conflict tussen partijen over waterschade, zegde de gemeente het opstalrecht op met inachtneming van een opzegtermijn van een jaar. De opstalhouders betwistten de geldigheid van de opzegging omdat het recht stilzwijgend zou zijn verlengd voor eenzelfde duur als eerder bepaald of voor onbepaalde duur, maar rechtbank en hof stelden hen in het ongelijk en corrigeerden alleen de datum waartegen het recht geëindigd was. Er bestond geen verlengingsrecht op grond van de vestigingsakte en het hof stelde vast dat zelfs indien de stelling van de opstalhouders correct was, het recht ook door opzegging zou eindigen, alleen tegen een iets later tijdstip:

> "Zou het opstalrecht geacht moeten worden een voortzetting voor onbepaalde tijd te zijn van een eerder toegekend recht van opstal, welk recht alsdan was verleend per 1 januari 1981, dan zou art. 166 Overgangswet NBW bepalen dat voor dat geval art. 766 (oud) BW van toepassing blijft, krachtens welk artikel de eigenaar indien geen termijn was bepaald, na verloop van dertig jaren het recht van opstal kon doen beëindigen, met inachtneming van een opzegtermijn voor de duur van één jaar. Dat dient dan gerekend te worden vanaf 1 januari 1981, en die termijn zou zijn geëindigd op 1 januari 2011, nauwelijks een half jaar later dus dan het in concreto geldende tijdstip van beëindiging van het recht van opstal. 4.5.4. Het hof komt tot de conclusie dat de opzegging rechtsgeldig is geschied, zij het dat deze eerst per 16 juni 2010 haar effect kreeg. Gelet daarop falen deze grieven."[103]

Het hof stelde overigens dat het stilzwijgend verlengde opstalrecht ten aanzien van de duur als een nieuw recht moest worden beschouwd waarop de bepalingen van het NBW van toepassing waren.[104] Het hof zag echter eraan voorbij dat art. 5:98 BW op 1 januari 1992 onmiddellijke werking had en naast het oude recht kon worden toegepast.[105]

Partijen kunnen om vele redenen een tijdelijk gebruiksrecht vestigen en weer beëindigen. In een kort geding over een golfbaan bleek de opzegging van een

---

102 Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1985 (*opstalhouders/Valkenburg aan de Geul*).

103 Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1985, r.o. 4.5.3-4.5.4. Opzegging op grond van art. 766 OBW wordt nader behandeld in par. 6.4.1.

104 Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1985, r.o. 4.5.3: "De stilzwijgende voortzetting van het recht van opstal voor onbepaalde tijd na 1 januari 1998 dient – althans ten aanzien van de duur waarvoor dat recht is verleend – te worden beschouwd als een nieuw verleend recht van opstal, waarop de huidige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn."

105 PG Overgangsrecht BW, p. 145 over art. 166 Overgangswet NBW: "Men lette erop dat artikel 166 tot gevolg heeft dat de eigenaar aan artikel 766 een bevoegdheid tot opzegging blijft ontlenen, evenwel zonder uit te sluiten dat daarnaast met toepassing van het nieuwe recht kan worden opgezegd, zowel door de eigenaar als de erfpachter." Art. 166 Overgangswet NBW verplichtte dat de opzegging bij exploot zou geschieden.

verlengd tijdelijk erfpachtrecht op een perceel waarop drie holes van de golfbaan waren gelegen aanleiding voor een geschil omtrent de exploitatie van de baan.[106] Hoewel de erfpachter stelde dat de opzegging onrechtmatig was, waren de vorderingen uitsluitend gericht op andere oplossingen voor de voortgezette exploitatie zodat de voorzieningenrechter niet toekwam aan toetsing van de opzegging, waaraan overigens geen formeel gebrek leek te kleven.

Samengevat biedt art. 5:98 BW een regeling om door opzegging een einde te kunnen maken aan een voortgezet gebruiksrecht, al dan niet na onderhandelingen over voortzetting. Geen der partijen kan gedwongen worden een oplossing te aanvaarden die in zijn nadeel is. Een gemeente die als erfverpachter beleid opstelt voor de uitgifte van grond in erfpacht heeft daarmee de ruimte beperkt voor afspraken die afwijken van dat beleid. Een opzegging op grond van art. 5:98 BW kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dat die maatstaven een rol spelen in de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter wordt in de rechtspraak inmiddels algemeen erkend. Bij die toets spelen alle omstandigheden van het geval een rol, waaronder de aard van de bestemming van het erfpachtrecht, de duur van het gebruiksrecht van de erfpachter, of de gemeente als erfverpachter haar beleid correct toepast en inzicht geeft in de aan het voorstel tot heruitgifte ten grondslag liggende berekeningen. Het aanbod tot heruitgifte dient redelijk te zijn. Bij deze toetsing wordt soms nadrukkelijk aandacht gevraagd voor de gebonden positie van de zittende erfpachter en kan ook een rol spelen in hoeverre het mislukken van de onderhandelingen beide partijen kan worden verweten.

6.2.3.3 Canondoorbetaling bij stilzwijgende verlenging

Tijdens een stilzwijgende verlenging blijven bestaande erfpachtvoorwaarden gelden en is de erfpachter doorbetaling van de canon verschuldigd. Om zich van die verplichting te bevrijden komt het voor dat de erfpachter zelf het recht opzegt. In een geval dat speelde in Dordrecht geschiedde de opzegging pas tijdens de procedure.[107] Het ging in deze zaak om twee tijdelijke erfpachtrechten voor een woning en een bedrijf gevestigd onder het oude recht die door tijdsverloop op 31 mei 2012 waren geëindigd waarna de percelen niet waren ontruimd en partijen onderhandelden over heruitgifte. De erfpachter van de woning stelde zich op het standpunt dat zijn recht niet was verlengd, terwijl de gemeente als erfverpachter zich op het standpunt stelde dat het recht stilzwijgend was verlengd in de zin van art. 5:98 BW en dat de erfpachter daarom betaling van de canon verschuldigd was. Tijdens de procedure zegde de erfpachter het recht op voor het geval de rechtbank zou oordelen dat sprake was van verlenging op de voet van art. 5:98 BW en wierp de vraag op of er überhaupt na het einde van een erfpachtrecht door tijdsverloop canon moest worden doorbetaald zolang de erfpachter niet in staat was geweest of in de gelegenheid was gesteld het perceel te ontruimen. Daarnaast stelde hij dat de gemeente geen belang had bij de opzeg- of ont-

106 Rb. Den Haag 30 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12916 (*Golfcentrum Noordwijk/grondeigenaren*).
107 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287 (*erfpachters/Dordrecht*).

ruimingstermijn van een jaar en verzocht de rechtbank vast te stellen dat het recht per direct zou eindigen.

De rechtbank bevestigde dat art. 5:98 BW op grond van de Overgangswet in dit geval van toepassing was.[108] In beginsel is gedurende de periode dat het recht doorloopt ook canonbetaling verschuldigd,[109] maar op grond van art. 6:248 lid 1 BW kan die verplichting worden beperkt. De rechtbank beoordeelde aan de hand van de omstandigheden van het geval de rechtmatigheid van de vordering tot canonbetaling over de periode van de verlengde erfpacht. Gezien de moeilijke omstandigheden waarin het bedrijf verkeerde was deze voormalige erfpachter naar het oordeel van de rechtbank op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW geen canon verschuldigd over de periode na de bedrijfsbeëindiging.[110] Dit gold niet voor de erfpachter van de woning, deze was onder protest akkoord gegaan met het voorstel van de gemeente voor een nieuw erfpachtrecht, had de nieuwe canon steeds betaald en was in de woning blijven wonen. Zijn verweer dat het voorstel van de gemeente hem verplichtte tot afspraken die de gemeente niet met een onafhankelijke derde zou kunnen maken, waarmee de gemeente misbruik maakte van zijn machtspositie, wees de rechtbank af. In dit geval was geen sprake van misbruik van recht of ongerechtvaardigde verrijking.[111] De erfpachter was daarmee gehouden tot doorbetaling van de canon tot een jaar na opzegging, welk bedrag werd verrekend met de opstalvergoeding. Bij de beoordeling van de opzegging speelde de redelijkheid van het voorstel tot heruitgifte geen rol.

Bij oude erfpachtrechten waarbij de erfpachter het gebruik van het perceel na afloop van de afgesproken termijn niet had beëindigd terwijl de erfverpachter deed blijken het recht niet te willen voortzetten, kan de vraag zich voordoen welke vergoeding de gebruiker is verschuldigd. Het hof Leeuwarden schakelde een deskundige in om de schade van de erfverpachter in de vorm van de marktcon-

108 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287, r.o. 3.4: "Gelet op het bepaalde in artikel 71 Ow NBW is artikel 5:98 BW van toepassing op de overeenkomst tussen partijen. Dit zou slechts anders kunnen zijn geweest indien in de erfpachtvoorwaarden een regeling was overeengekomen die afweek van artikel 779 BW (oud). Dit is echter niet het geval. Ook [eisers] realiseert zich dit nu hij zich er op beroept dat deze kwestie niet in de overeenkomst was geregeld (lacune)." De verwijzing naar art. 71 Overgangswet NBW verbaast omdat dit een regeling biedt voor de geldigheid van contractuele bepalingen die onder het oude recht zijn aangegaan en verwijzen naar bepaalde wetsartikelen en in dit geval juist geen sprake was van een contractueel beding zoals art. 779 OBW.

109 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287, r.o. 3.6.5: "Een verrijking is slechts ongerechtvaardigd indien geen redelijke grond aanwezig is. Deze situatie doet zich hier niet voor nu de verplichting tot betaling van de canon voortvloeit uit de voortzetting van het erfpachtsrecht."

110 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287, r.o. 3.5. Het bedrijf kon niet instemmen met het voorstel van de gemeente omdat het de gevraagde nieuwe canon onmogelijk kon betalen. De gemeente ging niet in op de voorstellen van de erfpachter die uiteindelijk geen andere uitweg had dan zijn bedrijf te beëindigen.

111 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287, r.o. 3.6.1-3.6.2: "De overweging die [eisers] ter onderbouwing van zijn stelling citeert uit een vonnis van deze rechtbank van 5 november 2014 in een geschil tussen een andere erfpachter en de Gemeente ziet op de vraag of de Gemeente met een onafhankelijke derde dezelfde afspraken voor het vestigen van een nieuw erfpachtsrecht had kunnen maken als met de oorspronkelijke erfpachter. Het gaat in die zaak derhalve niet om de afspraken omtrent de beëindiging van het erfpachtsrecht. De afspraken voor het vestigen van een nieuw erfpachtsrecht kunnen namelijk niet met een onafhankelijke derde worden gemaakt, zodat de verwijzing naar die overweging niet kan dienen ter onderbouwing van de stelling van [eisers]." Het is wat onduidelijk geformuleerd, de rechtbank beoogt het argument van de erfpachter dat hij geen canon verschuldigd is over de periode dat het recht was verlengd te weerleggen met de stelling dat deze afspraak alleen met een zittende erfpachter en niet met een derde gemaakt kan worden zodat die vergelijking niet opgaat.

forme huurwaarde van de woning te berekenen.[112] Gebruikelijker is de canon door te betalen. De rechtbank Rotterdam overwoog dat de erfpachter de erfverpachter een vergoeding ter hoogte van de canon verschuldigd was voor de periode waarin hij het perceel was blijven gebruiken nadat het erfpachtrecht was opgezegd:

> "Het gegeven dat geen rechtsgrond kan worden aangewezen voor het gebruik van het perceel brengt mee dat de Gemeente een prestatie heeft geleverd als bedoeld in artikel 6:203 lid 3 BW. Ongedaanmaking van die prestatie is naar de aard ervan niet mogelijk, zodat de Gemeente recht heeft op vergoeding van de waarde van de prestatie voor zover dat redelijk is, [gedaagde] door de prestatie is verrijkt en aan [gedaagde] is toe te rekenen dat de prestatie is verricht (artikel 6:210 lid 2 BW). Aan die voorwaarden is voldaan. *Het gebruik van het perceel van een ander vindt in het maatschappelijk verkeer immers in de regel slechts tegen een vergoeding plaats*, zodat de verrijking van [gedaagde] is gegeven (vgl. HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782). Daaraan doet niet af dat [gedaagde], zoals zij stelt en de Gemeente betwist, met de exploitatie van het perceel niets heeft verdiend; dit is een omstandigheid die voor risico van [gedaagde] komt. Aan [gedaagde] is toe te rekenen dat de prestatie is verricht; dit volgt reeds uit het feit dat [gedaagde] ervoor heeft gekozen het gebruik voort te zetten ondanks de opzegging. Waardevergoeding is in de omstandigheden van dit geval ook alleszins redelijk. [gedaagde] is dus gehouden tot een waardevergoeding, gelijk aan de canon over de betreffende periode."[113]

De grondslag voor de gebruiksvergoeding was onverschuldigde betaling en berustte op een feit van algemene bekendheid en op jurisprudentie. Naar het arrest van de Hoge Raad van 24 mei 2013 over voortgezette huur van bedrijfsruimte wordt ook in vele andere uitspraken over erfpachtrechten verwezen.[114] Het vormt een wezenskenmerk van het recht van erfpacht dat het gebruik van een perceel van een ander plaatsvindt tegen een vergoeding, althans dat die vergoeding gebruikelijk is ook nadat de wettelijke verplichting is vervallen. Zowel de achterstallige canon als de gebruiksvergoeding dienen te worden vermeerderd met de wettelijke rente.

6.2.3.4 Opstalvergoeding bij opzegging ex artikel 5:98 BW

Voor de opzegging van een krachtens art. 5:98 BW verlengd recht is in beginsel geen expliciete reden nodig, maar zoals gezien wordt een dergelijke opzegging in de rechtspraak de laatste tijd herhaaldelijk getoetst aan de omstandigheden van het geval. Dat komt redelijk voor gezien de ongelijkwaardige positie van partijen bij het (dreigende) einde van een gebruiksrecht. Op een beëindiging van het erfpachtrecht door opzegging krachtens art. 5:98 BW is de opstalvergoeding van art. 5:99 BW van toepassing en over die vergoeding ontstaan vaak geschillen.

---

112 Hof Leeuwarden 11 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7346 (*erfpachter/erfverpachter*).

113 Rb. Rotterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:678 (*Rotterdam/erfpachter*), r.o. 2.2. Nadruk toegevoegd.

114 HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540, m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*). Bijvoorbeeld in HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *NJ* 2017/312, m.nt. J. Hijma, r.o. 3.4.2, Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4998, r.o. 3.6.2 en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5535, r.o. 4.19. Dit waren allemaal gevallen van gebruik van een onroerende zaak dat gewoonlijk tegen een vergoeding geschiedt, waarbij de juridische grondslag aan het gebruik was ontvallen. Dan is de vergoeding verschuldigd op grond van ongerechtvaardigde verrijking in de zin van art. 6:212 BW.

De gemeente Amsterdam zegde een opstalrecht op dat onder het oude recht was gevestigd ten behoeve van het gemeentelijk abattoir en dat na het verstrijken van de bepaalde duur zonder dat partijen daarover overleg hadden gevoerd was blijven doorlopen, om redenen van herstructurering.[115] De opstalhouder verzette zich tegen de opzegging en claimde, ingeval de opzegging wel rechtsgeldig was gedaan, een vergoeding voor de opstallen ondanks dat de vestigingsakte een opstalvergoeding expliciet uitsloot. De rechtbank liet in het midden of op het verlengde recht het oude of het nieuwe recht van toepassing was, omdat de opstalhouder in beide gevallen recht had op een vergoeding voor de opstallen bij einde recht.[116] Op grond van een objectieve uitleg van wat partijen ten aanzien van die vergoeding bij vestiging waren overeengekomen oordeelde de rechtbank dat de uitsluiting van de opstalvergoeding alleen gold voor tussentijdse beëindiging van het opstalrecht in drie bepaalde gevallen van wanprestatie en dat de opstalhouder recht had op de wettelijke vergoeding nu het recht op een andere wijze ten einde was gekomen.[117] De vraag of de opstalvergoeding ook een vergoeding inhoudt voor bedrijfsschade vanwege de gedwongen verplaatsing van het abattoir werd ontkennend beantwoord.[118] De opstalhouder had in verband met het voorziene eindigen van zijn recht een voorziening kunnen treffen en dat hij dat had nagelaten viel onder zijn bedrijfsrisico. Het bedrag dat de gemeente bij vestiging aan de stichting van het abattoir had bijgedragen behoefde niet op de vergoeding in mindering te worden gebracht nu deze bijdrage niet vermeld stond in de vestigingsakte en het karakter van een gift had. Het beroep op de omstandigheden rond de vestiging waaruit zou blijken dat het de bedoeling van partijen was geweest een voortdurend recht te vestigen werd verworpen, nu van die bedoelingen niet was gebleken uit de vestigingsakte. Ten aanzien van de inhoud van een opstalrecht zijn de afspraken in de vestigingsakte doorslaggevend. De opstalhouder deed in hoger beroep nog een vergeefs, want te laat, beroep op de rechtsverhouding tussen partijen, zowel de historisch gegroeide verhouding als de rechtsverhouding na beëindiging van het opstalrecht, om de geldigheid van de opzegging aan te vechten.[119] Het hof maakte daarmee korte metten en oordeelde dat de rechtbank bij vonnis van 24 april 2013, dat inmiddels gezag van gewijsde had, had bepaald dat de opzegging van het opstalrecht rechtsgeldig was en niet was gebaseerd op tekortschieten van de opstalhouder. Daarmee was de rechtsverhou-

115 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2183, *RVR* 2013/84 (*Abattoir Amsterdam/Amsterdam*).

116 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2183, r.o. 4.5: "Partijen hebben na het verstrijken van de bepaalde tijd van het recht van opstal op 1 januari 2008 geen nadere afspraken gemaakt, zodat het recht van opstal zoals dat in 1984 is gevestigd geacht wordt voort te duren. Of op dit verlengde recht van opstal het oude of het nieuwe recht van toepassing is, kan in het midden blijven omdat onder zowel het oude recht (artikel 762 BW) als het huidige recht (artikel 5:105 juncto 99 BW) aan de opstaller een recht op vergoeding toekomt bij het einde van het opstalrecht, tenzij partijen anders zijn overeengekomen."

117 Art. 9 van de vestigingsakte, zoals geciteerd in Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2183, r.o. 2.3: "Het recht van opstal eindigt in afwijking van het sub 1. bepaalde indien de opstaller de bepalingen van deze akte niet-naleeft of zijn verplichtingen uit deze akte voortvloeiende of betrekking hebbend op het gebruik van de door de gemeente verstrekte faciliteiten op de Centrale Markt niet nakomt, alsook wanneer de opstaller de exploitatie van het slachthuis om welke reden dan ook beëindigt. Bij beëindiging op welke wijze of door welke oorzaak dit ook zij, treedt de gemeente van rechtswege in de eigendom van de op de grond gestelde opstallen zonder dat de opstaller aanspraak op enige vergoeding kan maken. Beëindiging als bedoeld in dit artikel kan alleen geschieden krachtens besluit van de Gemeenteraad van Amsterdam indien de hiervoor omschreven omstandigheden zich voordoen."

118 Rb. Amsterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4316 (*Amsterdam/Abattoir Amsterdam*).

119 Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2887 (*Abattoir Amsterdam/Amsterdam*).

ding tussen partijen bepaald en onaantastbaar en latere ontwikkelingen, waaronder schikkingsonderhandelingen tussen partijen, maakten dat niet anders.[120]

Ook bij een particulier erfpachtrecht in het centrum van Amsterdam liep het voor tien jaar gevestigde erfpachtrecht na het einde van de termijn door.[121] De erfpachter ontruimde niet omdat er nog een uitspraak in een rechterlijke procedure over toestemming voor renovatie verwacht werd. Na het oordeel van de rechter dat de erfverpachter niet gedwongen kon worden die toestemming te verlenen, ook al lag er een aanschrijving van de gemeente tot renovatie wegens de zeer slechte staat van het pand, zegde de erfpachter met inachtneming van art. 5:88 BW zijn recht op. Zonder renovatie konden de plannen met het pand niet gerealiseerd worden en had de erfpachter, die net als de erfverpachter een particuliere vastgoedontwikkelaar was, geen belang meer bij het bezit van het op een veiling gekochte recht. De erfverpachter aanvaardde die opzegging, waarmee vaststond dat het recht op 1 september 2010 zou eindigen. Tussen partijen ontstond vervolgens een geschil over de hoogte van de opstalvergoeding wat leidde tot beslaglegging en een rechtszaak waarin ook de einddatum van het recht ter discussie werd gesteld. De rechtbank oordeelde dat de omstandigheden die partijen aanvoerden geen verandering brachten in de geldige opzegging van het stilzwijgend verlengde recht. De erfpachter wilde met de procedure bereiken dat het recht eerder zou eindigen, maar de rechtbank wees dat af en stelde dat de erfpachter zelf het perceel ontruimd had kunnen opleveren op de einddatum, maar dat had nagelaten. In het algemeen oordeelde de rechtbank dat de wijzen waarop een erfpachtrecht kan worden beëindigd dwingend in de wet zijn voorgeschreven, behoudens afwijkingen in de erfpachtvoorwaarden, die hier niet gebleken waren.[122] De opstalvergoeding kwam pas aan de orde nadat de einddatum was aangebroken. Het komt niet vaak voor dat erfpachters zelf het recht opzeggen, maar in dit geval waren partijen min of meer gelijkwaardig en had de erfpachter nog vrijwel niet in het pand geïnvesteerd.

6.2.4 Wijziging artikel 5:98 BW

Vier KNB-preadviseurs stelden in 2016 een wijziging van de wettekst van art. 5:98 BW voor om de betekenis van het doen blijken te verduidelijken.[123] De

120 Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2887, r.o. 3.9: "Volgens het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 24 april 2013 heeft het abattoir destijds primair een verklaring voor recht gevorderd dat de opzegging niet het gevolg is van een tekortkoming van het abattoir en dat de gemeente daarom gehouden is tot vergoeding van de waarde van de nog aanwezige gebouwen en aangebrachte werken. (…) De rechtbank heeft de primaire vordering toegewezen en die beslissing heeft gezag van gewijsde. Daarmee is de rechtsverhouding tussen partijen voor zover het betreft de opzegging van het opstalrecht (en het impliciete oordeel dat deze rechtsgeldig was) en de financiële gevolgen daarvan onherroepelijk bepaald. (…) Al hetgeen door het abattoir is aangevoerd en ten doel heeft de opzegging aan te tasten of een hogere of andere schadevergoeding te verkrijgen dan een vergoeding voor de opstallen moet daarom worden verworpen."

121 Rb. Amsterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0336 (*Rasto/erfverpachter*).

122 Rb. Amsterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0336, r.o. 7.2: "Het gaat bij erfpacht om een beperkt zakelijk recht dat slechts in bij de wet geregelde gevallen kan worden beëindigd of teniet gaat. Artikel 3:81 lid 2 BW bepaalt dat het beperkte recht – kort gezegd – teniet gaat bij het tenietgaan van het oorspronkelijke recht, bij verloop van de afgesproken tijd, door afstand, opzegging, vermenging en eventueel op overige in de wet geregelde wijze." En in r.o. 7.4: "De bepalingen op grond waarvan de erfpacht kan worden beëindigd zijn immers dwingendrechtelijk van aard, behoudens mogelijke afwijkingen in de erfpachtvoorwaarden. Dat die erfpachtvoorwaarden een eerdere beëindiging mogelijk maken is gesteld noch gebleken."

123 Bartels e.a. 2016, p. 346.

verduidelijking bestaat erin dat beide partijen gedurende zes maanden na de einddatum bevoegd zijn het recht op te zeggen met een opzegtermijn van een maand, en na die zes maanden met een opzegtermijn van ten minste een jaar. De opzegging moet in alle gevallen voldoen aan de vereisten van art. 5:88 BW. In het licht van de hierboven beschreven jurisprudentie constateer ik dat het in de praktijk reeds gebruikelijk is voor het doen blijken een deurwaardersexploot te gebruiken zodat deze verduidelijking op mijn instemming kan rekenen. Ik kan niet meteen instemmen met het voorstel om het doen blijken te wijzigen in een opzegging, dus in een eenzijdige rechtshandeling tot beëindiging van het recht, omdat daarmee de beëindiging van rechtswege nog meer wordt doorkruist dan met art. 5:98 BW wordt beoogd. In feite wordt de wettelijke zes-maandentermijn vervangen door een verlengd recht dat gedurende zes maanden op korte termijn beëindigd kan worden en daarna op lange termijn. De fictie dat de erfverpachter gedurende zes maanden kan doen blijken dat hij het reeds geëindigde recht ook daadwerkelijk als geëindigd beschouwt zou daarmee losgelaten worden. Gezien bovengenoemde uitspraken, waarin het doen blijken steeds voorafgaand aan de eventueel verschoven einddatum wordt gedaan, lijkt het geen bezwaar om deze in de praktijk niet toegepaste fictie uit de wet te verwijderen. Dat ook de erfpachter bevoegd zal worden gedurende die zes maanden het recht op te zeggen doet in het licht van de jurisprudentie waarin erfpachters tot opzegging overgingen om zich van verdere canonverplichtingen te bevrijden recht aan de wensen uit de praktijk. Met het voorstel komt een tijdelijk erfpachtrecht niet van rechtswege tot een einde, maar is voor beëindiging altijd een actieve handeling van (een der) partijen vereist. Omdat afwijkingen ten nadele van de erfpachter niet zijn toegestaan betekent deze regeling een uitbreiding van de rechtsbescherming van de erfpachter. De regeling dient wel te voorzien in een verplichte betekening aan degenen die op het erfpachtrecht een beperkt recht hebben.[124]

6.2.5 Samenvatting en conclusie einde door tijdsverloop

De opzegging van een erfpachtrecht op grond van art. 5:98 BW dient om een op grond van de wet verlengd recht te beëindigen en kan worden toegepast bij het eindigen van een recht door tijdsverloop of door het in vervulling gaan van een ontbindende voorwaarde. Partijen kunnen onderling afspreken dat het recht wordt verlengd voor de duur van de onderhandelingen over een nieuwe uitgifte en schuiven daarmee de einddatum naar voren. Een dergelijke verlenging is voorwerp van contractvrijheid. Op de opzegging wegens het mislukken van de onderhandelingen zijn de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing. Een erfverpachter die onredelijke voorwaarden stelt aan verlenging van het erfpachtrecht en het recht vervolgens opzegt indien de erfpachter die voorwaarden niet aanvaardt, maakt misbruik van zijn opzeggingsbevoegdheid. Het doen blijken in de zin van art. 5:98 BW komt in de jurisprudentie niet voor. Een schriftelijke mededeling van de erfverpachter met de strekking te doen blijken dat hij het erfpachtrecht op de einddatum als geëindigd beschouwt wordt ook opgevat

124 De preadviseurs voorzien in deze verplichte overbetekening door middel van een gemotiveerd voorstel tot wijziging van art. 5:87 BW en art. 5:88 BW, Bartels e.a. 2016, p. 341-344. Dit voorstel is in 2017 in de vorm van een voorstel tot wetswijziging aan betrokken partijen voorgelegd.

als een doen blijken in de zin van art. 5:98 BW, mits de einddatum daar duidelijk in vermeld staat. In veel gevallen wordt gebruikgemaakt van een deurwaardersexploot. De beoordeling van de opzegging van een verlengd erfpachtrecht geschiedt veelal met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waaronder de gebonden positie van de erfpachter en de mate waarin het mislukken van onderhandelingen verwijtbaar is, aan een of aan beide partijen. Op een verlengd erfpachtrecht blijven de voorwaarden uit de wet en de vestigingsakte van toepassing zodat de canon dient te worden doorbetaald en de erfpachter of opstalhouder conform de regels na beëindiging recht heeft op de opstalvergoeding van art. 5:99 BW. Het voorstel van uit het KNB-preadvies om art. 5:98 BW te wijzigen verdient instemming nu de wijziging aansluit bij de uit de jurisprudentie blijkende praktijk.

6.3 Beëindiging door opzegging door de erfpachter

De wet biedt in art. 5:87 lid 1 BW de erfpachter de bevoegdheid zijn recht op te zeggen, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. In de vestigingsakte wordt de opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter vrijwel altijd uitgesloten.[125] Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling waarbij de formaliteiten van art. 5:88 BW in acht genomen moeten worden en waarbij niet alleen het erfpachtrecht zelf tenietgaat, maar ook de op dat recht gevestigde beperkte rechten.[126] De bevoegdheid tot opzegging moet bij wet of bij de vestiging zijn toegekend aan een der partijen of aan hoofdgerechtigde en beperkt gerechtigde, een opzegging zonder bevoegdheid heeft geen gevolg, een opzegging conform de bevoegdheid heeft tot gevolg dat het erfpachtrecht tenietgaat, een opzegging waarbij niet alle voorschriften in acht worden genomen is nietig, maar kan door conversie toch geldig worden.[127] Ik zal in de schaarse jurisprudentie over opzegging door de erfpachter nagaan of de omstandigheden van het geval hierbij een rol spelen, en of daarbij ook rekening wordt gehouden met de belangen van de erfverpachter en de eventuele hypotheekhouder.

Daaraan voorafgaand zal ik een beschouwing wijden aan de bevoegdheid die de erfpachter onder het oude recht had afstand van zijn recht te doen, het daarvoor geldende overgangsrecht en de praktijk van erfpachtverhoudingen. Onder het OBW had iedere gerechtigde tot een beperkt recht het recht om daarvan eenzijdig afstand te doen. Dit was niet wettelijk geregeld, maar gold op grond van ongeschreven recht. Art. 167 Overgangswet NBW dat art. 5:87 lid 1 BW onmiddellijke werking ontzegt, doet dit onder verwijzing ‘naar het voordien geldende recht’

125 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/238. Uit PG Boek 5 BW, p. 306 blijkt dat het regelende karakter van de opzeggingsbevoegdheid een wens van de gemeenten was. Ook in rechten gevestigd voor 1992 is vaak opgenomen dat de erfpachter niet bevoegd is eenzijdig afstand van zijn recht te doen of het recht tussentijds op te zeggen.

126 De relativerende werking van art. 3:81 lid 3 BW geldt niet voor opzegging. Op grond van art. 3:207 lid 2 BW kan een erfpachtrecht waarop een recht van vruchtgebruik is gevestigd niet zonder medewerking van de vruchtgebruiker worden opgezegd en de hypotheekhouder kan op grond van de *actio pauliana* van art. 3:45 BW de opzegging vernietigen indien hij door de opzegging wordt benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden, zie PG Boek 5 BW, p. 306-307 en PG Boek 3 BW, p. 310.

127 Spierings 2016, p. 37-44 bespreekt de opzegging als een voorbeeld van een eenzijdige rechtshandeling en tekent bij de opzegging van beperkte rechten aan, p. 44: “Niet duidelijk is welke uitlegmaatstaf gehanteerd moet worden voor het interpreteren van opzeggingsverklaringen.”

en is daarmee niet beperkt tot vestigingsvoorwaarden, maar omvat al het geschreven en ongeschreven recht. Art. 167 Overgangswet NBW heeft tot enige beschouwingen en jurisprudentie geleid. De opvatting van Vonck dat de erfpachter onder het OBW niet bevoegd was zijn recht vroegtijdig te beëindigen, tenzij de vestigingsakte daartoe een regeling bood,[128] is naar mijn mening onjuist. Een aantal uitspraken wordt hieronder in par. 6.3.1 besproken, waarbij ook nader wordt ingegaan op het overgangsrecht ingeval in de vestigingsakte niets is bepaald over opzegging of afstand door de erfpachter. Par. 6.3.2 behandelt afstand van een recht van opstal indien de opstal gebreken vertoont. Afgesloten wordt met een korte conclusie.

6.3.1 Afstand van recht onder OBW

Ten aanzien van de vraag of een erfpachter van een lopend recht dat werd gevestigd voor 1992 zijn recht gedurende de looptijd kan beëindigen bepaalt art. 167 Overgangswet NBW dat de toepassing van art. 5:87 lid 1 BW wordt bepaald door de afspraken uit de vestigingsakte. Indien afspraken waren gemaakt, dan blijven die gelden, ongeacht of de bevoegdheid tot opzegging of afstand aan de erfpachter werd toegekend of juist ontzegd. Indien geen afspraken waren gemaakt is onduidelijk wat rechtens is. Naar mijn mening is het in overeenstemming met het overgangsrecht wanneer ook in dat geval het recht zoals dat gold bij vestiging, en waar partijen verwachtingen aan mochten ontlenen, blijft gelden.[129] Dat het recht in 1992 op dit punt ingrijpend is gewijzigd en die wijzigingen onmiddellijk in werking traden doet daaraan niet af nu er een aparte bepaling van overgangsrecht aan deze situatie is gewijd.

Onder het OBW bestond geen wettelijke bepaling over opzegging van een erfpachtrecht door de erfpachter en evenmin een wettelijke bepaling over de bevoegdheid van de erfpachter om afstand van recht te doen. Afstand van recht was voor 1992 niet in de wet geregeld, maar geldt voor alle rechtsverhoudingen op grond van het algemene beginsel van de partijautonomie en houdt in dat eenieder die een recht of een bevoegdheid toekomt in vrijheid kan bepalen of hij van dat recht of die bevoegdheid afstand wil doen.[130] Onder het OBW werd afstand van recht beschouwd als een eenzijdige rechtshandeling.[131] In het NBW is afstand van recht in de schakelbepaling van art. 3:98 BW wettelijk vastgelegd als een

128 Vonck 2013, p. 281: "Op grond van art. 167 Ow mag de erfpachter van een onder het oude recht tot stand gekomen erfpachtrecht alleen opzeggen indien de vestigingsvoorwaarden hem eenzijdige afstand of opzegging toestaan." Naar mijn mening moet het overgangsrecht niet zo beperkt worden uitgelegd dat de bevoegdheid tot afstand of opzegging positief moest blijken en dat alleen tussen partijen gemaakte afspraken gestand moesten worden gedaan. Algemene rechtsbeginselen en ongeschreven recht waren daarnaast van kracht.

129 Art. 68a lid 2 Overgangswet NBW: "Voor zover en zolang op grond van de volgende artikelen de wet niet van toepassing is, blijft *het vóór haar in werking treden geldende recht* van toepassing." Nadruk toegevoegd. Het voordien geldende recht kan uit de wet voortvloeien, maar ook ongeschreven recht zijn. Zie De Vries Lentsch-Kostense 1992, p. 30: "De kwalificatie van de voor de inwerkingtreding voorgevallen rechtsverschijnselen moet in het systeem van de Overgangswet geschieden naar het oude recht." Vgl. Bartels & Everaars 2017, p. 77 ten aanzien van rechten van hypotheek: "Bij oudere hypotheekrechten, dat wil hier zeggen rechten die zijn gevestigd voor 1992, zal afstand als wijze van tenietgaan nog geregeld aan de orde zijn."

130 Spierings 2016, p. 319.

131 HR 23 januari 1942, *NJ* 1942/298 (*Utrechtsche Provinciebank/De Bruyn*): "Voor het afstand doen van eenig recht kan eene eenzijdige wilsverklaring van den rechthebbende voldoende zijn." Vgl. Asser/Beekhuis 1963, p. 7: "Afstand van een zakelijk recht geldt in het huidige recht als een eenzijdige rechtshandeling, waarvoor de wet geen regeling bevat. Zij is derhalve niet aan bepaalde formaliteiten gebonden."

tweezijdige rechtshandeling. Hieronder bespreek ik aan de hand van de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie de vraag hoe het overgangsrecht ten aanzien van de bevoegdheid van de erfpachter afstand te doen van zijn recht moet worden uitgelegd in het geval partijen in de vestigingsakte geen afspraken hebben gemaakt over tussentijdse beëindiging van het recht door de erfpachter.

6.3.1.1 Parlementaire geschiedenis artikel 5:87 lid 1 BW

Tijdens de voorbereiding van het nieuwe BW is nagedacht over de vraag of een erfpachter eenzijdig afstand van zijn recht moet kunnen doen en of de erfverpachter verplicht kan worden daaraan mee te werken.[132] Volgens regeringscommissaris Beekhuis hing het antwoord op die vraag onder meer af van het karakter van de canonverplichting.[133] Na een afweging van de belangen van de erfverpachter en de erfpachter, in het licht van het Regeringsontwerp uit 1957 en de wensen van de Kamer zoals verwoord in het Voorlopig verslag uit 1961, waarbij was gebleken dat verschillende onderdelen van de erfpachttitel nauw met elkaar samenhingen, concludeerde Beekhuis dat de erfverpachter zich in beginsel tegen afstand van zijn recht door de erfpachter moest kunnen verzetten, tenzij hij deze bevoegdheid vrijwillig had prijsgegeven. De erfpachter van zijn kant moest dan wel een ander middel hebben om zich te bevrijden van al te zwaar drukkende erfpachtvoorwaarden en dat middel werd gevonden in de imprévision-regeling van art. 5:97 BW, wijziging door de rechter van erfpachtvoorwaarden die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar voor de erfpachter waren geworden.[134] Op deze wijze kon afstand van een erfpachtrecht als tweezijdige handeling gestalte krijgen:

> "Mijn conclusie luidt dus dat afstand tegen de zin van de grondeigenaar (…) niet mogelijk moet zijn, maar dat wel onder zekere omstandigheden wijziging van de erfpachtvoorwaarden (…) mogelijk moet worden gemaakt. Hieruit valt dan de conclusie te trekken dat er geen bezwaar bestaat afstand over de gehele linie als een tweezijdige handeling te construeren."[135]

Op grond van een regel van aanvullend recht verkrijgt de erfpachter de bevoegdheid zijn recht eenzijdig tussentijds te beëindigen, maar kan de erfverpachter die bevoegdheid in de vestigingsakte uitsluiten of aan voorwaarden verbinden. Opzegging is een eenzijdige rechtshandeling waarbij inschrijving geen constitutief vereiste is. Of een opzeggingsbevoegdheid wordt afgesproken is aan partijen:

---

132 In het eerste wetsvoorstel voor Boek 3 BW opgesteld door Meijers was in art. 3.4.2.11 voorzien in een algemene bevoegdheid voor beperkt gerechtigden afstand van hun recht te doen. Na kritiek werd dit bij het Gewijzigd Ontwerp van 1972, opgesteld door Beekhuis, vervangen door bepalingen bij elk beperkt recht afzonderlijk, zie PG Boek 3 BW, p. 404-406 en PG Boek 5 BW, p. 306-307.

133 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Nota van Prof. Mr. J.H. Beekhuis over de regeling van de afstand bij erfpacht en bij erfdienstbaarheden, 10 maart 1967, p. 3. Er waren drie mogelijkheden voor de canonverplichting: (i) een gewone verbintenis met kwalitatieve werking, zoals in art. 5.7.1.5 R.O. maar waartegen bezwaren waren gerezen (ii) een zakelijke last die drukte op het erfpachtrecht zoals een grondrente op eigendom zoals voorgesteld door Treurniet in zijn preadvies van 1957, en (iii) een gewone kwalitatieve verbintenis waarbij de grondeigenaar tot meerdere zekerheid van rechtswege een soort hypotheek op het erfpachtrecht heeft, de op dat moment heersende opvatting die naar de mening van Beekhuis verbetering behoefde.

134 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/16 merken daarover terecht op: "Gezien de terughoudendheid waarmee art. 5:97 BW wordt toegepast, kan men zich afvragen hoe reëel deze bescherming is."

135 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Nota van Prof. Mr. J.H. Beekhuis over de regeling van de afstand bij erfpacht en bij erfdienstbaarheden, 10 maart 1967, p. 8.

> "M.i. betreft het hier echter een regel van aanvullend recht. Een beding in de erfpachtsvoorwaarden volgens hetwelk de erfpachter onder zekere voorwaarden mag opzeggen, behoort geldig te zijn. Hetzelfde geldt indien het recht is gevestigd tot weder opzeggens toe. Artikel 5.7.1.2 zal dus aangevuld moeten worden."[136]

Een regeling in deze zin werd voorgesteld bij memorie van antwoord in de vorm van art. 5.7.1.2a, het latere art. 5:87 lid 1 BW. De toelichting geeft aan dat de erfpachter of opstalhouder zijn recht tegen de zin van de hoofdgerechtigde moet kunnen opzeggen met inachtneming van de opzegtermijn en met het voor de erfverpachter positieve gevolg dat beperkte rechten die op het erfpachtrecht zijn gevestigd eveneens tenietgaan. Daarmee werd gehoor gegeven aan het verzoek van de gemeenten om de opzegbevoegdheid van aanvullend recht te maken.[137]

6.3.1.2 Overgangsrecht NBW

Omdat onder het NBW een andere regeling zou gelden dan van toepassing was onder het OBW moest een regel van overgangsrecht worden bepaald voor rechten die bij de inwerkingtreding van het NBW reeds bestonden. Welk recht is van toepassing ingeval de erfpachter van een bestaand recht na 1 januari 1992 afstand van zijn recht wil doen? Art. 167 Overgangswet NBW bevat een bijzondere regeling voor opzegging en afstand door de erfpachter, als uitzondering op het algemene beginsel dat het NBW onmiddellijke werking heeft:

> "Artikel 167. Een erfpachter kan een erfpacht die op het tijdstip van het in werking treden van de wet bestaat, slechts opzeggen voor zover hij *naar het voordien geldende recht* tot opzegging of eenzijdige afstand zou zijn bevoegd geweest. Artikel 88 van Boek 5 is van toepassing, behalve voor zover een andere termijn voor de opzegging of afstand was bedongen."[138]

De memorie van toelichting op art. 167 Overgangswet NBW vermeldt onder meer:

> "Anderzijds is thans de bevoegdheid tot eenzijdige afstand wettelijk niet uitgesloten, *maar deze kan onder het nieuwe recht niet meer worden verwezenlijkt*: artikel 3.4.2.11 jo artikel 3.4.2.4 lid 4. Artikel 167 strekt ertoe aan de ene kant de bestaande rechtsverhouding tussen partijen te dezen materieel ongewijzigd te laten, aan de andere kant de bevoegdheid tot eenzijdige afstand om te zetten in een bevoegdheid tot opzegging."[139]

Het overgangsrecht bepaalt dat een bestaande bevoegdheid tot afstand van een erfpachtrecht wordt omgezet in een bevoegdheid tot opzegging van dat recht op

136 NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 1091, Nota van Prof. Mr. J.H. Beekhuis over de regeling van de afstand bij erfpacht en bij erfdienstbaarheden, 10 maart 1967, p. 8. Art. 5.7.1.2 ging op dat moment over de duur van het recht en bevatte een opzegbevoegdheid voor de erfverpachter, PG Boek 5 BW, p. 303-305. Bij de parlementaire behandeling van de Invoeringswet werd deze bepaling ingrijpend gewijzigd met als resultaat het huidige art. 5:87 BW, PG Boek 5 Inv. BW, p. 1056-1071.

137 PG Boek 5 BW, p. 306.

138 PG Overgangsrecht BW, p. 145. Nadruk toegevoegd. De hoofdregel onmiddellijke werking is opgenomen in art. 68a lid 1 Overgangswet NBW, p. 35: "Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit."

139 PG Overgangsrecht BW, p. 145 (MvT Inv.). Nadruk toegevoegd.

de voet van art. 5:87 lid 1 BW. Indien in de erfpachtvoorwaarden expliciet is bepaald dat de erfpachter niet bevoegd is tot opzegging of afstand van zijn recht, komt de erfpachter geen beroep op art. 5:87 lid 1 BW toe. Duidelijkheid ontbreekt echter indien in de erfpachtvoorwaarden geen regeling over opzegging of afstand is opgenomen. Uit bovenstaande toelichting kunnen voor dat geval twee verschillende mogelijkheden worden afgeleid. Omdat een bevoegdheid tot afstand 'onder het nieuwe recht niet meer kan worden verwezenlijkt' dient het eenzijdig beëindigen van zijn recht door een erfpachter te worden beoordeeld naar het recht zoals dat geldt op het moment dat de bevoegdheid tot beëindiging wordt ingeroepen. Dat kan alleen een opzegging op de voet van art. 5:87 lid 1 BW zijn en nu de vestigingsakte dat niet verbiedt is de opzegging geldig. Anderzijds 'strekt art. 167 ertoe (…) de bestaande rechtsverhouding tussen partijen te dezen materieel ongewijzigd te laten' en dient het eenzijdig beëindigen van zijn recht door de erfpachter te worden beoordeeld naar het recht zoals dat gold bij vestiging aangevuld met het overgangsrecht. Dat betekent dat de bevoegdheid tot eenzijdige afstand op grond van ongeschreven recht is geconverteerd in een bevoegdheid tot opzeggen op grond van art. 5:87 lid 1 BW. Art. 167 Overgangswet NBW staat een opzegbevoegdheid op grond van art. 5:87 lid 1 BW niet in de weg. Integendeel, de bevoegdheid tot afstand van recht zoals die voor de erfpachter gold onder OBW is door het overgangsrecht omgezet in een bevoegdheid tot opzegging naar NBW. Deze stelling zal ik verder onderbouwen met onderstaand overzicht over afstand van erfpachtrechten naar OBW.

6.3.1.3 Afstand van erfpachtrechten onder OBW

Onder het OBW was een erfpachter alleen bevoegd tot tussentijdse opzegging van zijn recht wanneer deze bevoegdheid in de akte van vestiging was opgenomen. Dit was vaak niet het geval en was ook overbodig omdat een erfpachter altijd bevoegd was eenzijdig afstand van zijn recht te doen. De bevoegdheid tot afstand werd in de akte van vestiging geregeld uitgesloten.[140] Wanneer geen regeling in de erfpachtvoorwaarden over opzegging of afstand was opgenomen, golden de algemene regels over afstand. Onder het OBW werd het doen van afstand beschouwd als een eenzijdige rechtshandeling die niet in de wet geregeld was afgezien van bepalingen voor vruchtgebruik en hypotheek,[141] en welke bevoegdheid ook aan gerechtigden tot andere beperkte rechten toekwam.[142] Uit jurispru-

140 Dit kwam met name voor bij stedelijke erfpacht. Enige voorbeelden daarvan: AB 1966 Amsterdam, art. 6: "Het is de erfpachter niet geoorloofd (…) i. van het erfpachtsrecht afstand te doen."; AB 1974 Utrecht, art. 5.1.1: 'Het is de erfpachter niet toegestaan van het recht van erfpacht afstand te doen of dit recht op te zeggen.', in geding in Rb. Utrecht 14 maart 1984, *NJ* 1985/226, ECLI:NL:RBUTR:1984:AC3470 (*Rademakers/Utrecht*), r.o. 5-8; AB 1959 Schiedam, art. 21 lid 2: "Eenzijdige afstand van het recht door de erfpachter ten behoeve van de Gemeente is hierbij uitgesloten." Het verbod werd ook bij agrarische erfpacht aangetroffen, bijvoorbeeld in de AV 1972 Domeinen voor veertigjarige erfpacht van cultuurgrond, art. 13 lid 5: "Het is de erfpachter verboden afstand te doen van het erfpachtsrecht."

141 Een voorbeeld daarvan was art. 854 OBW: 'Vruchtgebruik eindigt: (...) 4. Door afstand van den vruchtgebruiker, ten behoeve van den eigenaar,' deels voortgezet in het huidige art. 3:224 BW. Daarnaast art. 1253 OBW voor hypotheek.

142 PG Boek 3 BW, p. 404 vat het geldende recht onder OBW kort samen: "Dezelfde voorschriften gelden ook voor de afstand van beperkte rechten. Voor het tegenwoordige recht wordt veelal geleerd, dat bij het zwijgen der wet dienaangaande de afstand door een eenzijdige verklaring en vormloos kan geschieden. Men vergelijke H.R. 23 Jan. 1942, N.J. 1942 no. 298."

dentie blijkt dat afstand van recht niet kon worden aangenomen, maar bepaaldelijk en ondubbelzinnig moest blijken uit verklaringen of gedragingen.[143]

Negentiende-eeuwse handboeken beantwoordden de vraag of een erfpachter afstand van zijn recht kon doen bevestigend.[144] Door afstand van zijn recht te doen werd de erfpachter voor de toekomst bevrijd van de verplichtingen die voor hem aan dat recht verbonden waren. Als vorm was een eenzijdige verklaring vereist, het volstond niet dat de erfpachter de onroerende zaak eenvoudigweg ontruimde. Afstand werd gezien als een handeling ten gunste van de erfverpachter, wiens recht weer vol eigendom werd als gevolg van de afstand.[145] Gerechtigden tot een persoonlijk recht, zoals huur, konden niet eenzijdig afstand van hun recht doen.[146] De verplichting tot canonbetaling moest niet worden opgevat als een persoonlijke verplichting van een bepaalde erfpachter aan een bepaalde erfverpachter. Uiteraard moesten alle verplichtingen die tot aan het moment van afstand reeds opeisbaar waren geworden zijn voldaan. In dezelfde zin beschreef Land de bevoegdheid tot afstand van recht in zijn handboek uit 1901.[147] Afstand gold ook voor het recht van opstal. Opzoomer schreef in zijn handboek uit 1876 dat het recht van opstal onder meer kon eindigen doordat de opstalhouder afstand van zijn recht deed.[148] Reepmaker bevestigde in zijn proefschrift de hierboven beschreven opvattingen, ook al vermeldde hij tevens enkele tegengeluiden.[149] In een artikel uit 1933 werkte Reepmaker zijn standpunt verder uit. De hoofdregel luidde 'dat een ieder afstand mag doen van een recht, dat hem toekomt.'[150] Een

143 Zie onder meer Rb. Rotterdam 22 januari 1908, *W*. 8792 (*Kralingsche Katoen Maatschappij/Bezazian*), Hof Den Bosch 23 januari 1912, *W*. 9310 (*Schijndel/Van den Oever*), Ktr. Rotterdam 1 maart 1922, *W*. 11000 (*Becker/Milchsack*), Hof Den Haag 19 oktober 1939, *NJ* 1940/200 (*Zandvoort en Van Beuzekom/Koning*), HR 11 maart 1966, ECLI:NL:HR:11966:AC1868, m.nt. G.J. Scholten, *NJ* 1966/330 (*Nederlandse Antillen/Exploitatie Maatschappij van Zoutmeren op het eiland St. Martin*), waarover kritisch Schuttevâer 1971 en HR 19 december 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5668, *NJ* 1978/366 (*Flatgebouw Van Hogenhoucklaan/Staat*).

144 Regtskundig tijdschrift 1842, p. 63. Zie Diephuis 1846, p. 519 over een recht van opstal: "Een recht van opstal kan ook eindigen doordat de opstaller afstand van zijn recht doet." Afstand bevrijdde de erfpachter van de canonverplichting, aldus Diephuis 1846, p. 525: "Daar toch ieder kan afstand doen van zijn regt, zoo spreekt het tevens van zelf, dat het aan dat regt ondergeschikt gevolg met dien afstand moet worden opgeheven." Nog van dezelfde opvatting was Diephuis 1886b, p. 47.

145 Diephuis 1886b, p. 60: "En de eigenaar, die daardoor niet verhinderd wordt te vorderen, wat hem reeds vóór den afstand verschuldigd was, kan zich bezwaarlijk met grond beklagen over eene daad van den erfpachter, waarvan het gevolg zal zijn, dat hij dan geen pacht meer zal beuren, dat de belastingen en het onderhoud niet meer ten laste van een ander zullen zijn, maar tevens dat nu ook het volle genot, 'twelk die ander had, tot hem terugkeert, en hij nu weer volkomen eigenaar is van het goed."

146 Diephuis 1886b, p. 60: "Anders is dit in geval van erfpacht. Hier heeft niet een persoon zich jegens een persoon verbonden, maar de erfpachter heeft als zoodanig de verpligtingen, die verknocht zijn aan zijn erfpachtsregt op het goed, 'twelk hij in erfpacht gebruikt, jegens den eigenaar van dat goed; de betrekking die er tusschen hen bestaat, is het gevolg der betrekking, waarin zij beide staan tot dat goed. Worden zij in deze betrekking door anderen vervangen, dan bestaat ook het gevolg daarvan tusschen anderen. Vervalt het erfpachtsregt, dan vervalt voor den erfpachter die betrekking, en daarmede ook de verpligting, die er het gevolg van was. Het vervallen van dat regt is in het algemeen onafhankelijk van het bestaan dier verpligting, en zoo wordt ook het vervallen door afstand hierdoor niet belet; de erfpachter bevrijdt zich daardoor niet van eene persoonlijke verpligting, maar laat een regt varen, dat hij had, en wordt daardoor bevrijd van een last, die alleen in verband met, en ten gevolge van dat regt op hem rustte."

147 Land 1901, p. 331: "Ook afstand van het recht is niet uitgesloten. De verplichtingen van den erfpachter nemen daarmede een einde; zij zijn alleen te beschouwen als accessoor aan het recht."

148 Opzoomer 1876, p. 489. Vgl. ook Asser & Scholten 1905, p. 206-208: "Te niet gaan van het recht van opstal. Dit heeft plaats o.a. (…) f) door vrijwillige opheffing, of afstand ten behoeve van den eigenaar."

149 Reepmaker 1931, p. 151.

150 Reepmaker 1933a, p. 129.

historisch overzicht bevestigde de bevoegdheid tot afstand,[151] onder meer met enige voorbeelden uit het oudvaderlands recht.[152] Naar de mening van Reepmaker werd de eenzijdige afstand door de erfpachter door Kemper in art. 1445 lid 3 van het Ontwerp 1816 en in art. 1316 lid 3 van het Ontwerp 1820 uitgesloten, net als in art. 24 van het Ontwerp 1898:

> '(…) waarmee men duidelijk wilde doen uitkomen, dat eenzijdige afstand van het erfpachtsrecht niet is toegestaan en wel omdat uit erfpacht 'wederzijdsche verplichtingen en in het bijzonder praestaties van de zijde van hem, die afstand zou de willen doen, voortvloeien'.'[153]

De Ontwerpen Kemper uit 1816 en 1820 bevatten een lange opsomming van de wijzen waarop een erfpachtrecht teniet kon gaan en in die opsommingen kwam afstand niet voor.[154] Nu deze Ontwerpen worden gekenmerkt door hun uitvoerige regeling vanuit de gedachte dat de wet een oplossing moet bieden voor alle problemen die zich in de praktijk kunnen voordoen, is het opvallend dat tenietgaan door afstand kennelijk niet daarbij hoorde, dat moet aan Reepmaker worden toegegeven. Het Ontwerp 1898 gaf in art. 212 een uitputtend bedoelde opsomming van de wijzen waarop een erfpachtrecht te niet kan gaan en daarbij was bewust niet de eenzijdige afstand opgenomen, zo blijkt uit de toelichting:

> "Ofschoon in het algemeen ieder afstand kan doen van een hem toekomend recht, heeft men gemeend zoodanige eenzijdige handeling bij een recht als erfpacht, waaruit wederzijdsche verplichtingen en in het bijzonder praestaties van de zijde van hem, die afstand zoude willen doen, voortvloeien, niet te mogen toestaan. Het ontwerp 1820 maakt van een eenzijdigen afstand evenmin melding."[155]

Het feit dat eenzijdige afstand niet is opgenomen in het Ontwerp 1820 kan ook aangeven dat dit niet als een probleem werd gezien of in de praktijk niet voorkwam. Het argument dat aan het recht ook verplichtingen verbonden zijn had in 1898 aan gewicht gewonnen en hield verband met de negentiende-eeuwse discussie over de aard van de canonverplichting.[156] Indien de canonverplichting werd opgevat als een persoonlijke verplichting was eenzijdige afstand niet moge-

151 Reepmaker 1933a, p. 129-131 behandelt de vraag of ook de erfpachter afstand kan doen van zijn recht, ondanks het feit dat hij naast zijn recht nog verplichtingen heeft, naar het Romeins recht, hierover waren de auteurs verdeeld, naar oud Frans recht waar afstand van een eeuwigdurend erfpachtrecht onder voorwaarden mogelijk was en afstand van een tijdelijk erfpachtrecht niet, naar de Code civil die geen afstand van een tijdelijk erfpachtrecht toestond vanwege obligatoire verplichtingen, en naar de Franse wet uit 1902 die het verlaten van de erfpachtzaak verbood.

152 Reepmaker 1933a, p. 130-131 en Reepmaker 1933b, p. 137. Voet maakte in 1707 onderscheid tussen erfpacht uitgegeven door de fiscus of de kerk waarbij afstand niet was toegestaan en erfpacht uitgegeven door particulieren waarbij afstand wel was toegestaan, en merkte op dat erfpacht een voordeel voor de erfpachter was waar deze afstand van kon doen.

153 Reepmaker 1933b, p. 137. Art. 1445 lid 3 Ontwerp 1816 en art. 1316 lid 3 Ontwerp 1820 gaan over de beëindiging in gezamenlijk overleg: 'Het erfpachtsregt eindigt (…) 3° Door onderlinge toestemming van den eigenaar en den erfpachter,' Van Gessel-de Roo 1991, p. 291. Dat het recht in gezamenlijk overleg kan eindigen betekent naar mijn mening niet dat eenzijdige afstand is uitgesloten.

154 Van Gessel-de Roo 1991, p. 291. Art. 1445 Ontwerp 1816 geeft acht manieren weer waarop het erfpachtrecht kan eindigen en art. 1316 Ontwerp 1820 bevat een opsomming van zeven manieren waarop het erfpachtrecht kan eindigen 'met al deszelfs bij overeenkomst geregelde gevolgen'.

155 Staatscommissie tot voortzetting der herziening van het Burgerlijk Wetboek 1898, p. 440. Plantenga 1957 wijst op deze passage bij de bespreking van afstand in het ontwerp voor het NBW.

156 De discussie over de aard van de canonverplichting is behandeld in par. 2.3.5 over de doctrine uit de negentiende en begin twintigste eeuw.

lijk, maar Reepmaker beschouwde met de negentiende-eeuwse auteurs de canonverplichting als een zakelijke last waarvan de erfpachter zich eenzijdig kon bevrijden door afstand ervan te doen.[157] Opgemerkt werd dat in de jaren dertig erfpachters van stedelijke erfpacht die als gevolg van de crisis 'door de canon heen gezakt waren' en daarom van hun recht af wilden, eerder kozen voor vervallenverklaring door de rechter dan voor afstand. En in de algemene erfpachtvoorwaarden van gemeenten werd steeds vaker een verbod op afstand door de erfpachter opgenomen, hetgeen Meijers in zijn boek over de algemene begrippen van het burgerlijk recht uitlegde als een omslag in het denken over de bevoegdheid van de erfpachter afstand van zijn recht te doen.[158] Meijers beantwoordde de vraag of een erfpachter bevoegd was afstand van zijn recht te doen enkele jaren later toch bevestigend.[159] Het hoofdargument daarvoor was te vinden in de bevoegdheid tot vervreemding van art. 771 OBW.[160] De canon als tegenprestatie voor een genot van lange duur is een zakelijke last en geen persoonlijke verplichting en bij vervreemding gaat de canonverplichting over op de verkrijger. Kan de erfpachter niet aan zijn verplichtingen voldoen, dan heeft de erfverpachter op grond van art. 775 OBW verhaal op het recht of het voorwerp van het recht.[161] De bevoegdheid tot afstand volgt uit de bevoegdheid van de erfpachter tot vervreemding en bezwaring van zijn recht. Wel moet aan alle verplichtingen die gedurende zijn recht opeisbaar zijn geworden zijn voldaan en mogen derden geen nadeel ondervinden van de afstand. Een tweede argument voor afstand vormt de bevoegdheid tot opzegging door de erfverpachter op grond van art. 783 juncto 766 OBW.[162]

Aanvankelijk nam Meijers de bevoegdheid tot eenzijdige afstand door alle beperkt gerechtigden op in Boek 3 van het ontwerp voor het nieuwe BW,[163] met dezelfde vereisten als voor vestiging en overdracht.[164] Het tweede lid was opgenomen bij wijze van uitzondering op de algemene regel van het eerste lid:

---

157 Reepmaker 1933b, p. 138 linkerkolom. In noot 27 verwijst Reepmaker naar Diephuis die de verplichtingen die tot het moment van de afstand opeisbaar waren geworden overigens wel als verschuldigd opvatte.

158 Meijers 1948, p. 48: "De bevoegdheid om zich door prijsgeving van zijn erfpachtsrecht aan zijn verplichtingen als erfpachter te onttrekken, – een bevoegdheid in het vroegere recht bekend – wordt tegenwoordig vrij algemeen aan de erfpachter ontzegd."

159 Meijers 1952, p. 150, in antwoord op een rechtsvraag gepubliceerd in het juridisch studentenblad Ars Aequi: "Kan in geval een recht van erfpacht voor 99 jaren is gevestigd de erfpachter door eenzijdig afstand van zijn recht te doen zich van zijn verplichting de canon te voldoen voor de toekomst bevrijden?"

160 Art. 771 OBW: "Hij is bevoegd om zijn regt te vervreemden, met hypotheek te belasten, en den grond, in erfpacht uitgegeven, met erfdienstbaarheden te bezwaren, voor het tijdvak van zijn genot." Afstand beschouwd als een vorm van overdracht komt ook tot uiting in het NBW waar de bepaling over afstand is opgenomen in de afdeling 'Overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten'. In dezelfde zin Bertrams 1964, p. 100: "Algemeen wordt aangenomen, dat de vervreemdingsbevoegdheid van de zakelijk gerechtigde niet uitgesloten of aan voorwaarden gebonden kan worden. Zou men deze regel niet mutatis mutandis kunnen toepassen op de beschikkingshandeling van de afstand van recht, welke in feite als een vervreemding om niet beschouwd kan worden?"

161 Meijers 1952, p. 150: "Dan kan dit recht van de eigenaar op de canon niet een argument tegen een prijsgeving van het recht van erfpacht door de erfpachter zijn."

162 Meijers 1952, p. 150: "Deze artikelen kennen bij erfpacht voor onbepaalde tijd wel opzegging door de eigenaar, maar niet opzegging door de erfpachter; *het recht om afstand te doen, maakt voor deze een opzegging overbodig*." Nadruk toegevoegd.

163 PG Boek 3 BW, p. 404-408. Art. 3.4.2.11 (OM): "1. Tenzij de wet anders bepaalt, vindt al hetgeen in deze afdeling omtrent de overdracht van rechten is bepaald, overeenkomstige toepassing op de vestiging en de afstand van beperkte rechten. 2. *Nochtans kan in geval van een afstand, die uit hoofde van de aan het beperkte recht verbonden lasten geschiedt, de afstand door een eenzijdige in plaats van een tweezijdige verklaring geschieden*." Nadruk toegevoegd.

164 PG Boek 3 BW, p. 404 (TM).

> "De wil om van een beperkt recht afstand te doen kan voortkomen uit de zwaarte van de aan dat recht verbonden lasten. Aldus kan de tot een erfdienstbaarheid gerechtigde, die met de kosten van onderhoud van een werk is bezwaard, afstand van zijn recht doen om van deze onderhoudskosten bevrijd te raken; de erfpachter wil zich bevrijden van een te hoge canon; de vruchtgebruiker of erfpachter van te hoge op zijn recht drukkende fiscale lasten. In al deze gevallen moet een afstand mogelijk zijn, zonder dat daartoe de medewerking van hem aan wie het met het beperkt recht bezwaarde recht toekomt, nodig is. Vandaar dat in dat geval met een eenzijdige in plaats van een met een tweezijdige verklaring wordt genoegen genomen."[165]

Meijers omschrijft deze vorm als afstand zonder ontvangst van een contraprestatie in eigen belang. Op dit deel van het ontwerp kwam veel kritiek, met name ten aanzien van erfpachtrechten. In de literatuur, geciteerd in het voorlopig verslag van de Tweede Kamer, is bediscussieerd of het tweede lid van dwingend recht moest zijn en hoe het motief om eenzijdig afstand te doen moest worden aangetoond.[166] De meest invloedrijke criticus was Plantenga die in zijn preadvies uit 1957 constateerde dat de erfpachtvoorwaarden van de Staat eenzijdige afstand door de erfpachter uitsloten en dat 'veelal wordt aangenomen, dat deze bevoegdheid de erfpachter ook zonder zodanig beding niet toekomt.'[167] De kern van de kritiek is wederom gelegen in de aard van de canonverplichting. De erfpachter moet zich niet eenzijdig kunnen onttrekken aan verplichtingen die hij vrijwillig en voor lange tijd met de erfverpachter is aangegaan, het is in strijd met de goede rechtsorde wanneer een partij op een moment dat het hem voordeel oplevert zich zonder meer aan zijn verplichtingen zal kunnen onttrekken.[168] Een algemene regel is niet mogelijk omdat een zakelijk recht van erfpacht bestaat uit een complex van wederzijdse rechten en plichten, de erfpachter die zich daaraan wil kunnen onttrekken moet maar een bevoegdheid tot opzeggen bedingen.[169] Bovendien was in de vraagpuntenprocedure een bevoegdheid van de rechter tot opheffing of wijziging van het recht op grond van onvoorziene omstandigheden voorgesteld en zou een dergelijke oplossing ook voor zakelijke rechten kunnen gelden.[170] Daarnaast was de situatie bij beëindiging onduidelijk.[171] In het Gewijzigd Ontwerp uit 1972 werd het tweede lid van het latere art. 3:81 BW met de uitzonderingsbepaling over eenzijdige afstand geschrapt omdat het te algemeen werd bevonden. In plaats daarvan werd in de regeling van vruchtgebruik en erfdienstbaarheid een verplich-

165 PG Boek 3 BW, p. 404 (TM).
166 PG Boek 3 BW, p. 405 (VV II).
167 Plantenga 1957, p. 42. Anders mede-preadviseur Treurniet 1957, p. 115: "Van ieder vermogensrecht, dus ook van een beperkt zakelijk recht, kan men afstand doen."
168 Plantenga 1957, p. 43: "Wanneer bv. een stuk grond tegen een vaste canon in erfpacht wordt gegeven voor 25 jaar om het af te tichelen of om er het zand uit te halen en de erfpachter ziet kans, dat in 10 jaar te doen, dan is het onredelijk, dat hij daarna afstand zou kunnen doen en zich daardoor aan verdere canonbetaling zou kunnen onttrekken. Soortgelijke situaties kunnen zich voordoen bij objecten met sterke wisseling met betrekking tot opbrengst en kosten, zoals het geval kan zijn bij met bos bezette onroerende goederen."
169 Plantenga 1957, p. 44: '(…) de erfpachter die de erfpachtsverhouding eenzijdig wil kunnen verbreken, (...) [moet] de bevoegdheid tot opzegging bedingen.'
170 Plantenga 1957, p. 44-45. PG Algemeen deel BW, p. 111, de conclusie over vraagpunt 21A, waarvan de toepassing volgens Plantenga niet tot het verbintenissenrecht moest worden beperkt, luidde: "Voor het geval, waarin door onvoorziene omstandigheden nakoming van een overeenkomst voor een der partijen uitermate bezwaarlijk wordt, worde aan de schuldenaar de bevoegdheid verleend om door de rechter zich van zijn verplichtingen te doen ontheffen of door deze de overeenkomst te doen wijzigen." Dit leidde tot art. 6:258 BW en het specifiek voor erfpacht geschreven art. 5:97 BW.
171 Plantenga 1957, p. 73: "Afgezien van de bezwaren uit een algemeen oogpunt tegen afstand, is het echter de vraag, of die dezelfde gevolgen zal hebben als opzegging, bv. met betrekking tot de vergoedingsrechten. Zeker niet als men de afstand ziet als een overdracht aan de eigenaar." In gelijke zin Treurniet 1957, p. 186.

te medewerking van de hoofdgerechtigde opgenomen bij de nu tweezijdige afstand van het recht.[172] De heersende leer, in ieder geval binnen het notariaat, bleef dat eenzijdige afstand van recht een erkende wijze van tenietgaan van een erfpachtrecht was.[173]

In 1974 omschrijft Aaftink in zijn dissertatie over afstand van vermogensrechten het begrip afstand van recht als een rechtshandeling die is gericht op het uit het vermogen doen gaan van een recht, zonder dat dit recht aan een ander wordt overgedragen.[174] Omdat afstand of prijsgeven van een recht een rechtshandeling is, is de wilsvertrouwensleer van toepassing. De rechtshandeling kan eenzijdig worden verricht, maar dat hoeft niet en afstand is ook niet altijd om niet. De rechtsgevolgen van afstand zijn het verlies van het recht voor de rechthebbende, eventueel een tenietgaan van het recht, eventueel een verkrijging van het recht door een ander en een op het recht gevestigd beperkt recht blijft bestaan. Ondanks dat de wet dit maar voor een paar rechten specifiek noemt wordt algemeen aanvaard dat alle beperkte rechten door afstand teniet kunnen gaan en dat voor afstand van beperkte rechten een eenzijdige rechtshandeling voldoende is.[175] Onder het OBW is het uitgangspunt dat een rechthebbende bevoegd is om eenzijdig afstand van zijn recht te doen. Omdat hiertegen naar de mening van Aaftink geen bezwaren bekend zijn kan de regeling uit het ontwerp NBW, dat afstand vervangt door opzegging, waarbij medewerking van de wederpartij vereist is, hem niet overtuigen. In de doctrine zijn ten aanzien van erfpacht sommige schrijvers van mening dat de erfpachter niet eenzijdig afstand van zijn recht kan doen om zich daarmee aan zijn canonverplichting te onttrekken, maar algemeen is men van oordeel dat ook bij erfpacht afstand eenzijdig kan plaatsvinden.[176] Bij rechten die voor bepaalde duur zijn gevestigd is naar de mening van Aaftink tussentijds tenietgaan van het erfpachtrecht door afstand niet mogelijk. Bij tijdelijke erfpacht moet de erfverpachter de eenzijdige afstand kunnen weigeren wanneer hij daarbij een gerechtvaardigd belang heeft.[177] Dat belang kan bestaan uit een groot nadeel en moet per geval worden vastgesteld. De stelling wordt mede in het licht van stedelijke erfpacht bezien, waarbij overigens na afstand het recht op een opstalvergoeding in tact blijft.[178] De algemene opvatting onder het OBW is dus dat de erfpachter eenzijdig afstand van zijn recht kan doen, al zijn er enkele dissenting opinions. Aaftink brengt een nuancering aan voor gevallen waarin de erfverpachter door afstand groot nadeel ondervindt. De handboeken vermelden tot aan de ingangsdatum van het NBW de stelling dat alle beperkte rechten onder meer te-

172 Tjittes 1992, p. 64-65 onder verwijzing naar PG Boek 3 BW, p. 405-406 en PG Boek 5 BW, p. 286-287.
173 Broekema 1969, p. 93: 'Afstand wordt in het huidige recht als wijze van tenietgaan van een beperkt zakelijk recht algemeen erkend' en 'Veelal wordt echter ook in die gevallen [afstand van een beperkt recht waarbij de blote eigenaar belang heeft bij de instandhouding daarvan] de éénzijdigheid van de afstand geaccepteerd.' Pitlo 1972, p. 289 verwijst naar Broekema ter onderbouwing van zijn stelling dat de opstaller door eenzijdige afstand zijn recht kan prijsgeven. Zie ook Aaftink 1974, p. 35.
174 Aaftink 1974, p. 14.
175 Aaftink 1974, p. 37-38.
176 Aaftink 1974, p. 40 noemt als voorstanders de opvattingen van Meijers 1952, Treurniet 1957, Asser/Beekhuis 1963, Bertrams 1964 en Broekema 1969.
177 Aaftink 1974, p. 42. Naar analogie van Scholten in zijn noot bij HR 12 november 1937, *NJ* 1938/377 over kwijtschelding.
178 Aaftink 1974, p. 42.

niet gaan door afstand, ook al is dat in de wet slechts voor twee rechten geregeld.[179]

Het OBW bevatte geen algemene regeling over afstand van recht, maar algemeen werd aanvaard dat beperkt gerechtigden afstand van hun recht konden doen, ook als afstand beschouwd moest worden als een eenzijdige rechtshandeling. Voor het beperkt recht van erfpacht werd deze opvatting niet door iedereen gedeeld, maar gezaghebbende auteurs zoals Meijers, Reepmaker, Treurniet en Beekhuis waren van mening dat de erfpachter afstand van zijn recht kon doen. Als we deze opvatting volgen had een erfpachter naar OBW de bevoegdheid afstand van zijn recht te doen, tenzij dit in de akte van vestiging expliciet was uitgesloten.[180] Die bevoegdheid wordt bij invoering van het NBW omgezet in de bevoegdheid tot eenzijdige opzegging van art. 5:87 lid 1 BW. Er bestaan nog vele erfpachtrechten waarvoor deze bevoegdheid geldt, maar dat blijkt niet uit de schaarse jurisprudentie.

6.3.1.4 Jurisprudentie

Art. 167 Overgangswet NBW stond ter discussie in een zaak waarover de rechtbank Zutphen oordeelde.[181] Nadat partijen het standpunt hadden ingenomen dat de erfpachter op grond van het overgangsrecht bevoegd was zijn in 1981 gevestigde recht op te zeggen, zegde de erfpachter zijn recht op, verklarende dat de erfverpachter daarvoor de vereiste toestemming had gegeven. Later kwamen partijen en de rechtbank op dit standpunt terug en verklaarden eensgezind dat de erfpachter op grond van art. 167 Overgangswet NBW niet bevoegd was zijn recht op te zeggen. Dat was in dit geval correct omdat de vestigingsakte een expliciet verbod voor de erfpachter om zonder toestemming van de erfverpachter eenzijdig afstand van zijn recht te doen bevatte[182] en in het eerder ingenomen standpunt geen toestemming kon worden gelezen.[183] De constatering van de rechtbank dat de erfpachter onder het oude recht niet bevoegd was zijn recht op te zeggen is naar mijn mening niet helemaal juist.[184] De erfpachter had onder het oude recht geen bevoegdheid tot opzegging nodig omdat hij altijd bevoegd was afstand van zijn recht te doen, tenzij dit, zoals in dit geval, bij akte was verboden.

---

179 Asser/Beekhuis 1975, p. 11, Asser/Beekhuis 1977, p. 10 en p. 219, Pitlo/Brahn 1980, p. 338, De Vries 1984, p. 64.

180 Dat deze bevoegdheid in de praktijk vaak werd uitgesloten bleek onder meer uit een brief van de Minister van Financiën aan zijn ambtgenoot van Justitie in reactie op het vraagpunt over erfpacht [moet het nieuwe BW dwingend recht bevatten ter bescherming van de erfpachter]: "In de meeste erfpachtsakten wordt bepaald, dat eenzijdige afstand van dit recht door de erfpachter niet mogelijk zal zijn." NL-HaNA, Justitie-NBW, 2.09.75, inv.nr. 202, Brief van 8 september 1951. De minister pleitte ervoor om dit punt in de wet vast te leggen omdat de bestaande wettelijke regeling aanleiding gaf tot twijfel.

181 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, *RVR* 2012/43 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*).

182 Het arrest van het hof Arnhem-Leeuwraden van 13 januari 2015 citeert in r.o. 3.1 art. 12 lid 1 van de vestigingsakte: "*Zonder schriftelijke toestemming van de Staat is het niet geoorloofd* de rechten van de erfpacht en opstal geheel of gedeeltelijk te vervreemden, *eenzijdig van de rechten van erfpacht en opstal afstand te doen*, het terrein of opstallen geheel of gedeeltelijk aan derden te verhuren of onder andere titel in gebruik af te staan of te gedogen dat anderen dan de erfpachter de in erfpacht uitgegeven grond en de gebouwen gebruiken (…)." Nadruk toegevoegd.

183 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, r.o. 5.13-5.19.

184 Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, r.o. 5.13: "Onder het voor de inwerkingtreding van het huidige BW geldende recht was een erfpachter niet bevoegd de erfpacht op te zeggen, tenzij deze bevoegdheid in de vestigingsakte was opgenomen. In het onderhavige geval is geen bevoegdheid tot opzegging voor de erfpachter in de vestigingsakte opgenomen."

In hoger beroep vorderde de erfpachter onder meer een verklaring voor recht dat hij rechtsgeldig had opgezegd.[185] Het hof wees die vordering, net als de rechtbank, af op grond van de vestigingsakte en art. 167 en 171 Overgangswet NBW.[186] Het hof oordeelde echter wel dat het onder omstandigheden wellicht denkbaar zal zijn dat de erfpachter in weerwil van de erfpachtakte een recht tot opzegging of eenzijdige afstand toekomt indien van hem niet gevergd kan worden het recht van erfpacht voort te zetten vanwege bijvoorbeeld de hoogte van een herziene canon:

> "Bij pleidooi heeft [appellanten] nog betoogd dat de omstandigheid dat artikel 4 van de akte een procedure voorschrijft die onredelijk bezwarend is in combinatie met de onmogelijkheid het erfpachtrecht op te zeggen, moet meebrengen dat [appellanten] wel bevoegd is om zich te onttrekken aan het erfpachtrecht (door opzegging of eenzijdige afstand). *Onder omstandigheden is wellicht denkbaar dat de erfpachter in weerwil van de erfpachtakte een recht tot opzegging of eenzijdige afstand toekomt indien van hem niet gevergd kan worden het recht van erfpacht voort te zetten vanwege bijvoorbeeld de hoogte van een herziene canon*. In onderhavig geval is dat (nog) niet aan de orde."[187]

De omstandigheden waarop de erfpachter een beroep deed hadden zich in dit geval nog niet voorgedaan, maar indien deze of andere omstandigheden zich zouden voordoen zou het denkbaar zijn dat de erfpachter in weerwil van de erfpachtakte een recht tot opzegging of eenzijdige afstand toekwam indien het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat het recht van erfpacht moest worden voortgezet.[188] Dit is hetzelfde argument dat onder het OBW gold voor de bevoegdheid tot eenzijdige afstand van het recht door de erfpachter.[189] Het vormt een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid die ook in de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter geldt. Indien een erfpachter door toedoen van de erfverpachter zo in de knel komt te zitten dat de enige uitweg het opzeggen van zijn recht zou zijn en deze uitweg in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden is uitgesloten, dan is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar indien de erfpachter zijn recht niet kan opzeggen. Het door het hof voorgestelde toetsingskader biedt een belangrijke opening en vertoont terecht overeenkomsten met de rechterlijke redelijkheidstoetsing van art. 5:97 BW. Ook indien erfpachtvoorwaarden geheel zijn dichtgetimmerd moet een erfpachter zich onder omstandigheden van zijn recht kunnen bevrijden. Ook in dit geval was de hoogte van de canon weer de toetssteen of het knelpunt.

---

185 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, *TBR* 2015/153, m.nt. W.J.E. van der Werf (*erfpachters/Staatsbosbeheer*).

186 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.18.

187 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, r.o. 4.19. Nadruk toegevoegd. Art. 4 van de vestigingsakte zoals geciteerd bij r.o. 3.1 van het arrest regelde de canonherziening die iedere vijftien jaar kon plaatsvinden.

188 Opzegging of eenzijdige afstand komt op hetzelfde neer. Bartels wijst er echter op dat afstand een tweezijdige rechtshandeling is en andere gevolgen kent dan opzegging, Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/238.

189 En dat wordt overwogen door de wetgever van het NBW, PG Boek 3 BW, p. 404: "De wil om van een beperkt recht afstand te doen, kan voortkomen uit de zwaarte van de aan dat recht verbonden lasten. (…) de erfpachter wil zich bevrijden van een te hoge canon; (…) van te hoge op zijn recht drukkende fiscale lasten." Uiteindelijk is niet gekozen voor een dergelijke algemene regeling.

Een Eindhovense kort gedingzaak vormt een voorbeeld van waartoe het ontbreken van een bevoegdheid tot afstand of opzegging van een recht kan leiden. De erfpachter van een tuincentrum onderhandelde vergeefs met de gemeente als erfverpachter over een voortijdige beëindiging van het tijdelijke erfpachtrecht.[190] De erfpachter was niet bevoegd tot opzegging en was dus afhankelijk van de bereidheid van de erfverpachter om een overeenkomst tot voortijdige beëindiging van het recht te sluiten. Die overeenkomst kwam niet tot stand toen bleek dat partijen geen overeenstemming konden bereiken over de hoogte van de schadevergoeding, waaronder de opstalvergoeding, en bovendien bleek dat de grond verontreinigd was terwijl de gemeente als voorwaarde had gesteld dat de erfpachter het perceel schoon zou opleveren. Dat het recht daarmee tot 2029 bleef doorlopen, terwijl de erfpachter de exploitatie van zijn bedrijf inmiddels had beëindigd en voortzetting op het verontreinigde perceel geen optie was, behoorde tot zijn risico. De erfpachter beriep zich op een gesloten overeenkomst tot beëindiging, maar zowel de kantonrechter als het hof kwamen tot de voorlopige conclusie dat tussen partijen geen overeenkomst tot beëindiging tot stand was gekomen omdat zij op een aantal essentiële onderdelen daarvan van mening verschilden. Het hof ontzegde de erfpachter tevens een beroep op dooronderhandelen zodat deze met lege handen achterbleef. Of een bodemprocedure is gevoerd is onbekend.

6.3.2 Afstand van opstalrecht bij gebrekkige opstal

Dat een erfpachter die bevoegd is tot opzegging van die bevoegdheid misbruik maakt in de zin van art. 3:13 BW zal weinig voorkomen.[191] Bij afstand van een opstalrecht kan dat anders liggen indien de opstal een gebrek vertoont. De vraag of de opstalhouder en de grondeigenaar dan gezamenlijk afstand van het opstalrecht kunnen doen kwam aan de orde bij de zaak van een opstalrecht op een perceel waarop een schoorsteen van een oude zuivelfabriek stond die zodanig gebrekkig was dat het naastgelegen perceel daarvan hinder ondervond.[192] De opstalhouder was een stichting met als enige vermogensbestanddeel de schoorsteen, die een negatieve waarde had, de grondeigenaar was een van de bestuurders van de stichting. Omdat geen fondsen voor herstel werden gevonden besloot het bestuur van de stichting tot ontbinding, waarop de buurman de stichting in liquidatie, de grondeigenaar en de andere bestuursleden in rechte betrok. Overeenstemming tussen de stichting als opstalhouder en het bestuurslid als grondeigenaar over afstand van het opstalrecht met als gevolg het 'zo maar' achterlaten van de gebrekkige schoorsteen was maatschappelijk niet aanvaardbaar. De voorzieningenrechter bedacht de aanvaardbare oplossing dat de bestuurders van de stichting zich gezamenlijk dienden in te spannen om fondsen voor herstel dan wel afbraak van de schoorsteen te vinden. Het zonder meer prijsgeven van het opstalrecht door de opstalhouder is geen wettige vorm van beëindiging van het recht, laat staan dat een eenzijdige afstand kan worden gebruikt om de aan de

190 Hof Den Bosch 29 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AV0371 (*Eindhoven/erfpachter*). De reden van de voortijdige beëindiging blijkt niet uit het arrest, wel dat het initiatief tot beëindiging uitging van de erfpachter.

191 Vonck 2013, p. 267-268 komt tot de conclusie dat de rol van art. 6:248 BW en art. 3:13 BW bij opzegging door de erfpachter uiterst marginaal zijn, mede omdat de opzeggingsbevoegdheid in het belang van de erfpachter in de wet is opgenomen.

192 Rb. Groningen 5 augustus 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BR4855, *JOR* 2011/323, m.nt. C.J. Groffen (*Doornbosch/Stichting schoorsteen Ezinge*).

zaak verbonden lasten op een derde af te wentelen, in casu de buurman op wiens perceel de afgebroken brokstukken terechtkwamen.[193] Een dergelijke problematiek kan zich bij erfpachtrechten eveneens voordoen indien op de grond opstallen zijn gesticht en deze opstallen behoren tot het gebruiksrecht, eventueel via een afhankelijk opstalrecht.

Een tweede zaak over een opstal die zonder onderhoud gevaar kon opleveren zodat de opstalhouder zijn recht niet zonder meer mocht opzeggen ging over een opstalrecht gevestigd ten behoeve van het onderhoud van een walbeschoeiing en damwand langs een bedrijvenpark met een haven.[194] De opstalhouder en exploitant van de haven zegde na een conflict met een van de grondeigenaren het opstalrecht op. Die grondeigenaar had geen bezwaar tegen de opzegging, maar vorderde in rechte herstel dan wel vervanging van de walbeschoeiing. Uitleg van de vestigingsakte, met name van het doel van vestiging, wees uit dat aan de eigendom van de damwand geen verplichting tot onderhoud jegens de grondeigenaar was verbonden[195] en dat er geen bezwaar bestond tegen de opzegging van het opstalrecht door de opstalhouder.[196] Naar het oordeel van de rechtbank kon dat op grond van art. 6:162 jo. 6:174 jo. 5:55 BW anders liggen indien het gebrek aan onderhoud zou leiden tot een gevaarzettende situatie, op grond waarvan de opstalhouder gehouden zou zijn tot het treffen van maatregelen om het gevaar op te heffen.[197] Omdat de opstalhouder er verantwoordelijk voor was dat de opstal, in dit geval de damwand, geen gevaar opleverde voor derden, diende hij bij het einde van zijn recht deze damwand in goede staat op te leveren. Nu partijen van mening verschilden over de vraag of de huidige staat van de damwand tot herstel of vervanging noopte, was de rechtbank voornemens een deskundige te benoemen om vast te stellen of de huidige staat van de damwand gevaarzettend was of niet.[198]

6.3.3 Conclusie opzegging of afstand door de erfpachter

Op grond van bovenstaande analyse concludeer ik dat de erfpachter van een recht gevestigd na 1992 bevoegd is zijn recht eenzijdig op te zeggen, tenzij die bevoegdheid in de vestigingsakte met zoveel woorden is uitgesloten. Indien de erfpachter bevoegd is tot opzegging van zijn recht hoeft hij geen grond voor opzeg-

193 De beslissing van de voorzieningenrechter sluit aan bij het algemene oordeel van Spierings dat 'bij overeenkomst afstand moet worden gedaan als afstand door de rechthebbende een directe vermogensverschuiving bij een ander teweegbrengt,' aldus Spierings 2016, p. 320.

194 Rb. Leeuwarden 14 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU8542 (*grondeigenaar/Johan Friso Bedrijvenpark*).

195 Rb. Leeuwarden 14 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU8542, r.o. 4.6: "De rechtbank stelt voorop dat de eigendom van de walbeschoeiing op (onder meer) het perceel van [A] bij JFB berust. Het opstalrecht in de akte van vestiging dient naar het oordeel van de rechtbank aldus te worden uitgelegd, dat JFB als eigenaar van deze walbeschoeiing het recht heeft om de walbeschoeiing aan te leggen, te gebruiken en te onderhouden, hetgeen door [A] dient te worden toegestaan als eigenaar van de onroerende zaak waarop het opstalrecht rust. Naar het oordeel van de rechtbank vloeit uit de akte van vestiging voor JFB dan ook geen verplichting voort jegens derden – zoals [A] – om de walbeschoeiing te onderhouden."

196 Art. 5:96 BW dat de erfpachter verplicht tot het verrichten van 'gewone (…) herstellingen' is in art. 5:104 BW niet van overeenkomstige toepassing verklaard op rechten van opstal omdat een dergelijke verplichting zich niet goed verdraagt met het eigendomsrecht van de opstal. De Jong & Ploeger 2008, p. 87 vermelden dat art. 5:96 BW uit de erfpachttitel niet van toepassing is op opstalrechten 'omdat ervan wordt uitgegaan dat de opstaller als eigenaar van de opstallen zelf zijn onderhoudsbeleid mag bepalen'.

197 Rb. Leeuwarden 14 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU8542, r.o. 4.7.

198 Rb. Leeuwarden 14 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU8542, r.o. 4.18.

ging aan te geven, maar dient hij wel de wijze van opzegging van art. 5:88 BW aan te houden. In de praktijk wordt deze opzeggingsbevoegdheid in de vestigingsakte meestal uitgesloten en over de opzegging op grond van art. 5:87 lid 1 BW heb ik dan ook geen jurisprudentie aangetroffen.

Het overgangsrecht brengt vaker een bevoegdheid tot opzeggen mee dan tot nu toe werd gedacht. Een erfpachter van een recht gevestigd voor 1992 waarbij in de vestigingsakte de bevoegdheid tot opzegging of afstand is uitgesloten, is op grond van art. 167 Overgangswet NBW niet bevoegd zijn recht eenzijdig op te zeggen. Uit recente jurisprudentie blijkt dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat een erfpachter geen mogelijkheid heeft zich tussentijds van zijn recht te bevrijden, met name in verband met de hoogte van de canon. Daarbij speelt de bestemming van het recht een rol, bij bedrijfsmatige erfpachten zal dat niet snel het geval zijn, bij rechten met een woonbestemming kan dit eerder worden aangenomen.

Indien in de vestigingsakte een bevoegdheid tot opzegging of afstand is toegekend is deze geconverteerd in de bevoegdheid van art. 5:87 lid 1 BW. Een erfpachter van een recht gevestigd voor 1992 waarbij in de vestigingsakte niets over afstand of opzegging is bepaald, is op grond van art. 167 Overgangswet NBW wel bevoegd zijn recht eenzijdig op te zeggen omdat hij naar het tijdens de vestiging geldende recht bevoegd was eenzijdig afstand van zijn recht te doen. Die bevoegdheid tot afstand is op grond van art. 167 Overgangswet NBW geconverteerd in de bevoegdheid van art. 5:78 lid 1 BW. De erfpachter of opstalhouder kan zich niet zonder meer van zijn recht ontdoen indien de opstal gebreken vertoont, bijvoorbeeld als gevolg van achterstallig onderhoud, waardoor derden schade kunnen lijden.

6.4 Beëindiging door opzegging door de erfverpachter

De wetgever heeft de erfverpachter een aantal instrumenten toegekend om de rechtsverhouding gedurende de looptijd te beëindigen, maar deze kunnen niet naar willekeur worden toegepast. De bevoegdheid tot vervallenverklaring van het erfpachtrecht door de rechter is in het NBW vervangen door een opzeggingsbevoegdheid voor de erfverpachter. Daarbij zijn de twee opzeggingsgronden van art. 780 OBW in enigszins gewijzigde vorm gehandhaafd in art. 5:87 lid 2 BW en biedt art. 5:87 lid 3 BW de mogelijkheid aanvullende opzeggingsgronden in de vestigingsakte op te nemen, mits deze niet ten nadele van de erfpachter afwijken van de dwingend voorgeschreven opzeggingsgronden.[199] Van deze bevoegdheid wordt door gemeenten en andere overheidsorganisaties gebruikgemaakt om opzegging in het algemeen belang mogelijk te maken. In de praktijk worden erfpachtrechten opgezegd door de erfverpachter omdat, kort gezegd, de erfpachter zijn verplichtingen niet nakomt of omdat de erfverpachter om redenen van algemeen belang zelf over de grond moet kunnen beschikken. Het rechtsgevolg

199 Vonck 2013, p. 236-266 besteedt uitvoerig aandacht aan de achtergrond en totstandkoming van art. 5:87 BW, waar nodig wordt daarnaar verwezen.

van een eenzijdige opzegging is dat het erfpachtrecht op grond van art. 3:81 lid 2 sub d BW tenietgaat, en dat geldt ook als de erfpachter geen kennis heeft genomen van de opzegging.[200]

In deze paragraaf wordt recente jurisprudentie besproken over de beëindiging van erfpachtrechten door opzegging door de erfverpachter op grond van art. 5:87 BW. In par. 6.4.1 worden het overgangsrecht en een aantal algemene aspecten van opzegging door de erfverpachter behandeld. Par. 6.4.2 gaat over de opzeggingsgrond wanbetaling van de canon, par. 6.4.3 over de opzegging wegens ernstig tekortschieten en par. 6.4.4 over opzegging om redenen van algemeen belang. In par. 6.4.5 wordt kort ingegaan op de gevolgen van een onrechtmatige opzegging en par. 6.4.6 sluit af met een conclusie.

6.4.1 Overgangsrecht

Art. 5:87 lid 2 BW heeft in 1992 onmiddellijke werking en dat geldt ook voor het dwingendrechtelijk karakter ervan. Omdat de Overgangswet geen bijzondere bepaling bevat over opzegging wegens wanbetaling of ernstig tekortschieten door de erfpachter in zijn verplichtingen uit het erfpachtrecht is het nieuwe recht direct van toepassing op rechten gevestigd voor 1992. Omdat het aantal erfpachtrechten dat is gevestigd voor 1992 slechts langzaam afneemt zijn vraagstukken van overgangsrecht nog regelmatig aan de orde. Zo kunnen bepalingen uit de vestigingsakte die afwijken van het bepaalde in art. 5:87 lid 2 BW na 1992 niet meer worden toegepast, bijvoorbeeld een bepaling over vervallenverklaring van het recht door de erfverpachter[201] of een opzeggingsbevoegdheid nadat de erfpachter zes maanden de canon niet heeft betaald.[202] En dat op enig moment na 1992 een nieuwe erfverpachter is aangetreden vormt geen reden voor toepassing van het NBW, die toepassing berust uitsluitend op het overgangsrecht.[203]

Op grond van art. 166 Overgangswet NBW blijft de beëindigingsregeling van art. 766 jo. 783 OBW na 1 januari 1992 van toepassing op oude rechten.[204] Indien in een oude vestigingsakte dus geen bijzondere bepalingen over het einde van het erfpachtrecht zijn opgenomen, kan de erfverpachter ook daarna nog op grond van

200 Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2020 (*erfpachter/notaris*). Een erfpachter die ten tijde van de opzegging onvindbaar was, zodat het exploot van opzegging openbaar was betekend, klaagde vergeefs de notaris aan wegens onvoldoende zorgvuldig onderzoek.

201 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 4 augustus 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU0486 (*Capelle aan den IJssel/erfpachter*), r.o. 4.1.1 waarin de voorzieningenrechter de regeling van de vervallenverklaring uit de vestigingsakte opzij zette en de opzegging toetste aan art. 5:87 lid 2 BW.

202 Rb. Den Haag 28 november 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AD6497 (*Rijswijk/Haags Tennis Centrum*) en Hof Den Haag 10 juli 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AN8025, *KG* 2003/232 (*Rijswijk/Haags Tennis Centrum*). De voorzieningenrechter wees het beroep op de bepaling uit de vestigingsakte dat het recht vervallen kon worden verklaard nadat de erfpachter zes maanden de canon niet had betaald af. Het hof oordeelde in hoger beroep dat de opzegging geldig was omdat de canonachterstand op het moment dat de bevoegdheid tot opzegging werd uitgeoefend meer bedroeg dan tweemaal de jaarcanon.

203 Rb. Middelburg 12 juli 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY5812 (*Vakantie-Eiland Braakman/erfpachters*), r.o. 4.4.

204 Art. 166 Overgangswet NBW: "Op een erfpacht aangevangen vóór het tijdstip van het in werking treden van de wet, blijft artikel 766 van het vóór dat tijdstip geldende Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing; de opzegging moet echter bij exploit geschieden." Dit geldt op grond van art. 171 Overgangswet NBW ook voor een recht van opstal.

het oude recht opzeggen, naast de opzeggingsgronden van art. 5:87 lid 2 BW.[205] Dit bleek bijvoorbeeld bij een zaak waarover geoordeeld werd door de rechtbank Dordrecht.[206] Het betreffende recht van erfpacht was gevestigd in 1906 tegen een canon van *f* 12,- per jaar. In 2001 was een nieuwe erfverpachter aangetreden die niet voldeed aan het verzoek van de erfpachter om aan geven op welke rekening de canon kon worden overgemaakt, beslag legde op de woning en het erfpachtrecht en vervolgens het recht opzegde wegens wanbetaling van de canon gedurende twee jaar. De erfpachter betaalde twee dagen later *f* 24,- en vorderde in kort geding opheffing van het beslag waarop de erfverpachter enige maanden later nogmaals het recht opzegde, nu op grond van art. 783 jo. 766 OBW jo. 166 Overgangswet NBW. De rechtbank beoordeelde deze opzegging als rechtsgeldig.[207]

Volgens de erfpachter kon het erfpachtrecht niet worden opgezegd omdat het in de vestigingsakte als 'altijddurend' werd aangeduid, wat betekende dat het een eeuwigdurend recht was en niet kon worden opgezegd.[208] De vestigingsakte gaf de erfverpachter echter tevens een ruime bevoegdheid tot opzegging wegens wanprestatie zodat het erfpachtrecht naar het oordeel van de rechtbank moest worden aangemerkt als een recht voor onbepaalde tijd:

> "6. De erfpachter is verplicht alle de op dat contract of bij de wet aan hem opgelegde verplichtingen stipt na te komen op straffe ener dubbele canon over het jaar waarin de overtreding voorvalt (…). *De grondeigenaar heeft in zodanig geval bovendien het recht om de erfpacht dadelijk te doen eindigen* in welk geval alle getimmerden en beplantingen op den in erfpacht uitgegeven grond aanwezig, zonder enige vergoeding, eigendom worden van den grondeigenaar."[209]

Het is de vraag of het recht in dit geval op grond van art. 766 OBW kon worden opgezegd omdat bovenstaande bepaling moeilijk anders gelezen kan worden dan als een bevoegdheid tot opzegging door de erfverpachter ingeval de erfpachter zijn verplichtingen uit het erfpachtrecht niet nakomt. Daarmee is het een bijzondere bepaling over het eindigen van het recht en kan niet worden toegekomen aan opzegging op grond van art. 766 OBW.[210] In dit geval kon uitsluitend de opzeggingsbevoegdheid uit de vestigingsakte, geconverteerd in een opzegging krachtens art. 5:87 lid 2 BW, worden toegepast en aan de vereisten daarvan werd ten tijde van de tweede opzegging door de erfverpachter niet voldaan. Naar mijn

---

205 PG Overgangsrecht BW, p. 145 (MvA Inv.): "Men lette erop dat artikel 166 tot gevolg heeft dat de eigenaar aan artikel 766 een bevoegdheid tot opzegging blijft ontlenen, evenwel zonder uit te sluiten dat daarnaast met toepassing van het nieuwe recht kan worden opgezegd, zowel door de eigenaar als de erfpachter." Zie ook Rb. Arnhem 13 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT5951 (*Stichting Fort bij Pannerden/Staatsbosbeheer*), r.o. 4.

206 Rb. Dordrecht 15 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM1463 (*erfverpachters/erfpachter*).

207 Rb. Dordrecht 15 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM1463, beoordeling in conventie en reconventie: "Gelet hierop is de opzegging van [de grondeigenaren] bij exploot van 4 februari 2002 rechtsgeldig, met dien verstande dat deze opzegging -gezien de in artikel 766 oud BW genoemde termijn van (minimaal) een jaar- aldus moet worden begrepen dat wordt opgezegd tegen 4 februari 2003."

208 Dit is onjuist. Een eeuwigdurend erfpachtrecht is in beginsel opzegbaar tenzij in de vestigingsakte tevens is bepaald dat het recht niet opgezegd kan worden, vgl. HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, *JOL* 2007/311 (*Bichon van IJsselmonde c.s./Roos*), waarover Mouthaan 2007.

209 Rb. Dordrecht 15 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM1463, onder feiten. Nadruk toegevoegd.

210 Vergelijk Rb. Zeeland-West-Brabant 3 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6505 (*erfpachter/Schouwen-Duiveland*), r.o. 4.2 over een altijddurend recht gevestigd in 1924. Art. 766 OBW was hierop niet van toepassing nu een bepaalde duur van het recht was afgesproken en bovendien in de vestigingsakte bepalingen over beëindiging van het recht waren afgesproken.

mening had de rechtbank de opzegging wegens tijdsverloop niet rechtsgeldig mogen verklaren.

De opzeggingsbevoegdheid van de erfverpachter na verloop van minimaal dertig jaar van art. 766 OBW bestaat dus alleen als er geen bepaling in de vestigingsakte is opgenomen omtrent het eindigen van het recht. De betekenis van 'indien geene bijzondere bedingen of bepalingen omtrent het eindigen van het regt van opstal gemaakt zijn' wordt in de literatuur soms ruim uitgelegd als *geen* bepalingen en soms minder ruim als *geen bijzondere* bepalingen.[211] De afwezigheid van afspraken over de duur van het recht betekent volgens sommigen dat het recht voor onbepaalde duur is uitgegeven, maar niet voor eeuwig.[212] Naar mijn mening geldt art. 766 OBW op grond van het overgangsrecht zowel indien geen duur voor het recht is afgesproken als wanneer geen andere wijze van eindigen van het recht in de vestigingsakte is opgenomen. Het artikel is bedoeld als vangnetbepaling voor het geval partijen geen regeling hebben getroffen. Een reden om art. 766 OBW toepassing te laten behouden voor oude rechten naast de beëindigingsmogelijkheden uit het nieuwe BW was namelijk dat de erfverpachter mogelijk op deze bepaling had vertrouwd en daarom geen opzeggingsbevoegdheid in de vestigingsakte had opgenomen:

> "Nu echter is het de eigenaar die bescherming behoeft: zijn *wettelijke* bevoegdheid tot opzegging na 30 jaren vervalt, terwijl hij zich mogelijk – een wellicht theoretisch geval – bij de akte geen opzeggingsrecht heeft voorbehouden (art. 5.7.1.2a lid 3 nieuw) en evenmin de duur van de erfpacht in de akte is vastgesteld (art. 5.7.1.2 nieuw), in vertrouwen op art. 766."[213]

Het vertrouwen op art. 766 OBW betreft de situatie dat in de vestigingsakte de duur van het erfpachtrecht niet is bepaald en vormt eveneens het vangnet voor het geval een erfverpachter in de vestigingsakte geen opzeggingsbevoegdheid heeft bedongen. In beide gevallen kan de erfverpachter het recht op grond van art. 766 OBW beëindigen. Indien omgekeerd, in de vestigingsakte wel een duur van het recht is bedongen en/of wel een opzeggingsbevoegdheid voor de erfverpachter is bepaald, mist art. 766 OBW dus toepassing. Dat moet na 1992 nog steeds het geval zijn.

Het komt voor dat een erfpachter pas na een opzegging bij exploot de achterstallige canon betaalt. In een zaak over een erfpachtrecht op een perceel op de Velu-

211 Asser/Scholten 1945, p. 307: "Bestaat er geen bepaling omtrent het eindigen van het recht van opstal, dan kan zulks plaats hebben: e. door opzegging door den eigenaar, doch niet vroeger dan na verloop van dertig jaren (…) (art. 766). Deze bepaling is in de plaats getreden van voormeld art. 798 van het Wetboek van 1830." Daarover: "Art. 798 W.v.1830 bepaalde, dat het recht van opstal voor niet langer dan 50 jaren mocht worden gevestigd, behoudens de bevoegdheid om het te vernieuwen. Dit verbod is bij de herziening weggelaten, omdat er geen overwegende reden scheen te bestaan partijen ten deze te binden, ja zelfs de bepaling belemmerend zou kunnen werken." Bij de behandeling van het erfpachtrecht wordt eenvoudig naar deze pagina's verwezen.

212 Pitlo 1949, p. 323. Asser/Beekhuis 1963, p. 273: "Is het recht van erfpacht voor onbepaalde tijd gevestigd, dan kan – behoudens afwijkende regeling van partijen – de eigenaar het recht eerst na verloop van 30 jaar opzeggen (…). Bij eeuwigdurende erfpacht is opzegging door de eigenaar uiteraard uitgesloten, zodat art. 766 dan niet van toepassing is. Evenmin slaat art. 766 op rechten, die vóór 1838 reeds verkregen waren." Treurniet 1957, p. 131: "Het voor onbepaalde tijd gevestigde erfpachtsrecht kan na verloop van 30 jaren door de eigenaar worden opgezegd (art. 766 jo art. 783 B.W.)." Een eeuwigdurend erfpachtrecht werd beschouwd als een recht van bepaalde duur.

213 PG Overgangsrecht BW, p. 145. Nadruk in origineel.

we met daarop een recreatiebungalow betaalde de erfpachter de achterstallige canon over drie achtereenvolgende jaren pas nadat de erfverpachter bij exploot het recht had opgezegd.[214] Omdat de opzegging echter niet binnen de termijn van acht dagen was betekend aan de in de openbare registers ingeschreven hypotheekhouder, kon de bewaarder op grond van art. 5:88 lid 2 BW de opzegging niet inschrijven in de openbare registers en was de opzegging in de woorden van de rechtbank 'absoluut nietig'.[215] Art. 5:87 lid 2 BW bepaalt immers dat de opzegging op straffe van nietigheid binnen acht dagen moet worden betekend aan degenen die als beperkt gerechtigde of beslaglegger op de erfpacht in de openbare registers staan ingeschreven. De rechtbank haalde de parlementaire geschiedenis aan voor het vereiste van betekening van een opzegging aan beperkt gerechtigden, om aan te tonen dat de voorschriften van art. 5:87 en 5:88 BW ook van toepassing zijn op rechten gevestigd voor 1992.[216] Dat volgt reeds uit de onmiddellijke werking van art. 5:87 BW. Betekening aan ingeschreven beperkt gerechtigden vormt dus een constitutief vereiste voor de opzegging van een erfpachtrecht, niet de eventuele inschrijving van de opzegging. Die inschrijving is wel raadzaam in verband met de rechtstoestand van onroerende zaken en in dit geval werd het nalaten van de betekening ontdekt bij het aanbieden van de opzegging ter inschrijving in de openbare registers.

Vonck heeft betoogd dat de bedoeling van de wetgever met de betekening als gevolg van de formulering van de wettekst niet tot zijn recht komt en heeft een wetswijziging voorgesteld met het doel dat beperkt gerechtigden en beslagleggers kennisnemen van het voornemen tot opzegging en daarmee de mogelijkheid hebben de tekortkoming ongedaan te maken en beëindiging van het recht te voorkomen.[217] Dit voorstel verdient ondersteuning, mede omdat de herstelmogelijkheid van art. 780 en 781 OBW in het NBW onbedoeld niet is teruggekomen.[218] Dat betekent dat onder het NBW de erfverpachter niet langer verplicht is de erfpachter in de gelegenheid te stellen alsnog zijn verplichtingen na te komen. Deze wijziging lijkt de wetgever niet te hebben bedoeld.

Volgens Vonck vereisen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dat de erfverpachter de erfpachter zo mogelijk in de gelegenheid moet stellen alsnog na te komen omdat nakoming van de verzuimde verplichting voor de erfpachter in het algemeen veel minder bezwaarlijk zal zijn dan een opzegging van de rechtsverhouding. Bij nakoming lijdt de erfverpachter geen nadeel omdat hij krijgt waar

214 Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI0365, *RVR* 2009/68 (*erfverpachter/deurwaarder*). In deze procedure klaagde de erfverpachter de door zijn advocaat ingeschakelde deurwaarder aan wegens een beroepsfout.

215 Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI0365, r.o. 6.10.

216 PG Overgangsrecht BW, p. 145. Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI0365, r.o. 6.7.

217 Vonck 2013, p. 281-283. Deze aanbeveling wordt ondersteund door Bartels e.a. 2016, p. 339-343. Dit voorstel is in 2017 in de vorm van een voorstel tot wetswijziging aan betrokken partijen voorgelegd.

218 Art. 780 OBW: "(…) De vervallenverklaring kan ook worden uitgesproken ter zake van wanbetaling der erfpacht (…) nadat de erfpachter vruchteloos tot de betaling bij behoorlijk exploit zal zijn aangemaand, ten minste zes weken vóór het aanvangen der regtsvordering." Art. 781 OBW: "De erfpachter zal de vervallenverklaring, uit hoofde van aan het goed toegebragte schade of misbruik van genot, kunnen verhinderen, wanneer hij de zaken in haren vorigen staat herstelt, en voor het vervolg voldoende zekerheid geeft." Over het wegvallen van de verplichte aanmaning die de erfpachter dan wel een beperkt gerechtigde in staat stelde de beëindiging van het recht door vervallenverklaring te voorkomen, zie onder meer Vonck 2013, p. 244. Ook deze omissie zal in het eerder genoemde voorstel tot wetswijziging worden hersteld.

hij recht op heeft.[219] Het ligt naar zijn mening in de aard van de bevoegdheid tot opzegging van de erfverpachter dat bij de uitoefening daarvan het belang van de erfpachter bij het behoud van het recht voorop moet staan en het blijkt bovendien uit de wetsgeschiedenis van de opzeggingsregeling. Door de bevoegdheid tot opzegging te verbinden aan ernstig tekortschieten vereist de wet proportionaliteit en geldt een strenge subsidiariteitstoets die eruit bestaat dat eerst een minder bezwaarlijke oplossing dan beëindiging van het recht moet worden gevonden. Die minder bezwaarlijke oplossing bestaat dan uit nakoming van zijn verplichtingen door de erfpachter. In de hierna te behandelen jurisprudentie over opzegging van erfpachtrechten wordt onderzocht of de stelling van Vonck een rol speelt in de beoordeling.

6.4.2 Opzegging wegens wanbetaling canon

De eerste opzeggingsgrond uit art. 5:87 lid 2 BW betreft het geval dat de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen. In het algemeen wordt in de jurisprudentie aan de regels over opzegging wegens wanbetaling van de canon strikt de hand gehouden. Indien de erfverpachter de achterstallige betalingen kan aantonen en de erfpachter daar geen geldig verweer tegen inbrengt, wordt vrijwel altijd geoordeeld dat de opzegging om deze reden rechtsgeldig is verricht, het recht is geëindigd en de erfpachter zijn daaruit voortvloeiende verplichting tot ontruiming van het perceel dient na te komen. Als het eenmaal tot een rechtszaak komt is er vaak meer aan de hand dan alleen canonachterstand, maar die grond kan reeds voldoende zijn voor beëindiging van het recht.[220] De wettekst laat enige ruimte voor de beoordeling van de omstandigheden van het geval in dat vereist is dat de erfpachter in verzuim is.[221] De wettelijke termijn voor de wanbetaling die beëindiging van het recht rechtvaardigt is verkort van vijf naar twee jaar en vervallenverklaring door de rechter is vervangen door opzegging door de erfverpachter. De bevoegdheid van de erfverpachter het erfpachtrecht in het openbaar te verkopen wegens wanbetaling van de canon is een vorm van beëindiging die niet vaak tot rechtszaken leidt, maar wel behoort tot de instrumenten waarmee de erfverpachter verhaal heeft voor canonachterstanden.[222] De vestigingsakte kan fungeren als executoriale titel indien voldaan is aan het vereiste van art. 430 Rv dat de achterstallige canonverplichtingen duide-

219 Vonck 2013, p. 247-248.

220 Bijvoorbeeld Rb. Alkmaar 10 juni 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM7307 (*Staatsbosbeheer/erfpachter*). In dit geval had de erfverpachter een heel arsenaal aan executoriale maatregelen nodig om de erfpachter tot ontruiming van de woning met vijf percelen grasland te Texel te bewegen.

221 Vonck 2013, p. 259: "Het verzuimvereiste zorgt ervoor dat ook een opzegging in geval van wanbetaling van de canon in beginsel pas toelaatbaar is nadat de eigenaar zich ervoor heeft ingezet alsnog betaling van de erfpachter te ontvangen. Op grond van art. 6:82 lid 1 BW treedt verzuim immers pas in beginsel na een ingebrekestelling in." Omdat de vestigingsakte vrijwel altijd een fatale termijn voor canonbetaling bevatte zal volgens art. 6:83 aanhef en sub a BW geen ingebrekestelling vereist zijn, tenzij de erfpachter kan aantonen dat de betalingstermijn een andere strekking heeft. Volgens Vonck speelt bij de beoordeling van de strekking van de betalingstermijn ook de hoogte van de canon een rol, bij een substantiële canon zal de betalingstermijn eerder bedoeld zijn als fatale termijn dan bij een zeer lage canon.

222 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 15 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6276 (*erfpachter/Grondvermogen*).

lijk uit die akte blijken.[223] Uit de verkoopopbrengst wordt dan de achterstallige canon voldaan.

Hieronder volgt een bespreking van recente jurisprudentie over opzegging wegens wanbetaling waarbij ik zal nagaan welke betekenis wordt gehecht aan het verzuim van de erfpachter en of de hoogte van de canon, de duur van het verzuim en de verwachting of in de toekomst alsnog zal worden nagekomen een rol spelen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de opzegging en of de erfpachter een herstelmogelijkheid moet worden gegeven.

6.4.2.1 Canonbetaling na opzegging

De canonachterstand wordt beoordeeld naar het moment van het uitbrengen van het exploot van opzegging, dus ex tunc, wat betekent dat een latere betaling van de achterstand niet wordt meegewogen. Erfpachters die na het exploot van opzegging alsnog de achterstand voldoen stellen regelmatig dat de opzegging door de betaling grondslag ontbeert. Een voorbeeld vormt de tweede procedure in de zaak van de nietige opzegging omdat deze niet was betekend aan de beperkt gerechtigden. Hierin kwam de vraag aan de orde of de erfverpachter na ontdekking van de gebrekkige opzegging nog een tweede keer kon opzeggen.[224] De rechtbank oordeelde dat de erfverpachter door het recht bij exploot op te zeggen te kennen had gegeven dat hij niet langer betaling van de canon wenste, maar beeindiging van het recht. Dan zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid jegens de erfverpachter onaanvaardbaar zijn als hij zijn voornemen tot opzegging niet zou kunnen uitvoeren.[225] Dit is een strikte redenering waarin het belang van de erfverpachter prevaleert boven dat van de erfpachter. Uit het vonnis kan niet worden afgeleid of er nog andere omstandigheden een rol speelden bij de beslissing van de erfverpachter het recht op te zeggen, maar in wezen doen die er niet meer toe. Als de opzegging geldig is verricht is het recht geëindigd, ook als de erfpachter twee dagen later de achterstand heeft betaald. De gebrekkige betekening was een fout van de deurwaarder die de erfverpachter niet kon worden aangerekend en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid werden

223 Zie bijvoorbeeld ook art. 31 Algemene bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 van de gemeente Amsterdam: "Op de dag waarop het erfpachtrecht eindigt, moet de erfpachter het perceel en de opstallen hebben ontruimd. Als dat niet is gebeurd, zal de gemeente de ontruiming op grond van de grosse van de akte van vestiging in gang kunnen zetten." Eenzelfde bepaling is sinds 1896 opgenomen in alle algemene erfpachtvoorwaarden van de gemeente Amsterdam, ondanks dat niet voor iedere verplichting van de erfpachter uit de vestigingsakte blijkt wanneer deze daar zo ernstig in is tekortgeschoten dat opzegging van het recht gerechtvaardigd is.

224 Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI1630 (*erfverpachter/advocaat*).

225 Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI1630, r.o. 6.18-6.20: "Als uitgangspunt heeft te gelden dat het verzuim eindigt op het moment dat de schuldenaar zijn verbintenis alsnog nakomt. In deze zaak speelt echter de bijzonderheid dat [de grondeigenaar] door middel van een exploot heeft proberen op te zeggen. *Hieruit hebben [de erfpachters] moeten begrijpen dat [de grondeigenaar] niet langer nakoming van de verbintenis om canon te betalen wenste maar de erfpacht wilde beëindigen. De omstandigheid dat de opzegging nietig was, maakt dit niet anders*. De mislukte poging de erfpacht door middel van opzegging te beëindigen, brengt mee dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat [de erfpachters] ook na de (nietige) opzegging bevoegd zouden zijn het verzuim te zuiveren door alsnog na te komen. Vergelijk Parl. Gesch. Boek 6, p. 307: 'Voorts kunnen redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de bevoegdheid tot nakoming eindigt, wanneer de schuldeiser heeft medegedeeld geen nakoming meer te wensen, maar zich nog te willen beraden over de vraag of hij vervangende schadevergoeding wil vorderen dan wel de overeenkomst wil ontbinden' (r.o. 6.18). Of de erfpacht ook nu nog door opzegging tot een einde kan komen, is een vraag die in deze procedure niet voorligt (r.o. 6.19). De erfpacht had na ontdekking van de fout dus nog door middel van een tweede opzegging tot een einde kunnen komen (…) (r.o. 6.20)." Nadruk toegevoegd.

ingezet om de erfverpachter alsnog in de toestand te brengen waarin hij zonder de fout van de deurwaarder verkeerd zou hebben. Door meer dan twee jaar de canon niet te betalen hadden de erfpachters hun rechten verspeeld. Niet van belang was of hen voorafgaand aan de opzegging per exploot een termijn was gegund om de achterstand alsnog te voldoen.

Andere uitspraken bevestigen dat canonbetalingen gedaan na de opzegging daaraan de grondslag niet ontzeggen. In de zaak van het Haags Tennis Centrum werden betalingen gedaan na de opzegging buiten beschouwing gelaten bij de beoordeling of de opzegging rechtsgeldig was gedaan.[226] Hetzelfde gold voor de zaak waarbij de canon slechts *f* 12,- per jaar bedroeg.[227] Indien de erfverpachter zijn opzeggingsbevoegdheid misbruikt is de opzegging onrechtmatig en speelt de vraag of na de opzegging de achterstallige canon is betaald geen rol.[228] Hetzelfde geldt indien de opzegging nietig is wegens het nalaten deze te betekenen aan de ingeschreven beperkt gerechtigden en beslagleggers.[229] In het laatste geval werd nog expliciet geoordeeld dat betaling op grond van maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aan een tweede opzegging in de weg stond.

In de drie in par. 6.4.3.5 nader te behandelen Schatzenberg-zaken werd echter in eerste aanleg en in hoger beroep geoordeeld dat betaling nadat het exploot van opzegging was uitgebracht, maar voordat de rechter uitspraak had gedaan, en wel een betaling ter zitting bij de voorzieningenrechter inclusief de explootkosten, tot gevolg had dat de opzeggingsgrond wanbetaling niet meer rechtsgeldig kon worden aangevoerd.[230] Dit oordeel is afwijkend van bovenstaande rechtspraak en hangt mogelijk samen met het feit dat aan de opzegging naast wanbetaling van de canon ook ernstig tekortschieten ten grondslag werd gelegd en dat het ging om een symbolische canon van *f* 1,- per jaar, zodat geen sprake kon zijn van betalingsonmacht. In geen van de gevallen oordeelde de rechter dat sprake was van ernstig tekortschieten terwijl het hof tot het voorlopig oordeel kwam dat de erfverpachter niet gerechtigd was tot de gehele canonachterstand en onder die omstandigheden zou opzegging wegens wanbetaling van een symbolische canon ongerijmd zijn. Bij een marktconforme canon zou ongetwijfeld anders zijn geoordeeld.

Betaling van de achterstallige canon door de erfpachter na ontvangst van het exploot van opzegging is verschuldigd betaald maar doet de (bevoegdheid tot) opzegging niet tenietgaan. In bijzondere omstandigheden kan het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn een te late betaling van

226 Hof Den Haag 10 juli 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AN8025, *KG* 2003/232 (*Rijswijk/Haags Tennis Centrum*).
227 Rb. Dordrecht 15 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM1463 (*erfverpachters/erfpachter*).
228 Rb. Roermond 2 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BG0625, *NJF* 2008/444 (*Dienst Landbouwkundig Onderzoek/Coöperatieve Ned. Champignonkwekersvereniging*).
229 Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI0365, *RVR* 2009/68 (*erfverpachter/deurwaarder*) en Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI1630 (*erfverpachter/advocaat*).
230 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6771 (*Tennisvereniging Schatzenburg/Schatzenburg*), r.o. 5.2: "De tennisvereniging heeft niet betwist dat zij de achterstallige canon over de jaren 2001, 2002 en 2003 niet aan Schatzenburg heeft betaald, zodat de erfpachtsovereenkomst op 12 mei 2004 rechtsgeldig vervallen verklaard kon worden. Tijdens de terechtzitting heeft de tennisvereniging aangeboden de achterstallige canon, vermeerderd met de betekeningskosten van de vervallenverklaring, te betalen. Zij heeft vervolgens aan het einde van de zitting de achterstallige canon en de betekeningskosten aan Schatzenburg betaald, *zodat de oorzaak van de vervallenverklaring is weggenomen*." Nadruk toegevoegd.

een (symbolische) canon buiten beschouwing te laten bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een opzegging. Bijvoorbeeld indien beide partijen belang hebben bij voortzetting van het erfpachtrecht. De duur van het verzuim lijkt geen rol te spelen en ten aanzien van canonbetaling wordt geen waarde gehecht aan de verwachting dat de verplichting in de toekomst wel zal worden nagekomen. Of de erfpachter ten aanzien van de canonbetaling was aangemaand en gelegenheid had gekregen alsnog te betalen, kwam in deze rechtszaken niet aan de orde.

6.4.2.2 Opzegging door nieuwe erfverpachter

In het geval een erfverpachter de blote eigendom overdraagt en de erfpachter een achterstand heeft in de canonbetaling, geldt dat de voorgaande en de opvolgende erfverpachter ieder een eigen vordering op de erfpachter hebben voor de canonbedragen die opeisbaar zijn geworden tijdens hun respectievelijke eigendom. De canonverplichting is een kwalitatieve verplichting van de erfpachter[231] waaruit op het moment van opeisbaar worden een persoonlijke verbintenis voortvloeit jegens degene die op dat moment als erfverpachter gerechtigd is de canonbetaling te ontvangen. Dit is alleen anders indien bij de overdracht is afgesproken dat de vordering ten aanzien van de achterstallige canon door middel van cessie overgaat op de verkrijger van de blote eigendom. Als een nieuwe erfverpachter een bestaand recht wil opzeggen wegens wanbetaling van de canon zonder dat achterstallige canonbetalingen via cessie aan hem zijn overgedragen, dient hij minimaal twee jaar te wachten zodat de erfpachter ook daadwerkelijk minimaal twee achtereenvolgende jaren in verzuim is de canon aan hem te betalen. De erfverpachter is in beginsel niet gerechtigd tot de ontvangst van canonbedragen die opeisbaar waren geworden in de periode voordat hij eigenaar werd.

In de drie in par. 6.4.3.5 te behandelen Schatzenberg-zaken oordeelde het hof dat de grondslag wanbetaling in geen van de drie gevallen opging omdat de erfverpachter slechts gerechtigd was tot een canonachterstand van een jaar en dat opzegging van het erfpachtrecht op deze grond naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moest worden geacht.[232] In een tweede geval was de achterstallige canon over drie jaar slechts over een jaar aan de nieuwe erfverpachter verschuldigd en was de termijn waarna de opzeggingsgrond zou intreden ten tijde van de opzegging nog niet verstreken.[233] Ook in het derde geval was de achterstallige canon over twee jaar slechts over een jaar aan de nieuwe erfver-

231 PG Boek 5 BW, p. 300-303. Asser/Sieburgh *6-III* 2018/544 spreekt over een vorderingsrecht dat aan een bepaalde goederenrechtelijke kwaliteit is verbonden, 'zoals bijvoorbeeld het recht van de eigenaar op betaling van de erfpachtscanon (art. 5:85 BW). De overgang hiervan vloeit uit de regels van het goederenrecht voort'.

232 Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8799 (*Schatzenburg/Tennisvereniging Schatzenburg*), r.o. 4.4: "Het enkele feit dat de Tennisvereniging de aan Schatzenburg verschuldigde canon van *f* 1,-- over het jaar 2003 medio mei 2004 nog niet had voldaan, is naar 's hofs voorlopig oordeel, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, onvoldoende reden om het erfpachtrecht vervallen te verklaren."

233 Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8802 (*Schatzenburg/Voetbalvereniging Dronrijp*), r.o. 4.4: "De canon over het jaar 2003 diende ingevolge het bepaalde in de erfpachtakte (uiterlijk) op 1 januari 2004 te zijn voldaan. Ten tijde van de opzegging medio mei 2004 was derhalve de termijn van 24 maanden, vermeld in de eerste volzin van artikel 8 van die akte, nog niet verstreken, zodat deze grond voor opzegging zich in casu (nog) niet voordeed."

pachter verschuldigd en was de termijn waarna de opzeggingsgrond zou intreden ten tijde van de opzegging nog niet verstreken.[234]

Voor de omgekeerde situatie van de overdracht van het erfpachtrecht bepaalt art. 5:92 lid 2 BW dat de verkrijger en zijn rechtsvoorganger hoofdelijk verbonden zijn voor de door de rechtsvoorganger verschuldigde canon die in de voorafgaande vijf jaren opeisbaar is geworden. Op grond van lid 3 van deze bepaling kan worden afgezien van hoofdelijke verbondenheid of een kortere periode worden afgesproken, maar geen langere. Deze hoofdelijke verbondenheid vormt een extra risico voor de koper van een erfpachtrecht.[235] Ten aanzien van opzegging wegens wanbetaling van de canon geldt de goederenrechtelijke regeling van titel 5.7 BW, zo nodig aangevuld met verbintenissenrecht voor opeisbare betalingsverplichtingen.

6.4.3 Opzegging wegens ernstig tekortschieten

De tweede opzeggingsgrond van art. 5:87 lid 2 BW betreft het door de erfpachter in ernstige mate tekortschieten in de nakoming van zijn andere verplichtingen uit hoofde van het erfpachtrecht dan canonbetaling. Onder *zijn* verplichtingen in de zin van art. 5:87 lid 2 BW vallen alleen zakelijke verplichtingen van de erfpachter. Zuiver obligatoire verplichtingen kunnen uiteraard tussen partijen worden overeengekomen en in de vestigingsakte worden opgenomen, maar kunnen geen grond voor opzegging van een zakelijk recht zijn. Het is in strijd met de *numerus clausus* als overeenkomsten goederenrechtelijk effect hebben, dus als een overeenkomst kan leiden tot het einde van een beperkt recht van erfpacht met de daarop gevestigde beperkte rechten.[236] In deze paragraaf onderzoek ik recente jurisprudentie over opzegging wegens ernstig tekortschieten en zal daarbij nagaan of sprake is van verplichtingen van zakelijke of obligatoire aard.[237]

Bij de opzegging wegens ernstig tekortschieten dienen de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht genomen te worden.[238] Niet altijd is het meest ingrijpende middel, beëindiging van de rechtsverhouding, de meest geëigende oplossing voor een geschil. Bij de beoordeling of sprake is van een ernstig tekortschieten dient onder meer rekening gehouden te worden met verwachtingen voor

---

234 Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8808 (*Schatzenburg/Voetbalvereniging Foarút*), r.o. 4.4: "De canon over het jaar 2003 diende ingevolge het bepaalde in de erfpachtakte (uiterlijk) op 1 januari 2004 te zijn voldaan. Ten tijde van de opzegging medio mei 2004 was derhalve de termijn van 24 maanden, vermeld in de eerste volzin van artikel 8 van die akte, nog niet verstreken, zodat deze grond voor opzegging zich in casu (nog) niet voordeed."

235 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:32 (*koper erfpachtrecht/notaris*). Na een complexe vastgoedtransactie werd de nieuwe erfpachter aangesproken door de erfverpachter voor door zijn rechtsvoorganger onbetaald gelaten canon, waarna de koper de notaris die de levering verzorgde voor de tuchtrechter daagde wegens schending van zijn zorgplicht. Het hof oordeelde dat de notaris vanuit zijn regiefunctie bij de levering had moeten informeren bij de erfverpachter of had moeten verifiëren bij de koper dat deze daar onderzoek naar had gedaan.

236 Vonck 2013, p. 242-243. Bartels sluit zich bij deze opvatting aan, Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/239.

237 Vgl. Tweehuysen 2017, p. 93-100, die tot de conclusie komt dat de omstandigheden van het geval doorslaggevend zijn en dat in het algemeen de drempel voor ernstig tekortschieten niet erg hoog wordt gelegd. Factoren die meewegen voor het aannemen van een ernstige tekortkoming bestaan uit (i) de kans op het ontstaan van schade (ii) het feit dat een verplichting wordt geschonden die de kern van het erfpachtrecht raakt, of (iii) de medewerking van de erfpachter aan het (voort)bestaan van de met de erfpachtakte strijdige situatie.

238 Vonck 2013, p. 244-250.

de toekomst. Als het tekortschieten naar verwachting binnen korte tijd zal eindigen is een opzegging minder snel gerechtvaardigd, aldus Vonck.[239] De omstandigheden van het geval zijn hierbij van belang, onder meer de bestemming van het erfpachtrecht en de vraag of het ernstig tekortschieten de erfpachter kan worden verweten.[240] Daarnaast is van belang welke plaats de geschonden verplichting volgens de vestigingsakte inneemt in de gehele erfpachtverhouding. Ten aanzien van een essentiële verplichting die voor partijen van bijzonder belang is en reden vormde om het recht te vestigen zal opzegging bij niet nakomen eerder gerechtvaardigd zijn dan wanneer het om een ondergeschikte verplichting gaat.[241] Ik zal bij het bespreken van recente jurisprudentie over opzegging van een erfpachtrecht door de erfverpachter nagaan of deze door Vonck geïdentificeerde criteria worden toegepast en in welke mate bij het oordeel over de bevoegdheid tot opzegging rekening wordt gehouden met de verwachting of het tekortschieten zich in de toekomst zal herhalen, de verwijtbaarheid van het tekortschieten, de afgesproken bestemming en het belang van de geschonden verplichting in de rechtsverhouding als geheel. Daarnaast zal ik bekijken of de rechter belang hecht aan het geven van gelegenheid aan de erfpachter tot alsnog nakomen en of het belang van de erfpachter bij behoud van zijn recht bij het oordeel over de opzegging wordt meegewogen.

Een voorbeeld van een geval waarin schending van de verplichtingen leidde tot een vordering tot nakoming, is de zaak van een erfpachter van een recreatiebungalow die deze jaren achtereen verhuurde aan seizoenarbeiders, zonder toestemming van de erfverpachter of ontheffing van de gemeente.[242] De voorzieningenrechter oordeelde dat de inhoud van het recht wordt bepaald door de vestigingsakte en dat sprake was van permanente bewoning door huurders die overlast veroorzaakten aan omwonenden en wees de ontruiming toe wegens handelen in strijd met de bestemming uit de vestigingsakte. De erfverpachter had ook gebruik kunnen maken van zijn opzegbevoegdheid, bijvoorbeeld op grond van wanbetaling van de canon, maar koos voor nakoming van de gebruiksvoorwaarden. Opzegging van het erfpachtrecht wegens wanbetaling zou, gezien bovenstaande jurisprudentie, waarschijnlijk zijn toegewezen.

De verplichting tot het gebruik van de onroerende zaak conform de afgesproken bestemming is een goederenrechtelijke verplichting voor de erfpachter die volgt uit art. 5:89 lid 2 BW en uit de vestigingsakte, net als het verbod de bestemming

239 Vonck 2013, p. 248-249. Anders: Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI1630 (*erfverpachter/advocaat*), waarover Daverschot 2016.

240 Vonck 2013, p. 250. Vgl. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:87 BW, aant. 2.2: 'Ernstige mate van tekortschieten' (online, bijgewerkt 1 augustus 2018) waarin als een van drie criteria voor ernstig tekortschieten wordt genoemd de houding van de erfverpachter in de aanloop naar de beëindiging. De andere criteria zijn de verwachting voor de toekomst en de mate waarin de verplichting een kernbepaling binnen de erfpachtverhouding is. Bartels e.a. 2016, p. 339-346 sluiten zich bij deze opvatting aan en onderschrijven het voorstel tot wijziging van art. 5:87 BW.

241 Vonck 2013, p. 256.

242 Rb. Gelderland 8 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5934 (*erfverpachter/erfpachters*). De bestemming van het perceel volgens de akte bestond uit, r.o. 2.3: "1. De erfpachter is verplicht het in erfpacht uitgegeven perceel te bestemmen voor het daarop doen aanbrengen en houden van één recreatiebungalow overeenkomstig een door de eigenaar goedgekeurd model. 4. De erfpachter zal de grond en de daarop staande recreatiebungalow in goede staan moeten onderhouden. Permanente bewoning van de recreatiebungalow is niet toegestaan tenzij hiervoor schriftelijke toestemming van de eigenaar en ontheffing van overheidswege is verleend."

te wijzigen of te handelen in strijd met de bestemming zonder toestemming van de erfverpachter. Handhaving van het afgesproken gebruik door de overeengekomen gebruiker is in het belang van de erfverpachter en een schending van de afgesproken bestemming is een vorm van ernstig tekortschieten die opzegging rechtvaardigt. De erfpachtvoorwaarden bevatten vaak bepalingen over de bestemming, op de overtreding waarvan soms boetes zijn gesteld. De opzegging van het erfpachtrecht wegens het niet realiseren, niet gebruiken of niet handhaven van de afgesproken bestemming wordt behandeld in par. 6.4.3.1-6.4.3.4. De verplichting tot onderhoud van de onroerende zaak vormt een goederenrechtelijke verplichting die volgt uit art. 5:96 BW en of schending daarvan kan leiden tot opzegging van het recht wordt behandeld in par. 6.4.3.5. Bij de bijzondere uitgifte in erfpacht die voorkomt bij woningcorporaties en die bekend staat onder de naam maatschappelijk gebonden eigendom, is opzegging wegens schending van de obligatoire zelfbewoningsplicht en aanbiedingsplicht door de woning aan een derde te verhuren, aan de orde en deze wordt behandeld in par. 6.4.3.6. In par. 6.4.3.7 worden de criteria voor opzegging wegens ernstig tekortschieten geëvalueerd.

6.4.3.1 Niet realiseren van een bepaalde bestemming

In veel gevallen is de bestemming van het erfpachtrecht bij uitgifte nog niet of nog niet volledig gerealiseerd en spreken partijen af dat de erfpachter werkzaamheden zal verrichten om die bestemming te realiseren alvorens de onroerende zaak daarna zelf te gaan gebruiken, te exploiteren of door te verkopen. Die afspraken omvatten vaak een bouwplicht, een verplichting voor de erfpachter een gebouw met een bepaalde bestemming op te richten, eventueel naar vooraf door de grondeigenaar goedgekeurde bouwtekeningen. De bouwplicht kan als verplichting tot een doen niet als een kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW worden opgevat. In het kader van de vestiging van een erfpachtrecht wordt een bouwplicht opgevat als een verplichting tot een doen die zakelijke werking heeft indien deze gebaseerd kan worden op de wet of in de vestigingsakte is opgenomen en voldoende verband heeft met het wezen van het erfpachtrecht.[243] Verplichtingen tot een doen die de wet uitdrukkelijk toestaat hebben zakelijke werking. Van andere verplichtingen tot een doen is de zakelijke werking omstreden en geldt het vereiste van voldoende verband. Van Velten heeft betoogd dat de bouwplicht bij uitgifte van bouwrijpe grond gebaseerd kan worden op art. 5:89 BW. Dit zou met name blijken uit lid 3 waar gesproken wordt over de bevoegdheid van de erfpachter door hemzelf 'onverplicht aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen' weg te nemen.[244] Daarmee is het nog geen verplichting die

243 Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/217, onder verwijzing naar onder meer Struycken 2007, par. 6.6 en Vonck 2013, hoofdstuk IV. Zie ook Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 564.

244 Van Velten 2009, p. 479. Zie ook PG Boek 5 BW, p. 308-309 (TM) over de verplichting uit gemeentelijke erfpachtvoorwaarden een aan bepaalde vereisten voldoend gebouw op de grond te zetten en in stand te houden, waarbij wordt opgemerkt 'dat van een verplichting tot bouwen in de zin van de artikelen 3 en 11 van deze afdeling' ook sprake is indien die verplichting voortvloeit uit een gemeentelijke verordening. Deze opmerking gaat terug op een verzoek van de VNG aan de wetgever. Zie ook PG Boek 5 BW, p. 321 (TM) over de onderhoudsverplichting: "Aan de erfpachter kunnen in de akte van vestiging als inhoud van het zakelijk recht ook andere verplichtingen dan de wettelijke worden opgelegd, b.v. om te ontginnen of te bouwen, zij het ook alleen verplichtingen die rechtstreeks verband houden met het genot en het onderhoud van de zaak (…). Een verplichting om te bouwen heeft bovendien betekenis voor de toepassing van de artikelen 3 en 11 van deze afdeling."

de wet uitdrukkelijk toestaat zodat voldoende verband met het wezen van het recht is vereist. Het wezen van het recht is een vage uitdrukking.[245] Betoogd kan worden dat de door partijen bepaalde bestemming van de onroerende zaak uit art. 5:89 BW volgt en dan heeft een bouwplicht die logisch volgt uit die bestemming een verband dat als voldoende voor zakelijke werking kan worden gekenschetst.[246] Een erfpachtrecht op een zelfbouwkavel met de bestemming wonen bevat als wezenlijk element een verplichting die woning tot stand te brengen.[247] Aan een bouwverplichting kunnen nadere voorwaarden worden verbonden in de vorm van bouwvoorschriften of goedkeuring van bouwtekeningen; ook die voorwaarden vallen onder de zakelijke werking en gaan over op de rechtsopvolger bij overdracht van het recht. In de praktijk komt het zelden voor dat het onduidelijk is of op een bepaalde erfpachter een verplichting rust een vooraf bepaalde bestemming te realiseren. Indien de erfpachter niet aan de bouwplicht voldoet en de gewenste bestemming er dus niet komt staat wel vast dat er ten aanzien van een essentieel element van de erfpachtverhouding, namelijk de bestemming, een verplichting niet is nagekomen. Ook een herbouwplicht heeft zakelijke werking en ook aan deze bouwplicht kunnen voorwaarden worden gesteld ten aanzien van de gebruikte materialen en de uitstraling van het gebouwde.[248]

De verplichting van de erfpachter dient in de vestigingsakte duidelijk omschreven te worden, anders kan niet geconstateerd worden dat hij daarin in enige mate is tekortgeschoten. Een stichting had in de vestigingsakte de verplichting op zich genomen in een oud fort een specifieke bestemming te realiseren.[249] Het ernstig vervallen fort moest eerst gerestaureerd worden en omdat de erfpachter onvoldoende middelen kon vinden voor die restauratie bleef de zaak vanwege het faillissement van de erfpachter steken bij de voorbereidende werkzaamheden. Vervolgens werd het fort gekraakt en zegde de erfverpachter het recht op wegens ernstige en voortdurende wanprestatie. Aan het realiseren van enige bestemming was de erfpachter niet toegekomen en de afgesproken bestemming zou naar ver-

245 Reepmaker 1931, p. 77 noemt zes elementen die op dat moment tot het wezen van de erfpacht behoren en betoogt op p. 78 dat bedingen als de toestemming voor het bebouwen van de zaak 'mede den inhoud van het erfpachtsrecht bepalen en dus op latere rechtverkrijgenden overgaan'. Het verplicht inleveren van bouwtekeningen draagt echter een persoonlijk karakter en gaat naar de mening van Reepmaker niet over op rechtverkrijgenden, p. 78-79.

246 In dezelfde zin Vonck 2013, p. 144: "Wanneer bijvoorbeeld een stuk grond in erfpacht is uitgegeven met de bestemming 'woningbouw', kan een bouwplicht als een nadere regeling worden gezien." Een nadere regeling betreft 'regelingen die ertoe leiden dat een opgenomen erfpachtvoorwaarde beter tot haar recht komt' en een nadere regeling van juist de bestemming, die partijen op grond van art. 5:89 lid 1 BW zelf kunnen bepalen, kan belastend zijn voor de erfpachter.

247 Een aan die bouwplicht gekoppeld boetebeding kan onder omstandigheden onredelijk bezwarend zijn in de zin van de richtlijn, zoals bleek uit Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, *RVR* 2017/3 (*Amsterdam/erfpachter*).

248 Bij de herstructurering van bedrijventerreinen in Schiedam werden aan heruitgifte van bestaande erfpachtrechten voorwaarden ten aanzien van de bebouwing gekoppeld. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7941 (*erfpachter/Schiedam*). De onderhandelingen over heruitgifte na de einddatum 30 mei 2014 vonden zoals vermeld in r.o. 2.4 plaats 'vanuit het kader van aan het perceel te stellen kwaliteitseisen, zoals verwoord in het plan "Revitalisatievisie Spaanse Polders/'s-Graveland-Zuid".' Zie ook Hof Den Haag 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3564, *NJF* 2009/63 (*Bevago/Rotterdam*), waar herstructureringsplannen in de weg stonden aan splitsing van een erfpachtrecht.

249 Rb. Arnhem 13 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT5951 (*Stichting Fort bij Pannerden/Staatsbosbeheer*). De bestemming volgens de akte, geciteerd in r.o. 1.3: "In artikel 1 van de erfpachtsakte is tot uitdrukking gebracht dat in het Fort zou worden gevestigd het museum van de Nederlandse Vereniging ter Bestudering van Munitie en Ballistiek (N.V.B.M.B.). Daarnaast zou het Fort gaan dienen als militair-historisch informatiepunt, als informatiecentrum voor Staatsbosbeheer en de plaatselijke VVV, alsmede als streekmuseum."

wachting ook in de toekomst niet gerealiseerd worden. Het oordeel van de rechtbank dat sprake was van een ernstige mate van tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW[250] werd in hoger beroep vernietigd omdat, in de weergave van Vonck, de verplichtingen die de erfpachter volgens de erfverpachter geschonden had geen verplichtingen waren die op hem in zijn hoedanigheid van erfpachter rustten en bovendien niet geschonden waren.[251] Uit de vestigingsakte bleek niet dat de erfpachter een restauratieverplichting op zich had genomen zodat de opzegging gegrond was op een niet bestaande verplichting. Dat lijkt terecht, de vestigingsakte had duidelijk moeten vermelden welke verplichtingen van de erfpachter verwacht werden, ook ten aanzien van de restauratie van het fort. Indien de vestigingsakte onduidelijk is over de bestemming dient de akte naar objectieve maatstaven te worden uitgelegd.[252]

Een vergelijkbare uitspraak werd gedaan over de expliciete verplichting voor een erfpachter tot aanleg en exploitatie van een kunstijsbaan.[253] Nadat na vele jaren bleek dat de erfpachter niet in staat was die verplichting na te komen zegde de grondeigenaar het recht op wegens ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW. De erfpachter betwistte dat de realisatieverplichting moest worden beschouwd als een 'andere verplichting' van de erfpachter uit hoofde van het erfpachtrecht omdat een dergelijke bouwplicht geen wettelijke verplichting was, maar louter een contractuele en daarmee geen grond voor opzegging van het erfpachtrecht kon vormen. Het hof oordeelde echter dat een afgesproken bestemming en gebruik beschouwd moesten worden als een verplichting uit een zakelijk recht omdat de verplichting was opgenomen in de vestigingsakte.[254] Dat is naar mijn mening niet het juiste argument, ook obligatoire verplichtingen tussen erfpachter en erfverpachter kunnen immers in de vestigingsakte worden opgenomen zonder dat zij om die reden zakelijke werking hebben. De wetsgeschiedenis vereist voor zakelijke werking een 'voldoende verband' van de verplichting in kwestie met het zakelijk recht zodat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.[255] De

250 Rb. Arnhem 13 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT5951, r.o. 5: "Uit de tussen de partijen vaststaande feiten volgt dat door liquiditeitsproblemen de restauratiewerkzaamheden in 1994 zijn stil komen te liggen en dat er geen concrete vooruitzichten bestaan dat deze onder verantwoordelijkheid van de stichting kunnen worden hervat. Dat rechtvaardigt het aan te nemen dat de stichting haar doelstelling tot restauratie van het Fort te komen niet meer zal kunnen realiseren. Daarmee *staat vast dat de stichting niet bij machte is het Fort te gebruiken zoals omschreven in artikel 1 van de erfpachtsovereenkomst, hetgeen op zichzelf beschouwd de opzegging ervan reeds rechtvaardigt*. Van strijd met de redelijkheid en billijkheid is dan ook geen sprake, zeker niet nu onweersproken is gebleven dat de conditie van het Fort verder achteruit gaat en dat herstel geboden is." Nadruk toegevoegd.

251 Vonck 2013, p. 253, noot 646. Het arrest van het hof Arnhem van 9 mei 2006, nr. 2005/800, is niet gepubliceerd.

252 Zie onder meer HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7408, *JOL* 2007/747 (*'s-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.*) en met name de conclusie van A-G Huydecoper.

253 Hof Den Haag 15 juni 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX9126 (*Kunstijsbaan/Capelle aan den IJssel*). De bestemming volgens de akte, geciteerd in r.o. 1.2: "In artikel 9 van de erfpachtakte is opgenomen dat de Stichting op het perceel een 400-meter kunstijsbaanaccommodatie met voorzieningen zal aanleggen en als zodanig gebruiken dan wel exploiteren en dat deze accommodatie in twee fasen zal worden gerealiseerd."

254 Hof Den Haag 15 juni 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX9126, r.o. 3.1: "Het hof oordeelt vooreerst dat de inhoud van het recht van erfpacht wordt bepaald door de wet en door de erfpachtsvoorwaarden zoals die in de akte van vestiging zijn opgenomen tezamen. Nu in de akte van vestiging is bepaald (artikel 9 van de erfpachtakte) dat de erfpachter op het erfpachtsgoed een 400-meter kunstijsbaanaccommodatie met additionele voorzieningen zal aanleggen en als zodanig gebruiken of exploiteren, in fasen te realiseren, is de realisatieverplichting onderdeel van het door de Gemeente aan de Stichting gegeven erfpachtrecht en valt deze verplichting onder 'andere verplichtingen' van de erfpachter als bedoeld in artikel 5:87 lid 2 BW. De rechtbank heeft daarom terecht geoordeeld dat de Gemeente op grond van dit artikel de bevoegdheid heeft om de erfpacht op te zeggen indien in ernstige mate wordt tekortgeschoten in de nakoming van de realisatieverplichting."

255 PG Boek 5 BW, p. 294-297. Zie ook Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/217.

juiste reden was dat in dit geval in de vestigingsakte tevens voorzien was in een wijze van beëindiging van het recht van erfpacht voor het geval de erfpachter 'enige andere ingevolge tot het erfpachtrecht op hem rustende verplichting niet zou nakomen' welke naar het oordeel van het hof ook zag op niet nakoming van de realisatieverplichting.[256] Het hof gaf door middel van de goedkeuring aan de opzegging een bevestigend antwoord op de vraag of de realisatieverplichting goederenrechtelijke werking had, mede omdat de te realiseren bestemming en de bijbehorende realisatieverplichting voor beide partijen een essentieel onderdeel van het erfpachtrecht vormde.[257] Op grond van de feiten stond vast dat de erfpachter ten tijde van de opzegging niet aan de verplichting kon voldoen en ook dat nakoming in de toekomst uitgesloten was. Beide factoren, een essentieel onderdeel van het erfpachtrecht en geen verwachting dat in de toekomst zal worden nagekomen, droegen bij aan de rechtvaardiging van de opzegging die daarmee de toets aan het proportionaliteitsbeginsel kon doorstaan.[258]

De vraag of de realisatieverplichting van de kunstijsbaan als wezenlijk onderdeel van het erfpachtrecht moet worden gezien heeft geleid tot enige beschouwingen.[259] Pleysier en Vonck komen tot de conclusie dat in dit geval de verplichting zakelijke werking heeft en dat het niet nakomen daarvan een ernstige tekortkoming van de erfpachter oplevert die opzegging van het recht door de erfverpachter rechtvaardigt. Pleysier koppelt de maatstaf voor verplichtingen met zakelijke werking aan de maatstaf voor 'andere verplichtingen' in art. 5:87 lid 2 BW en Vonck sluit zich daarbij aan. Ik zie geen reden om daarover anders te denken, met name omdat het niet in het goederenrechtelijk systeem past dat een obligatoire overeenkomst kan leiden tot beëindiging van een zakelijk recht. De rechtsverhouding met de erfpachter die geen kunstijsbaan kan aanleggen of met de erfpachter die niet in staat is een zwembad te exploiteren, moet uiteindelijk beëindigd kunnen worden. Ook de latere rechtspraak lijkt deze benadering te volgen.

6.4.3.2 Niet gebruiken conform bestemming

Het niet gebruiken van het perceel conform de afgesproken bestemming omvat zowel een ander gebruik dan afgesproken als in het geheel geen gebruik. Een heel strikte vorm van gebruik conform de bestemming is de zelfbewoningsplicht die gebruikelijk is bij uitgiftes in maatschappelijk gebonden eigendom (MGE) en die in par. 6.4.3.6 wordt behandeld. Hieronder worden recente uitspraken besproken over opzegging van een erfpachtrecht wegens het niet gebruiken van het perceel volgens de afgesproken bestemming.

256 Hof Den Haag 15 juni 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX9126, r.o. 3.2. In de akte was uitdrukkelijk bepaald dat de contractuele bepaling zou gelden 'onverminderd het bepaalde ter zake in het BW'.

257 Hof Den Haag 15 juni 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX9126, r.o. 4.2.

258 Hof Den Haag 15 juni 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX9126, r.o. 4.7: "Nu de realisatieverplichting een essentieel onderdeel van de erfpacht vormde en er geen enkele kunstijsbaan is aangelegd (ook niet bijvoorbeeld een buitenbaan zonder voorzieningen) schoot de Stichting in ernstige mate tekort. Mitsdien mocht de Gemeente de erfpacht bij exploot van 29 oktober 2001 opzeggen. Omdat ten tijde van de opzegging vaststond dat de Stichting niet aan artikel 9 van de erfpachtakte kon voldoen, behoefde de Gemeente haar geen ruimere termijn te geven dan zij gegeven heeft. Onder die omstandigheden is die opzegging ook niet in strijd met het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel."

259 Pleysier 2007b en Vonck 2013, p. 254-256.

Een specifieke bestemming van een erfpachtrecht kan na verloop van jaren een last worden als de omstandigheden zich wijzigen. Dat ondervond de erfpachter van een perceel dat uitsluitend gebruikt mocht worden ten behoeve van de aardappelverwerkende industrie.[260] Nadat deze werkzaamheden op die locatie waren gestaakt vond de erfpachter een koper bereid het recht over te nemen met het doel in de oude fabrieksgebouwen een oldtimer museum te gaan exploiteren. De erfverpachter weigerde toestemming voor deze overdracht en zegde het recht op nadat de erfpachter de koop had gesloten. De rechtbank oordeelde dat sprake was van een ernstige tekortkoming van de erfpachter bestaande uit het niet gebruiken van de opstallen conform de bestemming en het verwaarlozen van de opstallen door leegstand, waarna deze werden gekraakt en door brand verwoest. Het verplaatsen van de aardappelfabriek naar een andere locatie en dus het niet kunnen voldoen aan de oorspronkelijke bestemming behoorden tot het bedrijfsrisico van de erfpachter. De opzegging was gerechtvaardigd en de erfverpachter had geen misbruik van zijn bevoegdheid gemaakt of gehandeld in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.[261]

Een vergelijkbare duidelijk omschreven bestemming betreft de exploitatie van een bestaand zwembad met aanverwante sport- en recreatievoorzieningen door een erfpachter in de gemeente Capelle aan den IJssel.[262] In de vestigingsakte waren gedetailleerde verplichtingen voor de erfpachter opgenomen over openingstijden en gebruik van het zwembad door verschillende doelgroepen. Nadat de erfpachter failliet werd verklaard zegde de gemeente als erfverpachter het erfpachtrecht op, wilde de exploitatie van het zwembad zelf voortzetten en probeerde met een kort geding vergeefs te voorkomen dat het erfpachtrecht door de hypotheekhouder in het openbaar zou worden geveild. De voorzieningenrechter oordeelde dat de opzegging niet rechtsgeldig was geschied nu de erfverpachter de erfpachter niet op grond van art. 6:82 BW in gebreke had gesteld en de erfpachter dus niet in verzuim verkeerde. Die ingebrekestelling was nodig omdat uit de gevoerde correspondentie niet kon worden afgeleid dat de erfpachter niet meer zou kunnen nakomen, dat wil zeggen het zwembad openhouden op de afgesproken tijden. De curator had immers, al dan niet met het oog op een doorstart, de exploitatie kunnen voortzetten. De uitspraak vormt een zeldzaam geval van toepassing van de verbintenisrechtelijke verzuimregeling op de opzegging van een erfpachtrecht. Het is echter de vraag of de tekst van art. 5:87 lid 2 BW, 'indien de erfpachter *in verzuim* is (…),' meebrengt dat verzuim in de zin van afdeling 9.2 van Boek 6 BW is vereist.[263] Met evenveel recht kan betoogd worden dat de hierboven geciteerde tekst van art. 5:87 lid 2 BW alleen betrekking heeft op de canonverplichting en niet ook ziet op het in ernstige mate tekortschieten in

260 Rb. Arnhem 13 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI7080 (*Aviko/landgoedvennootschap*). De bestemming volgens de akte, geciteerd in r.o. 1.3: "Het op de in erfpacht uitgegeven grond aanwezige fabrieksgebouw mag zonder schriftelijke toestemming van de grondeigenaar voor geen andere doeleinden worden gebruikt dan voor de thans daarin uitgeoefende aardappel verwerkende industrie."

261 Rb. Arnhem 13 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI7080, r.o. 5-7.

262 Rb. Rotterdam 4 augustus 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU0486 (*Capelle aan den IJssel/erfpachter*). De bestemming volgens de akte, geciteerd in r.o. 1.2: "Erfpachter is verplicht het overdekte zwembad van het complex gedurende het gehele jaar minimaal zes dagen per week geopend te houden, waarbij, voor zover nodig, in de gebruiksroosters van het zwembad faciliteiten worden verleend aan de volgende gebruikersgroepen: zwemverenigingen, schoolzwemmen- en bejaardenzwemmen."

263 Hierover Vonck 2013, p. 259-260 voor het geval de erfpachter in verzuim is canon te betalen.

de nakoming van zijn andere verplichtingen. Van de canon staat vast dat dit een kwalitatieve verplichting van de erfpachter is waarvoor de verzuimregeling geldt, tenzij partijen anders zijn overeengekomen, bijvoorbeeld door een vervaldatum voor canonbetaling in de akte op te nemen.[264]

Het komt ook voor dat de bestemming van de onroerende zaak in de vestigingsakte niet ondubbelzinnig is omschreven en uitleg behoeft. Een erfpachtrecht gevestigd in 1968 voor 75 jaar met de bestemming garage en benzinestation werd op grond van de akte opgezegd nadat de exploitatie van de garage meer dan drie jaar was gestaakt.[265] In dit geval was bij de uitgifte al maatwerk gepleegd omdat de erfpachter, een garagebedrijf, elders had moeten vertrekken wegens herinrichting. Onderhandelingen met de gemeente als erfverpachter over andere bestemmingen voor het perceel dan wel beëindiging van het erfpachtrecht tegen een vergoeding, hadden geen resultaat. Ondertussen lukte het de erfpachter niet een nieuwe huurder te vinden en de erfpachtvoorwaarden na te leven, waarop de erfverpachter het erfpachtrecht opzegde wegens ernstig tekortschieten. Pas na het exploot van opzegging vond de erfpachter een nieuwe huurder die door de gemeente werd afgewezen wegens niet voldoen aan de erfpachtvoorwaarden. De rechtbank toetste de opzegging aan art. 5:87 lid 2 BW wegens niet voldoen aan de bestemming uit de vestigingsakte en, omdat in de akte geen aanwijzingen werden gevonden, aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in de omstandigheden van het geval. Nu de in de vestigingsakte opgenomen bestemming maatwerk voor de oorspronkelijke erfpachter was en beide partijen gedurende de onderhandelingen open stonden voor andere bestemmingen was het in die omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de erfverpachter uitsluitend op grond van de tekst van de vestigingsakte het erfpachtrecht opzegde.[266] De rechtbank liet, net als in art. 781 OBW geregeld was, toe dat de erfpachter de oorzaak van zijn tekortschieten kon wegnemen tot het moment dat de rechtbank het erfpachtrecht bij vonnis vervallen had verklaard. De rechtmatigheid van de opzegging werd dus beoordeeld naar het moment van de uitspraak door de rechtbank, ex nunc, en niet naar het moment van opzegging, vanwege het grote belang van de erfpachter bij behoud van het recht. De herstelregeling van art. 781 OBW is niet teruggekomen in het nieuwe BW, maar werd hier toegepast als een vorm van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

In dit geval zetten de omstandigheden van het geval in het belang van de erfpachter bij voortzetting van zijn recht de bepaling uit de vestigingsakte over opzegging wegens het niet gebruiken van het perceel conform de bestemming opzij. Daarbij wordt rekening gehouden met de verwachting dat aan het niet gebruiken van het perceel in de nabije toekomst een einde zal komen. De bestemming of het

264 Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:87 BW, aant. 2.4: 'Verzuim canonbetaling' (online, bijgewerkt 1 augustus 2018) betoogt dat bij wanbetaling van de canon altijd een aanmaning nodig is voordat de erfverpachter de rechtsverhouding kan opzeggen, tenzij in de vestigingsakte uitdrukkelijk anders is bepaald en rauwelijkse opzegging niet op grond van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is: "Kortom, wil men bewerkstelligen dat de erfverpachter na twee jaar verzuim zonder meer kan opzeggen, dan verdient het aanbeveling dat uitdrukkelijk in de akte vast te leggen. Ook dan is echter niet zeker dat de erfverpachter niet hoeft aan te manen."

265 Rb. Arnhem 28 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT7194, *RVR* 2012/8 (*Pauline Beheer/Nijmegen*).

266 Rb. Arnhem 28 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT7194, r.o. 4.8-4.11.

gebruik van de onroerende zaak vormt weliswaar een essentieel element van het erfpachtrecht, maar in uitzonderlijke gevallen kan het gerechtvaardigd zijn om niet met opzegging van het recht te reageren op een schending van de bestemming.

6.4.3.3 Bestemming wijzigen

De bestemming van een in erfpacht gegeven onroerende zaak kan wijzigen, maar een dergelijke wijziging heeft alleen zakelijke werking als deze bij notariële akte is opgesteld en de akte is ingeschreven in de openbare registers.[267] Een erfpachtrecht voor een perceel duingebied was oorspronkelijk in 1992 door de gemeente Haarlem in eeuwigdurende erfpacht uitgegeven met als exclusieve bestemming waterbedrijf.[268] Een opzeggingsbevoegdheid voor beide partijen was voorzien ingeval de activiteiten ten behoeve van de openbare drinkwatervoorziening op die locatie zouden worden beëindigd. Later werd ook gebruik ten behoeve van natuur en recreatie toegestaan en werd een onderopstalrecht gevestigd voor een sterrenwacht. Een nieuwe particuliere erfverpachter zegde het hoofderfpachtrecht op wegens het niet gebruiken van de percelen volgens de bestemming. Aan de hand van een uitleg van de vestigingsakte oordeelde de rechtbank dat deze opzegging zonder grond was gedaan. Het is opmerkelijk dat partijen hiervoor een rechter nodig hadden, het heeft er veel van weg dat de nieuwe erfverpachter van het erfpachtrecht af wilde, nu hij aanbood de opstallen aan het waterleidingbedrijf te verhuren, terwijl bij vestiging door de gemeente juist een eeuwigdurend recht was afgesproken in verband met de continuïteit in de drinkwatervoorziening. Een commerciële partij die de blote eigendom van een perceel van een gemeente overneemt dient bedacht te zijn op een objectieve uitleg van de vestigingsakte.

Een ander voorbeeld van een verandering van feitelijke omstandigheden handelde over de omvang van het gebruiksrecht van een pad.[269] Het betreffende erfpachtrecht was gevestigd in 1908 als een eeuwigdurend recht. De erfpachter had een bestaand pad verbreed om daar met landbouwvoertuigen overheen te kunnen rijden, ten koste van een kleine strook van de naastgelegen percelen met bestemming weiland. De erfverpachter zegde het erfpachtrecht op wegens handelen in strijd met de bestemming uit de vestigingsakte. Het hof wees de opzegging af omdat de verbreding geen gevolgen had voor de waarde van het eigendomsrecht van de erfverpachter. Het belang van de erfverpachter bij de volgens de akte vereiste afheining van het perceel als aanduiding van zijn eigendomsgrens woog minder zwaar dan het belang van de erfpachter bij het niet afheinen van het per-

267 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/218a.
268 Rb. Haarlem 5 november 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG6697 (*PWN waterleidingsbedrijf Noord-Holland/Raaks Centre*).
269 Hof Den Haag 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH9026 (*erfverpachters/erfpachter*).

ceel om verbreding van het pad mogelijk te maken.[270] Het is juist een kenmerk van het gebruiksrecht erfpacht dat uit het perceel en het gebruik daarvan niet blijkt wie eigenaar en wie de erfpachter is.[271] De veranderde omstandigheden hadden een letterlijke toepassing van de erfpachtvoorwaarden achterhaald. Opvallend was dat in de belangenafweging het belang van de erfpachter prevaleerde, maar duidelijk was ook dat de erfverpachter daarvan geen nadeel zou ondervinden.

De vaststelling van wat wel en niet onder de erfpachtvoorwaarden valt luistert soms nauw. Een perceel in de haven van Rotterdam was in 1947 door het gemeentelijk havenbedrijf in erfpacht uitgegeven met de bestemming handel en industrie.[272] Het recht werd opgezegd nadat de erfpachter het perceel meer dan twee jaren achter elkaar niet had gebruikt en na overleg geen concreet plan voor een structurele voortgezette exploitatie had opgesteld. De opzeggingsgrond langer dan twee jaar niet gebruiken van het perceel was opgenomen in de vestigingsakte, maar de rechtbank legde die bepaling zo uit dat het niet gebruiken van de grond *geen niet-nakomen* van de verplichtingen uit het erfpachtrecht was, maar een *andere reden* voor vervallenverklaring, en dus niet kon worden aangemerkt als in ernstige mate tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW.[273] Dat de erfpachter niet met een concreet plan was gekomen, was naar het oordeel van de rechtbank geen zelfstandige opzeggingsgrond. Ook het feit dat het perceel gekraakt was geweest, leverde naar het oordeel van de rechtbank geen ernstig tekortschieten aan de zijde van de erfpachter op. De opzegging had aldus geen beëindiging van het erfpachtrecht tot gevolg gehad.

---

270 Hof Den Haag 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH9026, r.o. 5.4: '[appellanten/grondeigenaar] hebben als (enig) belang bij afheining gesteld dat een bloot eigenaar er recht en belang bij heeft dat de eigendom duidelijk blijkt en blijft. Het hof overweegt dat geen afheining hoeft te worden aangebracht voor het duidelijk doen blijken van de eigendomsgrens – zo [appellanten] daarbij al enig belang hebben (het hof laat dat in het midden). Wanneer een eigendomsgrens ter plaatse onduidelijk is, kan die grens met enkele merktekens worden gemarkeerd. Een afheining is daartoe niet nodig. Enig rechtens te respecteren belang bij afheining hebben [appellanten] daarom niet. [geïntimeerde/erfpachter] heeft aangevoerd dat hij er belang bij heeft dat er geen afheining wordt geplaatst, omdat in het geval er direct naast het pad palen worden geslagen, brede landbouwwerktuigen, waarvan diverse onderdelen uitsteken, niet meer het bedrijf kunnen bereiken, althans niet meer over de daarvoor gebruikte Y oprit, en het onderhoud van het stukje dijkgrasland (naast de Y-oprit) onnodig wordt belemmerd. Gelet hierop en mede gelet op de bepaling in de akte dat de stoep/afrit niet mag worden benadeeld, waarop [appellanten] zich (in ander verband) heeft beroepen, *is er wel relevant belang om de percelen niet ter plaatse van de kadastrale grens tussen perceel [nummer] respectievelijk perceel [nummer] en de Y oprit af te heinen*. Reeds gezien dit een en ander kan [appellanten] zich niet op een afheiningsplicht uit de akte van 1908 te beroepen.' Nadruk toegevoegd.

271 Bijvoorbeeld reeds E.M. Meijers in een noot bij het arrest HR 26 februari 1915, *W*. 9864, *NJ* 1915, p. 625 (*Van der Vegte/Nederlandsche Hervormde Gemeente Zwolle*), p. 4: "De uitoefening van het recht van erfpacht verschilt in den regel uiterlijk niet van de uitoefening van het recht van eigendom."

272 Rb. Rotterdam 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK3399, *RVR* 2010/15 (*Recobel/Havenbedrijf Rotterdam*).

273 Rb. Rotterdam 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK3399, r.o. 2.11-2.12: "Artikel 16 [vestigingsakte] bevat een regeling voor het vervallen verklaren van het recht van erfpacht voor het geval een der voorwaarden door de erfpachtster niet wordt nageleefd. Het artikel verklaart die regeling vervolgens van overeenkomstige toepassing op gevallen waarin het terrein gedurende meer dan twee achtereenvolgende jaren naar het oordeel van Burgemeester en Wethouders niet in exploitatie is geweest. 2.12 De rechtbank begrijpt uit de akte van 20 december 1947 dat het gedurende twee jaar niet in exploitatie geweest zijn van het terrein *niet is te beschouwen als het niet naleven van een der voorwaarden van die akte, maar als een andere mogelijke reden voor vervallenverklaring*. Vervallenverklaring zou in het kader van de in de akte vormgegeven regeling echter, ook in geval van langdurig niet in exploitatie geweest zijn van het terrein, niet kunnen worden uitgesproken indien de erfpachtster het perceel na kennis te hebben genomen van het voornemen van het Havenbedrijf tot vervallenverklaring, het terrein binnen een maand alsnog – of wederom – in exploitatie zou nemen. (…)." Nadruk toegevoegd.

6.4.3.4 Hennepteelt

Naar vaste jurisprudentie is het aantreffen van illegale hennepteelt op in erfpacht uitgegeven percelen een gebruik in strijd met de bestemming en om die reden grond voor opzegging wegens ernstig tekortschieten. Die jurisprudentie volgt de lijn uit jurisprudentie over hennepteelt als opzeggingsgrond voor de huur van woningen.[274] Hennepteelt op zich is een tekortkoming waarop de erfpachter kan worden aangesproken, ook al was niet de erfpachter zelf maar zijn huurder daarvoor aansprakelijk. De erfpachter van een perceel grond in de gemeente Rotterdam werd daarnaast verweten dat hij na ontdekking van de hennepteelt bij een politie-inval de erfverpachter daarvan niet onverwijld op de hoogte had gesteld.[275] De erfpachter was bovendien in onderhandeling met een potentiële koper van het erfpachtrecht die de loods aan dezelfde huurder wilde gaan verhuren zodat de kans groot was dat de hennepteelt zou worden voortgezet. Het feit dat hij geen rekening had gehouden met de belangen van de erfverpachter vormde een tekortkoming naast de hennepteelt zelf. Nu de erfpachter wist dat voortzetting van de hennepteelt voor de erfverpachter nadelig zou zijn was hij jegens hem in ernstige mate tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen en was de opzegging om die reden gerechtvaardigd.[276] De verplichting vloeide voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid die mede op de rechtsverhouding van toepassing waren en die meebrachten dat partijen rekening dienden te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Vonck constateert in deze uitspraak een verband tussen de mate van verwijtbaarheid van de tekortkoming aan de erfpachter en de ernst van die tekortkoming.[277] Die verwijtbaarheid speelt in volgende zaken soms ook een rol.

Van een andere erfpachter van een perceel op een bedrijventerrein in Rotterdam werd eveneens het recht opgezegd na ontdekking van hennepteelt.[278] De rechtbank toetste de opzegging aan art. 5:87 lid 2 BW en concludeerde dat de erfpachter in ernstige mate was tekortgeschoten in zijn verplichtingen doordat in het pand een hennepkwekerij aanwezig was.[279] Bij deze toets kan van belang zijn of de erfverpachter de erfpachter de kans heeft gegeven alsnog correct aan zijn verplichtingen te voldoen, maar als zoals in dit geval een erfpachter willens en weten een hennepkwekerij heeft toegestaan hoeft hem geen tweede kans geboden te

274 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7517, *WR* 2017/58, r.o. 4.6 over een contractuele boete op de illegale teelt van hennep in een woning. Zie ook Vols 2015, p. 58. Illegale hennepteelt vormt eveneens een opzeggingsgrond voor huur van bedrijfsruimte.

275 Rb. Rotterdam 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP7004 (*erfpachter/Rotterdam*).

276 Rb. Rotterdam 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP7004, r.o. 4.6: "Onder voornoemde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat [eiser] met betrekking tot de in de loods aangetroffen hennepkwekerij onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de gemeente als eigenaar van het perceel."

277 Vonck 2013, p. 258, noot 653.

278 Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898, *RVR* 2011/124 (*erfpachter/Rotterdam*).

279 Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898, onder het kopje 'opzegging rechtmatig': "Aan de orde is de wettelijke opzeggingsbevoegdheid voor de eigenaar als bedoeld in artikel 5:87 lid 2 BW. (…) De aanwezigheid van een hennepkwekerij is een ernstige tekortkoming in de zin van artikel 5:87 lid 2 BW. Het houden van een hennepkwekerij is niet alleen strijdig met de bestemming van de zaak volgens de akte van oprichting (artikel 16.1 onder d van de Algemene Bepalingen in combinatie met artikel 2 onder B van de oprichtingsakte), het levert bovendien gevaar voor de omgeving op, in het bijzonder brandgevaar en een aanzienlijke kans op stankoverlast en kortsluiting. Dat betekent dat de aanwezigheid van de hennepkwekerij voorts een overtreding inhoudt van artikel 16.1 onder f en artikel en 17.1 onder c van de Algemene Bepalingen."

worden.[280] Deze opzeggingsgrond werd bevestigd in een ander vonnis van de rechtbank Rotterdam uit 2013.[281]

Ook in een andere zaak uit Rotterdam werd geoordeeld dat de aanwezigheid van hennepteelt op zich al een ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW vormt die de opzegging van het erfpachtrecht rechtvaardigt.[282] Het perceel was in 1979 in erfpacht uitgegeven met de bestemming slachthuis, maar werd later door de erfpachter als bedrijf- en kantoorruimte verhuurd aan derden. Na het aantreffen van een hennepkwekerij zegde de gemeente het erfpachtrecht op. De rechtbank toetste de opzegging aan art. 5:87 lid 2 BW en beoordeelde de situatie ten tijde van de opzegging.[283] Dat de erfpachter het pand had verhuurd met een andere bestemming dan die uit de vestigingsakte en onvoldoende toezicht op de verhuur had gehouden ondanks dat daar aanleiding voor bestond, maakte met de aan het pand toegebrachte schade door hennepteelt en het niet informeren van de gemeente als erfverpachter dat de opzegging gerechtvaardigd was. De rechtbank bevestigde dat bij hennepteelt op zich al sprake was van ernstig tekortschieten en dat de erfpachter dan geen recht had op een tweede kans.[284] Zulks mede omdat sprake is van verwijtbaar handelen van de erfpachter.

De jurisprudentie over hennepteelt is helder. De aanwezigheid van een hennepkwekerij in een in erfpacht gegeven pand vormt voldoende grond voor opzegging wegens ernstig tekortschieten. De erfpachter heeft dan in het algemeen geen recht op een tweede kans en de mate van verwijtbaarheid kan het tekortschieten nog ernstiger maken. Dat is onder meer het geval indien de erfpachter op de hoogte is van de hennepteelt door een derde en dit niet direct heeft beëindigd of indien hem kan worden verweten dat hij onvoldoende toezicht heeft gehouden of de erfverpachter na het ontdekken niet direct heeft ingelicht.

6.4.3.5 Onderhoudsverplichting erfpachter

Op grond van art. 5:96 BW behoort het gewone onderhoud van de in erfpacht gegeven onroerende zaak tot de verplichtingen van de erfpachter. Vaak wordt in de vestigingsakte de onderhoudsplicht van de erfpachter voor het concrete geval nader ingevuld en volgt deze verplichting dus zowel uit de wet als uit de vestigingsakte. Het tekortschieten in de verplichting de in erfpacht uitgegeven zaak, de grond en/of de gebouwen, te onderhouden kan een reden zijn voor opzegging

280 Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8988: "Uit de redelijkheid en billijkheid vloeit echter geenszins voort dat [eiser], die willens en wetens een hennepkwekerij aanwezig heeft gehad op het perceel, in de gelegenheid zou moeten worden gesteld (voor de toekomst) zijn verplichtingen alsnog na te komen."

281 Rb. Rotterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6732, *RVR* 2013/120 (*erfpachter/erfverpachter*).

282 Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047 (*Rotterdam/erfpachter*).

283 Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.7: "De rechtbank dient een oordeel te vellen over de rechtsgeldigheid van de opzegging. Als de uiteindelijk gestelde gronden voor de opzegging – al dan niet gezamenlijk – de opzegging rechtvaardigen, is de Gemeente steeds bevoegd geweest tot de opzegging. Deze gronden waren immers – hoewel niet expliciet kenbaar gemaakt – reeds aanwezig ten tijde van de opzegging."

284 Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.10: "In tegenstelling tot wat [gedaagde] betoogt behoefde de Gemeente aan [gedaagde] ook niet alsnog de kans te geven om het bedrijfspand als slachthuis te gebruiken. Bij de beoordeling of sprake is van een ernstige tekortkoming kan van belang zijn of de eigenaar de erfpachter een 'tweede kans' heeft gegeven. De aanwezigheid van een hennepkwekerij is op zichzelf echter al voldoende ernstig om de opzegging te rechtvaardigen."

wegens ernstig tekortschieten. Hieronder worden enige uitspraken besproken over onderhoud van in erfpacht gegeven sportcomplexen.

De erfpachter van een perceel met daarop vier tennisbanen, bijgebouwen en beplantingen, uitgegeven door een gemeente voor de duur van vijftig jaar tegen een symbolische canon van *f* 1,- per jaar, had op grond van de vestigingsakte uit 1990 een onderhoudsplicht voor grond en gebouwen.[285] De opvolgende particuliere erfverpachter verklaarde het recht tussentijds vervallen wegens onder meer schending van de onderhoudsverplichting. De voorzieningenrechter toetste of de schending van de onderhoudsverplichting op het moment van opzeggen een ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW opleverde. Na een bezoek op locatie en twee bouwkundige rapporten kon worden vastgesteld dat de staat van onderhoud van het tenniscomplex redelijk was, waarmee de schending naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende ernstig was om opzegging te rechtvaardigen,[286] welk oordeel in hoger beroep werd bekrachtigd.[287] Uit het arrest blijkt dat de erfverpachter waarschuwingsbrieven had verzonden aan de gemeente in plaats van aan de erfpachter zodat deze niet in de gelegenheid was gesteld het verzuim te herstellen.

Diezelfde gemeente had in 1997 aan een voetbalvereniging een perceel grond op hetzelfde sportcomplex met daarop onder meer een kledinggebouw voor vijftig jaar in erfpacht uitgegeven tegen dezelfde symbolische canon van *f* 1,- per jaar.[288] Ook in deze akte was een onderhoudsverplichting van de grond en de gebouwen voor de erfpachter opgenomen, bij schending waarvan de erfverpachter een boete kon incasseren en bevoegd was het recht op te zeggen. Indien de erfpachter echter tijdig de schendingen ongedaan maakte zou het recht kunnen blijven bestaan.[289] Na overdracht zegde de nieuwe particuliere erfverpachter het erfpachtrecht op wegens onder meer schending van de onderhoudsverplichting. De voorzieningenrechter was van oordeel dat de schending van de onderhoudsverplichting op het moment van opzeggen geen ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87

285 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6771 (*Tennisvereniging Schatzenburg/Schatzenburg*).

286 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6771, r.o. 5.3: "De rechter constateert dat de deskundigen [D.] en [J.] beiden hebben gerapporteerd dat de algemene indruk van de staat van onderhoud van de opstallen van de tennisvereniging matig tot redelijk is. De rechter heeft de staat van onderhoud van de opstallen van de tennisvereniging ter plaatse bekeken en is eveneens van oordeel dat de staat van onderhoud redelijk is. Weliswaar is er op een aantal geïsoleerde plaatsen sprake van enig achterstallig onderhoud, maar het gehele complex overziend kan nauwelijks worden gesproken van een ernstige tekortkoming in de zin van artikel 5:87 BW, dat een dwingend rechterlijke karakter heeft. Dit brengt met zich dat er onvoldoende grond voor de vervallenverklaring was."

287 Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8799 (*Schatzenburg/Tennisvereniging Schatzenburg*).

288 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6772 (*Voetbalvereniging Dronrijp/Schatzenburg*).

289 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6772, r.o. 1.2 citeert een deel van art. 8 van de vestigingsakte: "Indien vóór de door de grondeigenaar vastgestelde tijdstip waartegen het erfpachtsrecht wordt opgezegd de oorzaak der opzegging naar het oordeel van de grondeigenaar is weggenomen en vóór die dag bovendien aan de grondeigenaar de kosten vergoed zijn van bovenbedoelde betekening(en)/kennisgeving(en), zal het erfpachtsrecht ongewijzigd blijven voortbestaan." In deze gemeentelijke erfpachtvoorwaarden klonk een echo van de herstelmogelijkheid uit het oude recht door.

lid 2 BW opleverde.[290] In hoger beroep bleek dat de erfverpachter ook in dit geval de waarschuwingsbrieven onjuist had geadresseerd zodat de erfpachter niet was gewezen op specifieke onderhoudsklachten. Omdat een dergelijke specificatie wel van de erfverpachter verwacht mocht worden bekrachtigde het hof het vonnis van de voorzieningenrechter.[291]

Een derde vergelijkbaar geval betrof het erfpachtrecht van voetbalvereniging Foarút.[292] Ook hier kon de erfpachter een opzegging ongedaan maken indien tijdig het ernstig tekortschieten dat daaraan ten grondslag lag ongedaan werd gemaakt en ook hier werd het recht door dezelfde nieuwe erfverpachter opgezegd wegens onder meer ernstige schending van de onderhoudsplicht. De voorzieningenrechter oordeelde dat de slechte staat van onderhoud van het voetbalcomplex op het moment van opzeggen een ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW opleverde, maar omdat de voetbalvereniging geld had gereserveerd voor nieuwbouw had de erfverpachter geen redelijk belang bij de opzegging en werd deze alsnog afgewezen.[293] Zoals opgemerkt door Vonck speelt de verwachting dat de erfpachter in de toekomst alsnog zijn onderhoudsverplichtingen zal nakomen een doorslaggevende rol in de toetsing van deze opzegging.[294] In die omstandigheden zal opzegging als misbruik van bevoegdheid moeten worden aangemerkt. In hoger beroep toetste het hof de opzegging opnieuw aan art. 5:87 lid 2 BW en kwam tot het gelijkluidende oordeel dat het tekortschieten van de erfpachter in het nakomen van de onderhoudsverplichting in de omstandigheden van het geval niet als een ernstige tekortkoming in de zin van de bepaling kon worden beschouwd.[295] De erfverpachter had nagelaten de erfpachter in concrete bewoordingen te waarschuwen en hem geen tijd voor herstel gegund. Het hof had, anders dan de rechtbank, tijdens de descente het achterstallig onderhoud als onvoldoende ernstig beschouwd zodat onvoldoende aannemelijk was geworden dat de erfpachter tekort was geschoten in de onderhoudsplicht ten aanzien van het kleedgebouw en de grond. Nu de erfpachter wel voldoende aannemelijk had gemaakt dat een voldoende reservering voor nieuwbouw was aangelegd, oordeelde het hof dat onder deze omstandigheden de opzegging van het erfpachtrecht in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid zou zijn.[296]

---

290 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6772, r.o. 5.3: "De rechter constateert dat de deskundigen [D.] en [J.] beiden hebben gerapporteerd dat de algemene indruk van de staat van onderhoud van de opstallen van de voetbalvereniging Dronrijp matig is. De rechter heeft de staat van onderhoud van de opstallen van de voetbalvereniging Dronrijp ter plaatse bekeken en is van oordeel dat de staat van onderhoud redelijk is. Weliswaar is er op een aantal geïsoleerde plaatsen sprake van enig achterstallig onderhoud, maar het gehele complex overziend kan nauwelijks worden gesproken van een ernstige tekortkoming in de zin van artikel 5:87 BW, dat een dwingend rechtelijke karakter heeft. Dit brengt met zich dat er onvoldoende grond voor de opzegging was."

291 Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8802 (*Schatzenburg/Voetbalvereniging Dronrijp*).

292 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6773 (*Voetbalvereniging Foarút/Schatzenburg*).

293 Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6773, r.o. 5.3: "De rechter constateert dat de deskundigen [D.] en [J.] beiden hebben gerapporteerd dat de algemene indruk van de staat van onderhoud van de opstallen van de voetbalvereniging Foarut slecht is. De rechter heeft de staat van onderhoud van de opstallen van de voetbalvereniging Foarut ter plaatse bekeken en is van oordeel dat de staat van onderhoud op een aantal onderdelen slecht is. Voetbalvereniging Foarut heeft echter onweersproken gesteld dat zij geld heeft gereserveerd voor het plegen van nieuwbouw, waartoe zij in verband met de onzekere situatie van haar erfpachtsrecht nog niet is overgaan. Dit brengt met zich dat Schatzenburg geen redelijk belang bij opzegging van het erfpachtsrecht op grond van een ernstige tekortkoming in het onderhoud heeft."

294 Vonck 2013, p. 252-253.

295 Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8808 (*Schatzenburg/Voetbalvereniging Foarút*).

296 Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8808, r.o. 3.5.

Over buitengewoon herstel bepaalt art. 5:96 lid 1 BW dat de erfpachter de erfverpachter kennisgeeft van het feit dat buitengewone herstellingen nodig zijn en hem gelegenheid verschaft tot het doen van deze herstellingen, maar dat de erfverpachter niet verplicht is tot het doen van enige herstelling. Over buitengewoon onderhoud kunnen volgens art. 5:96 lid 3 BW in de vestigingsakte nadere afspraken worden gemaakt. Indien geen afspraken zijn gemaakt vertoont de wet een leemte ten aanzien van buitengewone herstellingen aan een in erfpacht gegeven onroerende zaak en dient aan de hand van de omstandigheden van het geval te worden beoordeeld voor wiens rekening de herstelkosten komen. Uit het feit dat de wet bepaalt dat de gewone lasten en herstellingen door de erfpachter worden betaald kan *a contrario* worden afgeleid dat de buitengewone herstellingen in beginsel niet door de erfpachter worden betaald. Het is de vraag of de wetgever dat heeft bedoeld. Uit de schaarse jurisprudentie blijkt dat de verplichting tot buitengewoon herstel voorwerp is van contractvrijheid en soms wordt gekoppeld aan een verzekeringsplicht voor de erfpachter.

De erfpachter in een zaak waarover de rechtbank Arnhem in 2012 oordeelde had zich verplicht tot een zeer omvangrijke renovatie van een oude bouwvallige tot recreatiewoning omgebouwde potstal in het Nationaal Park Veluwezoom waarvoor Natuurmonumenten hem een recht van erfpacht met afhankelijk opstalrecht had uitgegeven.[297] Direct na aankoop bleek de erfpachter uit bouwkundige rapporten dat het gebouw asbest bevatte, dat het met het onderhoud zeer slecht gesteld was en dat het rieten dak in zijn geheel vernieuwd moest worden. Bovendien bleek de bestemming recreatiewoning niet gewijzigd te kunnen worden in woning. De erfpachter was onder deze omstandigheden niet in staat deze onderhoudsverplichting na te komen waarop het erfpachtrecht na enige jaren door de erfverpachter werd opgezegd. Dat de erfpachter onvoldoende onderhoud had gepleegd, geen bouwplannen had ingediend en zonder toestemming van de erfverpachter het binnenwerk van de opstal had gesloopt achtte de rechtbank een ernstige mate van tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW zodat de opzegging rechtsgeldig was gedaan.

Een erfpachtrecht van een woonboerderij bevatte in de vestigingsakte de verplichting voor de erfverpachter tot het verzekeren van de opstallen tegen brand en een verplichting voor de erfpachter om dat deel van de verzekeringspremie aan de erfverpachter te voldoen.[298] In 1995 bleken beide partijen een opstalverzekering te hebben afgesloten en werd tussen partijen afgesproken dat de erfpachter die verzekering voor zijn rekening zou nemen. De herbouwplicht na brand zou blijven rusten op de erfverpachter en de erfpachter diende in dat geval de verzekeringsuitkering aan de erfverpachter over te dragen. Na het afbranden van de

297 Rb. Arnhem 11 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX6404 (*Natuurmonumenten/erfpachter*).

298 Rb. Limburg 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10709 (*erfverpachter/erfpachter*), r.o. 2.2 citeert het beding uit de vestigingsakte: "Artikel 12. a. De eigenaar is verplicht alle opstallen, welke zich op het in erfpacht uitgegeven object bevinden, behoorlijk tegen brand en alle andere risico's waarvoor partijen in gezamenlijk overleg verzekering nodig achten, te verzekeren en verzekerd te houden bij een solide verzekeringsmaatschappij te zijner keuze. De erfpachter is verplicht aan de eigenaar te vergoeden het deel van de premie dezer verzekering, hetwelk naar het oordeel van de verzekeringsmaatschappij redelijkerwijze betrekking heeft op de onder het erfpachtsrecht vallende opstallen, welke vergoeding telkens op de premie-vervaldagen aan de eigenaar moet worden voldaan. b. Ingeval van schade als gevolg van een verzekerde gebeurtenis is eigenaar verplicht om de uitgekeerde verzekeringspenningen aan te wenden voor het herstel van de schade (…)."

woonboerderij weigerde de erfpachter de verzekeringspenningen af te geven aan de erfverpachter. De rechtbank oordeelde dat het niet nakomen van de obligatoire overeenkomst tussen partijen onrechtmatig was. Op grond van de vestigingsakte had de erfpachter geen recht op vergoeding voor door hem voor eigen rekening en zonder de vereiste toestemming van de erfverpachter aangebrachte verbeteringen. In reconventie beantwoordde de rechtbank de vraag of het erfpachtrecht eindigde bij het afbranden van de opstal ontkennend.[299] De vestigingsakte van dit onder het oude recht gesloten erfpachtrecht had elk recht op vergoeding bij het einde van het recht uitgesloten en de erfpachter had onvoldoende beseft dat hij alleen tijdens de looptijd van het recht van zijn investeringen in de woning zou kunnen profiteren.[300]

In de algemene erfpachtvoorwaarden bij een uitgifte ten behoeve van een recreatiewoning was een verzekeringsplicht voor de erfpachter opgenomen.[301] De recreatiewoning ging door brand verloren en de erfpachter vorderde in rechte naast de achterstallige canon ook sloop en herbouw van de woning. De kantonrechter oordeelde dat de ondererfpachter op grond van de algemene voorwaarden gehouden was de verzekeringsuitkering te gebruiken voor herbouw van de opstal, en machtigde tevens de erfpachter de werkzaamheden zelf uit te laten voeren en de redelijke kosten daarvan op de ondererfpachter te verhalen.[302] Ten overvloede wees de kantonrechter de ondererfpachter op de mogelijkheid met de erfpachter een regeling voor de achterstallige canon en voor de sloop en herbouw te treffen. In die overweging schemert iets door van coulance nu de erfpachtvoorwaarden geen ruimte lieten voor een ander oordeel dan nakoming van het erfpachtrecht.

Gewone onderhoudsverplichtingen rusten op grond van art. 5:96 lid 1 BW op de erfpachter en indien deze die verplichting niet nakomt kan sprake zijn van een ernstige tekortkoming in de nakoming die opzegging van het erfpachtrecht op grond van art. 5:87 lid 2 BW rechtvaardigt. Buitengewone onderhoudsverplichtingen zijn voorwerp van contractvrijheid. Een verplichting tot verzekering van de opstal op een in erfpacht gegeven perceel vormt een verplichting tot een doen die voldoende verband houdt met de wettelijke geregelde onderhoudsverplichting. Indien voor de opstal een van het erfpachtrecht afhankelijk opstalrecht wordt gevestigd is die verplichting tot verzekeren logisch. Indien de opstal on-

299 Rb. Limburg 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10709, r.o. 4.12: "Deze vordering wordt reeds afgewezen omdat het afbranden van een deel van de verpachte zaken niet betekent dat het recht van erfpacht eindigt."

300 Rb. Limburg 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10709, r.o. 4.15: "De stichting is immers niet ongerechtvaardigd verrijkt door verbeteringen die [gedaagde in conventie, eiser in reconventie] heeft aangebracht, omdat hij die aanbracht als (…) erfpachter en daardoor viel onder het contractuele regime van de akte van erfpacht. Zoals in conventie opgemerkt, volgt uit de akte van erfpacht dat door de erfpachter aangebrachte verbeteringen bij afloop van de erfpacht niet mogen worden verwijderd en dat de erfpachter geen vergoeding toekomt voor eventuele verbeteringen, tenzij dat is afgesproken."

301 Rb. Overijssel 21 november 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4493 (*Holland Rekreatie/ondererfpachters*), r.o. 2.2: "1. Erfpachter is gehouden het in erfpacht uitgegevene vanaf de oplevering van het opstal, (…) bij een solide maatschappij tegen herbouwwaarde op basis van een indexpolis te verzekeren, terwijl hij ingeval zich een feit voordoet waartegen hij verzekerd is, gehouden is tot herbouw en/of herstel over te gaan."

302 Rb. Overijssel 21 november 2017, ECLI:NL:RBOVE;2017:4493, r.o. 4.3: "Holland Rekreatie is bij de uitvoering gehouden de belangen van [gedaagde 1] c.s. naar redelijkheid in het oog te houden. Ten aanzien van de bescheiden die nodig zijn ter bepaling van het door [gedaagde 1] c.s. te betalen bedrag aan kosten merkt de kantonrechter op dat Holland Rekreatie de overeenkomsten en facturen dient over te leggen van de door haar ingeschakelde bouw- en sloopbedrijven, voorzien van een duidelijke omschrijving van de verrichte werkzaamheden."

derdeel uitmaakt van het gebruiksrecht en eigendom blijft van de erfverpachter is dat anders, maar in de praktijk wordt dat verschil onvoldoende gemaakt. De aan die verzekeringsplicht gekoppelde verplichting tot herbouw van de opstal vormt een uitwerking van het niet wettelijk geregelde buitengewoon herstel. In het eerste geval lag de verplichting tot verzekering en herbouw bij de erfverpachter terwijl de erfpachter de kosten moest betalen, terwijl in het tweede geval de verplichting tot verzekering en herbouw geheel bij de ondererfpachter lag. In beide gevallen werd door de rechter geoordeeld dat de gemaakte afspraken dienden te worden nagekomen.

6.4.3.6 Zelfbewoningsplicht en aanbiedingsplicht bij MGE

Een onderdeel van de erfpachtvoorwaarden bij uitgiftes door woningcorporaties in het kader van maatschappelijk gebonden eigendom (MGE) vormt de verplichting voor de erfpachter om de woning zelf te bewonen. Deze verplichting betekent dat de erfpachter de woning niet mag verhuren of op een andere titel in gebruik mag geven aan derden. De ratio van het verbod wordt gevormd door het doel van de regeling: de bevordering van het eigenwoningbezit van mensen met beperkte financiële middelen. Bij een veelgebruikte MGE-constructie zoals Koopgarant is de zelfbewoningsplicht gekoppeld aan de aanbiedingsplicht aan de corporatie. Zodra een erfpachter niet meer zelf in de woning woonachtig is dient hij deze te koop aan te bieden aan de corporatie. De corporatie is dan verplicht de woning terug te kopen tegen een prijs waarvan de berekening in de voorwaarden is vastgelegd en die naast een verrekening van de initiële korting een verdeling van de waardevermeerdering of waardevermindering inhoudt. Naar vaste jurisprudentie vormt het schenden van de zelfbewoningsplicht uit de erfpachtvoorwaarden een ernstig tekortschieten dat opzegging van het recht op grond van art. 5:87 lid 2 BW rechtvaardigt. Opzegging omvat in deze gevallen tevens verkoop van het erfpachtrecht of het ondererfpachtrecht aan de grondeigenaar of aan de hoofderfpachter, waarna het (onder)erfpachtrecht door vermenging tenietgaat.[303] De aanbiedingsplicht kan worden beschouwd als een derdenbeding ten gunste van de bank die het erfpachtrecht met een hypotheek financierde.[304] De vergoeding van de waarde van het erfpachtrecht in de zin van art. 5:87 lid 2 BW gaat dan op in de verkoopprijs. Hieronder wordt recente juris-

303 Indien de aankoop van het erfpachtrecht hypothecair gefinancierd is komt het ook voor dat de hypotheekhouder na opzegging een beroep doet op de aanbiedingsplicht, zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 25 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7283 (*Woningfonds/erfpachter*) en Hof Den Bosch 20 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2808 (*WonenBreburg/erfpachters*).

304 Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2626 (*Alkmaar Hypotheken/erfpachter*). De rechtbank had de vordering afgewezen omdat de aanbiedingsplicht niet moest worden beschouwd als een derdenbeding ten behoeve van de bank. Het hof wees de vordering toe op grond van een brede uitleg van het begrip derdenbeding en het evidente financiële belang van de bank dat nauw was verbonden met de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter. Zie voor een vergelijkbaar oordeel Hof Den Bosch 17 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:126 (*erfpachters/Rabobank*), waar het hof in het midden laat of de aanbiedingsplicht gezien moet worden als een derdenbeding ten behoeve van de hypotheekhouder en oordeelt dat uit de rechtsverhoudingen tussen partijen volgt dat zij gehouden zijn rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen, in casu een zo hoog mogelijke opbrengst voor het erfpachtrecht. Dit oordeel wordt bevestigd in Rb. Midden-Nederland 13 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4818 (*ING Bank/erfpachter*). Anders: Rb. Gelderland 14 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6604, *RVR* 2018/17 (*Rabobank/erfpachter*) en Rb. Gelderland 14 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6605 (*HQ Hypotheken/erfpachter*), waarin het derdenbeding uit de Koopgarant-voorwaarden naar objectieve maatstaven wordt uitgelegd als een doorkruising van het dwingendrechtelijke art. 3:268 BW.

prudentie over de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht nader onderzocht. Uitspraken waarin een beroep werd gedaan op de onredelijke bezwarendheid voor de erfpachter van de zelfbewoningsplicht en/of de aanbiedingsplicht zijn behandeld in par. 3.4.6.

In een zaak uit 2007 vormde schending van de zelfbewoningsplicht de opzeggingsgrond.[305] Dat met de procedure de ontruiming van de woning door de ondererfpachter werd beoogd maakte daarvoor geen verschil, ook dan moest de rechtmatigheid van de aan die ontruiming ten grondslag liggende opzegging getoetst worden.[306] De rechtbank vergeleek de MGE-regeling met de wettelijke regeling voor huur van woonruimte en zag haar rol als vergelijkbaar, zij diende de opzegging door de verhuurder of de erfverpachter te toetsen naar verwante criteria.[307] De ondererfpachter in deze specifieke constructie werd dus gelijkgesteld aan een huurder, als gevolg waarvan de wettelijke huurbescherming bij wijze van analogie van toepassing werd geacht. De rechtbank verwierp het argument dat de ondererfpachter de woning sinds 2006 als hoofdbewoner had bewoond en dat ook in de toekomst zou blijven doen. Net als in het huurrecht kon de verwachting voor de toekomst het in ernstige mate tekortschieten uit het verleden niet helen. De vergelijking met het huurrecht is niet vreemd nu het bij MGE-uitgiftes om deels dezelfde doelgroep gaat als bij sociale huurwoningen, de erfpachters voorwaarden krijgen voorgeschoteld die op huurvoorwaarden lijken door een corporatie als erfverpachter wiens primaire taak bestaat uit werkzaamheden op het gebied van de volkshuisvesting. Uit de uitspraken blijkt dat het bij deze geschillen gaat om gedragingen die ook bij huur voorkomen, zoals verboden onderverhuur.

In een tweede Rotterdams oordeel werd de schending van de zelfbewoningsplicht onvoldoende geacht voor opzegging wegens ernstig tekortschieten.[308] Ook hier werd ontruiming van het appartement gevorderd na opzegging van het recht van ondererfpacht dat was gevestigd onder toepassing van MGE-bepalingen. Ook in dit geval toetste de rechtbank de rechtmatigheid van de aan de ontruiming ten grondslag liggende opzegging aan art. 5:87 lid 2 BW. Omdat de erfpachter de woning had verhuurd was in beginsel sprake van tekortschieten ten aanzien van de in de vestigingsakte opgenomen zelfbewoningsplicht en aanbiedingsplicht. De rechtbank was van oordeel dat het illegaal verhuren van het appartement in beginsel een ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW opleverde,

305 Rb. Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9312, *WR* 2008/7 (*Woonbron/erfpachter*).

306 Rb. Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9312, r.o. 5.3: "De opzegging is een eenzijdige rechtshandeling en [gedaagde] mag in het kader van de onderhavige ontruimingsprocedure verweer voeren tegen de opzegging. Deze kan dan door de rechter getoetst worden aan de regeling van artikel 5:87 lid 2 BW. Het komt voor risico van Woonbron als 'opzegger' hoe deze rechterlijke toetsing uitvalt. Indien geoordeeld wordt dat niet is voldaan aan voormeld artikel betekent dit dat de ontruimingsvordering wordt afgewezen."

307 Rb. Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9312, r.o. 5.4: "Dit geldt temeer nu de MGE-regeling van overheidswege wordt gestimuleerd om een groep mensen een eigen woning te laten kopen en allerhande bijzondere voorzieningen kent. Deze mensen zouden anders gebruikmaken van huurwoningen en dus huurbescherming genieten. De beëindiging van de huurovereenkomst zou in een dergelijk geval gebaseerd zijn op een toerekenbare tekortkoming waarover de kantonrechter, waartoe de bewoners zelf toegang hebben zonder advocaat te hoeven inschakelen, zou beslissen. Bovendien is het criterium van 'in ernstige mate tekort schieten in de nakoming van zijn andere verplichtingen' sterk verwant aan het criterium van artikel 6:265 BW, hetgeen in een dergelijk geval door de rechter zou moeten worden getoetst."

308 Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY0564, *RVR* 2013/9 (*Woonbron/erfpachter*).

mede gezien de doelstelling van de uitgevende corporatie: de bevordering van het eigenwoningbezit bij voormalige huurders van sociale huurwoningen. In de omstandigheden van het geval oordeelde de rechtbank echter dat geen sprake was van een ernstig tekortschieten nu de verhuur van zeer korte duur was geweest en slechts in beperkte mate verwijtbaar was aan de ondererfpachter. Het is opvallend dat de rechtbank de mate van verwijtbaarheid, de toerekenbaarheid van de tekortkoming, beschouwt als een omstandigheid die kan worden meegewogen bij de beoordeling van de ernst van de tekortkoming omdat voor de toets aan art. 5:87 lid 2 BW verwijtbaarheid geen vereiste vormt.[309] Opvallend coulant was ook het oordeel dat de ondererfpachter in subjectieve zin niet op de hoogte was van het verbod, terwijl dat toch in de vestigingsakte was opgenomen en verondersteld mag worden dat de erfpachter daarmee bekend is. Daarnaast speelde dat de erfpachter naar verwachting in de toekomst het verhuurverbod niet nogmaals zou overtreden of in strijd met de andere voorwaarden zou handelen. Nu de corporatie de erfpachter geen gelegenheid had gegeven de tekortkoming te beëindigen en ook niet had uitgelegd waarom zij de tekortkoming zo ernstig vond dat deze opzegging rechtvaardigde achtte de rechtbank de opzegging ongeldig. Dit oordeel werd vernietigd in hoger beroep.[310] Het hof wees onder meer op de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht als wezenlijke elementen van het recht van ondererfpacht en dat uit de vestigingsakte, namelijk uit de MGE-voorwaarden, bleek dat overtreding van die verplichtingen beschouwd moest worden als een ernstige tekortkoming in de zin van art. 5:87 lid 2 BW.[311] Dat de verhuur kort had geduurd was van ondergeschikt belang en was tevens te wijten aan het feit dat de corporatie de verhuur zelf had ontdekt. Daarnaast werd de inhoud van de akte aan de ondererfpachter bekend verondersteld, zodat handelen in strijd daarmee voor haar risico was. Zoals ook geconstateerd door Wijnmaalen in zijn bespreking van beide uitspraken zijn de rechtbank en het hof van oordeel dat de illegale verhuur van een MGE-woning in beginsel een ernstige tekortkoming oplevert in de nakoming van de erfpachtvoorwaarden, en dat dat tekortschieten op zich de beëindiging van de erfpacht kan rechtvaardigen.[312] De rechtbank achtte in tegenstelling tot het hof in de omstandigheden van het geval

309 Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY0564, r.o. 4.5.2: "Ten tweede is de tekortkoming naar het oordeel van de rechtbank slechts in beperkte mate verwijtbaar aan [gedaagde]. Hoewel Woonbron op zichzelf terecht stelt dat *toerekenbaarheid van de tekortkoming* geen vereiste is in het kader van artikel 5:87 lid 2 BW, *is het wel een omstandigheid die kan worden meegewogen bij de beoordeling van de ernst van de tekortkoming*. [gedaagde] heeft gesteld dat zij pas door de inhoud van de brief van 22 december 2012 ervan op de hoogte raakte dat het niet was toegestaan de woning te verhuren. Weliswaar staat het verbod tot verhuur uitdrukkelijk in de akte omschreven, maar daaruit vloeit slechts voort dat [gedaagde] (in objectieve zin) op de hoogte moet zijn geweest van dit verbod. In het kader van het vaststellen van de mate van verwijtbaarheid gaat het erom *of [gedaagde] (in subjectieve zin) ervan op de hoogte was dat zij de woning niet mocht verhuren*. [gedaagde] heeft in de conclusie van antwoord en ter comparitie toegelicht dat en waarom zij van het verbod niet op de hoogte was, in die zin, dat zij bij het bestaan van dit verbod eenvoudigweg niet heeft stilgestaan." Nadruk toegevoegd. Vgl. PG Boek 5 BW, p. 331: "Niet wordt verlangd dat het voormelde tekortschieten ook aan de erfpachter is toe te rekenen (…)."

310 Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5321 (*Woonbron/erfpachter*).

311 Het is uiteindelijk niet aan partijen maar aan de rechter te bepalen of er sprake is van ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW. Anders: De Jong 1995a, p. 527. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:87 BW, aant. 2.2: 'Ernstige mate van tekortschieten' (online, bijgewerkt 1 augustus 2018) stelt: '(…) met een dergelijk beding kan worden benadrukt dát een bepaalde verplichting als wezenlijk onderdeel van de erfpachtverhouding wordt beschouwd; de schending van dergelijke wezenlijke verplichtingen is ernstiger dan de schending van minder elementaire verplichtingen. Uiteindelijk zal echter de rechter – zoals ook De Jong, a.w., erkent – in concrete gevallen moeten beoordelen of de schending van de betreffende verplichting inderdaad voldoende ernstig is om beëindiging van de relatie te kunnen rechtvaardigen.'

312 Wijnmaalen 2013, p. 95-96.

het tekortschieten niet ernstig genoeg. Het hof beoordeelde de feiten anders, de korte duur van de verhuur was van ondergeschikt belang en de kenbaarheid van het verbod bleek uit de vestigingsakte zodat onbekendheid met de inhoud en strekking van de erfpachtvoorwaarden tot de risicosfeer van de erfpachter behoorde. De opzegging was geldig en de ontruiming werd toegewezen. In het oordeel van het hof was geen ruimte voor subjectieve elementen en hadden de omstandigheden van het geval onvoldoende gewicht om de belangenafweging in het voordeel van de ondererfpachter te doen uitvallen. Indien een verplichting zo duidelijk is omschreven in de voorwaarden en tevens een wezenlijk onderdeel van het recht van ondererfpacht uitmaakt, zijn er alleen bij uitzondering omstandigheden te vinden waaronder een opzegging wegens tekortschieten naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ten aanzien van dezelfde feiten hanteerde de rechtbank een meer verbintenisrechtelijke benadering, terwijl het hof vanuit het goederenrecht oordeelde.

In een volgende zaak over MGE-bepalingen werden de oordelen omtrent de zelfbewoningsplicht en het gebruik van de woning voor hennepteelt in strijd met de bestemming bevestigd.[313] De rechtbank toetste de opzegging wegens ernstig tekortschieten door de erfpachter in de nakoming van zijn andere verplichtingen aan art. 5:87 lid 2 BW en toetste daarnaast de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht uit de algemene erfpachtvoorwaarden aan afdeling 6.5.3 BW en Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. De rechtbank oordeelde dat deze voorwaarden niet onredelijk bezwarend of oneerlijk jegens de erfpachter waren. Ten aanzien van de zelfbewoningsplicht wees de rechtbank op het voordeel dat voor de erfpachter daartegenover stond, namelijk dat hij de woning voor 75% van de marktprijs kon kopen met een terugkoopgarantie. Ook de aanbiedingsplicht viel onder de uitzondering van art. 6:237 sub j BW gezien de voordelen die voor de erfpachter ertegenover stonden. Daarnaast wees de rechtbank erop dat de erfpachter de voorwaarden van tevoren kende en daarmee akkoord was gegaan door de overeenkomst te sluiten. De rechtbank bevestigde de eerdere jurisprudentie dat de aanwezigheid van een hennepkwekerij een ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW vormde. Dat het belang van de veiligheid van de woonomgeving zwaarder woog dan het belang van de erfpachter dat hij niet met een restschuld zou blijven zitten viel te billijken, zeker nu de corporatie voor de helft zou delen in de waardedaling.

Het oordeel van de rechtbank lijkt ondanks de toetsing aan de algemene voorwaardenregeling uit te gaan van gelijkwaardige contractspartijen. Ook ten aanzien van de omstandigheden van het geval en de belangenafweging rond de opzegging wordt uitgegaan van contractspartijen die in een min of meer gelijkwaardige verhouding met elkaar contracteren. Dat kan betwijfeld worden nu het gaat om een professionele erfverpachter als de corporatie enerzijds en een particuliere erfpachter, voormalig huurder van een sociale huurwoning anderzijds. MGE-zaken tonen aan dat de doelgroep, die bestaat uit huurders van een sociale huurwoning, niet in alle gevallen opgewassen lijkt tegen de verplichtin-

313 Rb. Rotterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5912 (*Woonbron/erfpachter*).

gen die eigenwoningbezit met zich brengt, ook niet indien de voorwaarden zo stringent zijn geformuleerd dat welhaast van een voortgezette huurverhouding moet worden gesproken.[314]

Ook in een volgende Rotterdamse zaak werd een erfpachtrecht dat was uitgegeven met toepassing van MGE-bepalingen opgezegd wegens niet voldoen aan de zelfbewoningsplicht.[315] De erfpachters verzetten zich tegen verkoop aan de corporatie in verband met het overblijven van een restschuld. De rechtbank oordeelde dat het schenden van de zelfbewoningsplicht viel onder het in ernstige mate tekortschieten van art. 5:87 lid 2 BW en sloeg daarbij acht op het doel van de MGE-regeling wat, zoals bleek uit de vestigingsakte, een essentieel onderdeel was van de gemaakte afspraken. Nu de ondererfpachters dat wisten vormde de schending een vorm van ernstig tekortschieten en was de opzegging rechtsgeldig gedaan. De uitspraak bevestigt het criterium van Vonck dat een schending van een bepaling die essentieel is voor het betreffende erfpachtrecht een ernstig tekortschieten in de zin van art. 5:87 lid 2 BW vormt.[316] Omdat de corporatie de opzegging uitsluitend baseerde op schending van de zelfbewoningsplicht kwam de rechtbank niet toe aan de beoordeling van het beding uit de vestigingsakte dat ook het niet voldoen aan de aanbiedingsplicht een ernstige tekortkoming opleverde in de zin van art. 5:87 lid 2 BW en daarmee grond voor opzegging vormde.

Eenzelfde bevestiging van de jurisprudentie over de opzegging wegens schending van de zelfbewoningsplicht en hennepteelt wordt gevonden in een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland.[317] Het betrof de uitgifte van een appartementsrecht in Soest door een corporatie met toepassing van MGE-bepalingen. Het erfpachtrecht werd opgezegd wegens ernstig tekortschieten van de erfpachter door de woning aan een derde te verhuren die een hennepkwekerij in de woning hield. Hoewel vaststond dat de erfpachter zich niet had gehouden aan de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht voerde hij een groot aantal argumenten aan om te bepleiten dat dat geen reden kon zijn voor opzegging van zijn recht. De rechtbank oordeelde dat het erfpachtrecht geldig gevestigd was en dat de corporatie daarbij geen bijzondere zorgplicht had geschonden.[318] Dat volgde

314 De rechtbank Rotterdam concludeerde in een vonnis van 26 februari 2014 dat de corporatie het Koopgarant-erfpachtrecht bevoegd had opgezegd wegens verhuur aan derden, maar verruimde de ontruimingstermijn en matigde de gevorderde boete ter hoogte van de helft van de waarde van de woning tot nihil op grond van de omstandigheden van het geval, Rb. Rotterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1136 (*Woonbron/erfpachter*).

315 Rb. Rotterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3587 (*Woonbron/erfpachters*).

316 Vonck 2013, p. 250: "Vaste jurisprudentie is dat bij de beoordeling van de proportionaliteit van de ontbinding rekening moet worden gehouden met *alle* omstandigheden van het geval. Als relevante omstandigheden wordt onder meer de aard van de overeenkomst genoemd. Het ligt in de rede om aan te nemen dat dit gezichtspunt ook een rol speelt bij de beoordeling van de proportionaliteit in het kader van de opzeggingsregeling. Afhankelijk van de aard van het erfpachtrecht is opzegging dan meer of minder snel gerechtvaardigd. (…) Ook kan de aard en betekenis van de geschonden erfpachtvoorwaarde van belang zijn: schending van een voorwaarde die dichterbij de kern van de rechtsverhouding ligt, zal sneller gerechtvaardigd zijn." Nadruk in origineel.

317 Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9117 (*De Alliantie/erfpachter*).

318 De erfpachter verwees naar de bijzondere zorgplicht uit de rechtspraak over effectenlease-producten. Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9117, r.o. 4.4: "Een relevante factor bij het beoordelen van de vraag of een bijzondere zorgplicht voor de Alliantie bestaat als hiervoor bedoeld, is de hoedanigheid van de Alliantie. De Alliantie heeft in de (pre)contractuele relatie met [gedaagde] te gelden als eigenaar die het recht van erfpacht aanbiedt en niet als professionele dienstverlener die adviseert in de financiering van de aankoop of die financiering aanbiedt."

evenmin uit een nadere analyse van de aard en strekking van het erfpachtrecht.[319] De corporatie had geen misbruik van haar opzeggingsbevoegdheid gemaakt en art. 5:87 lid 2 BW was juist toegepast. De rechtbank stelde vast dat de erfpachter met de zelfbewoningsplicht een kernbeding uit de erfpachtvoorwaarden had overtreden.[320] De opzegging zou als gevolg daarvan niet snel in strijd zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dat de erfpachter bij verkoop aan de corporatie met een restschuld zou blijven zitten was in ieder geval onvoldoende nu voorzien was in toestemming van de corporatie voor verhuur in uitzonderingsgevallen en de erfpachter daarvan geen gebruik had gemaakt. Het tekortschieten kon de erfpachter verweten worden. De rechtbank gaat in het vonnis uitvoerig in op de rechtsverhouding tussen partijen en wat van beiden gegeven de omstandigheden verwacht mag worden. Van belang is ook dat werd vastgesteld dat de erfpachter in dit geval goed had begrepen wat voor overeenkomst hij was aangegaan.

De jurisprudentie over opzegging van erfpachtrechten gevestigd onder een MGE-regeling waarbij de opzeggingsgrond bestaat uit schending van de zelfbewoningsplicht, eventueel in combinatie met het aantreffen van een hennepkwekerij, wordt in 2016 samengevat in een arrest van het Hof Den Haag.[321] In dit geval bood de erfpachter de in 2005 verworven woning in 2008 en 2010 aan de erfverpachter te koop aan, maar zag steeds weer van de verkoop af omdat hij met een restschuld zou blijven zitten. In 2007 kocht de erfpachter een tweede nog te realiseren woning van de grondeigenaar. Na de vondst van een hennepkwekerij in de tweede woning, daarin aangelegd door de huurder van die woning, zegde de erfverpachter het recht op. De rechtbank toetste wederom of de MGE-bepalingen onredelijk bezwarend of oneerlijk waren. Dat de bepalingen het genot van de erfpachter beperkten stond vast, maar deze beperkingen waren niet onredelijk bezwarend omdat er voor de erfpachter voordelen tegenover stonden in de vorm van korting bij aankoop, het ontbreken van canonbetaling, de terugkoopverplich-

319 Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9117, r.o. 4.5: "Daarnaast is van belang de aard en strekking van de tussen partijen beoogde overeenkomst. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Alliantie niet een beleggingsproduct aangeboden. Zij heeft een recht van erfpacht op een appartementsrecht te koop aangeboden, wat feitelijk veel gelijkenis heeft met het te koop aanbieden van een woning. Met andere woorden: de aard en strekking van het aanbod was om tegen betaling van een koopsom het gebruik van een woning beschikbaar te stellen voor [gedaagde]. De regels die zijn verbonden aan Koopgarant, zoals vastgelegd in de overeenkomst en in de vestigingsakte, maken die aard en strekking ook duidelijk. De woning moet immers door de 'koper' zelf worden bewoond en bovendien is het recht van erfpacht niet op de vrije markt te verkopen (of te verhuren), maar moet zij te koop worden aangeboden aan de Alliantie die op haar beurt verplicht is het recht van erfpacht terug te kopen. Daarbij wordt dan ook een eventuele waardestijging van de woning (en dus van het recht van erfpacht) gedeeld tussen erfpachter ([gedaagde]) en eigenaar (de Alliantie). Deze aspecten van de Koopgarantregeling duiden niet op een beleggingsproduct; een beleggingsproduct is immers primair gericht op het maken van winst."

320 Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9117, r.o. 4.16: "Naar het oordeel van de rechtbank is [gedaagde] in ernstige mate tekort geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen van de erfpachtovereenkomst en heeft de Alliantie de erfpacht mogen opzeggen. Daarbij is vooral van belang dat [gedaagde] de kernbepalingen van de erfpacht heeft geschonden. *De zelfbewoningsplicht en het te koop aanbieden aan de Alliantie bij beëindiging van de zelfbewoning vormen immers kernbepalingen van de erfpacht*. Deze regels maken onderdeel uit van de Koopgarantregeling zoals uiteengezet onder 2.3 en maken het de Alliantie mogelijk om aan bewoners uit lagere inkomenscategorieën, die onder normale marktcondities niet of moeilijk een woning kunnen kopen, een recht van erfpacht op een woning te verlenen. De Koopgarantregeling stelt toegelaten instellingen in staat om (recht van erfpacht op) woningen onder voordeliger condities dan marktcondities aan personen aan te bieden. Daar staat tegenover dat de erfpachter de woning voor eigen bewoning moet gebruiken en niet op de vrije markt kan verkopen of verhuren, zodat de woning behouden blijft voor de categorie woningzoekenden waarvoor deze is bedoeld." Nadruk toegevoegd.

321 Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4140 (*erfpachters/Woonbron*).

ting van de erfverpachter en de gedeelde waardeverandering bij terugkoop. Bovendien waren de beperkingen niet absoluut, er kon van afgeweken worden. De belangenafweging tussen het algemene belang van de volkshuisvesting aan de zijde van de erfverpachter en het belang van de erfpachter bij een zo onbeperkt mogelijk erfpachtrecht viel niet onverdeeld in het voordeel van de laatste uit. Door zijn langdurige overtreding van de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht en door zijn handelen in strijd met woonbestemming door in de woning een hennepkwekerij te hebben was de erfpachter ernstig tekortgeschoten in zijn verplichtingen in de zin van art. 5:87 lid 2 BW en was de opzegging rechtsgeldig.[322] Het beroep op de bescherming van art. 1 EP werd verworpen omdat de erfpachter geen vol eigendomsrecht had.[323] De corporatie had geen waarschuwingsplicht ten aanzien van de zelfbewoningsplicht nu deze duidelijk in de akte stond en evenmin een zorgplicht ten aanzien van overfinanciering. Dat de erfpachter met een restschuld zou blijven zitten woog niet op tegen zijn ernstig tekortschieten. De rechtbank zag onvoldoende grond om het beroep van de erfpachter op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid te honoreren.[324]

De bijzondere rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter bij een uitgifte onder MGE-voorwaarden komt ook tot uiting in een opvallende zaak waarin de erfpachters eisten dat het de corporatie zou worden verboden om teruggekochte MGE-woningen als sociale huurwoning te verhuren.[325] Deze praktijk had tot gevolg dat gemengde complexen van koopwoningen en sociale huurwoningen ontstonden.[326] De voorzieningenrechter wees de vordering van de erfpachters toe omdat de woningcorporatie bij het nemen van het besluit onvoldoende rekening had gehouden met de belangen van de eigenaren van de MGE-woningen. De voorzieningenrechter achtte het daarbij mede van belang dat sprake was van een reëel risico van waardedaling van de MGE-woningen als gevolg van het besluit nu er een terugkoopverplichting gold en de eigenaren reeds een waardedaling hadden ondervonden, een en ander ook in het licht van de sociale doelstelling van

322 Kort samengevat in Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4140, r.o. 3.14: "Het hof stelt voorop dat, zoals ook de rechtbank heeft overwogen (r.o. 4.13 van het vonnis in verzet), artikel 5:87 lid 2 BW niet vereist dat de erfpachter toerekenbaar tekortschiet (MVA II, Parl. Gesch. boek 5 BW, p. 331). Wel dient sprake te zijn van ernstig tekortschieten. Naar het oordeel van het hof is dit het geval. [appellant] c.s. heeft de woning verlaten en daarmee de zelfbewoningsplicht en de aanbiedingsplicht geschonden. Deze schending is als ernstig aan te merken omdat [appellant] c.s. de woning langdurig had verlaten, zoals blijkt uit de aankoop van de tweede woning en de verhuur van de woning voor de duur van een jaar aan een derde. Deze verhuur, tegen betaling van € 800,- per maand, druist bovendien in tegen het onder 3.6 beschreven kenbare belang van Woonbron. Daarbij komt dan nog dat in de woning een hennepkwekerij is geëxploiteerd, waardoor ook sprake is van schending van de in de akte van erfpacht in artikel 2 genoemde woonbestemming. Genoemde schendingen van de bepalingen in de akte van erfpacht kwalificeren, in ieder geval in samenhang bezien, als een ernstige tekortkoming."

323 Dat is overigens een onjuiste reden omdat erfpachtrechten ook onder deze bepaling vallen, zie EHRM 21 februari 1986, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), waarover Rook 2001, p. 312-319.

324 Voor eenzelfde oordeel zie Rb. Gelderland 28 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2345 (*erfpachters/De Goede Woning*), ook behandeld in par. 3.4.6 over onredelijk bezwarende MGE-bedingen. Vgl. Rb. Rotterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4823 (*erfpachters/Woonbron*). Voor vier vergelijkbare uitspraken in zaken van voormalige erfpachters die na terugkoop van hun Koopgarant-woning met een restschuld achterbleven en tevergeefs een beroep deden op dwaling, toerekenbaar tekortschieten van de corporatie in haar zorgplicht en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, zie Rb. Oost-Brabant 23 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2659 (*erfpachter/Bergopwaarts*), Rb. Den Haag 13 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8538 (*erfpachter/Meerwonen*), Rb. Zeeland-West-Brabant 11 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4428 (*erfpachter/WonenBreburg*) en Rb. Midden-Nederland 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3209 (*erfpachter/Patrimonium*).

325 Rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7466 (*erfpachters/Viveste*).

326 Voor een uitvoerige verhandeling over dergelijke gemengde complexen, zie Van der Vleuten 2017.

het MGE-concept. De corporatie had bij het nemen van het besluit rekening moeten houden met de belangen van de erfpachters gezien de bijzondere verhouding tussen partijen die bestond uit de uitgifte en de terugkoopverplichting. Dat de corporatie in de betreffende gemeente onvoldoende sociale huurwoningen in bezit had en probeerde aan de woonvisie van de gemeente te voldoen door teruggekochte MGE-woningen (weer) te gaan verhuren als sociale huurwoning, deed daaraan niet af. In de bodemprocedure en na een door de rechtbank bevolen voorlopig deskundigenbericht bleek de waardedaling van de woningen zich niet voor te doen en werden de vorderingen van de erfpachters alsnog afgewezen.[327]

6.4.3.7 Criteria opzegging wegens ernstig tekortschieten

Op grond van de besproken rechterlijke uitspraken kan worden geconcludeerd dat in beginsel sprake is van ernstig tekortschieten indien een erfpachter een duidelijk in de vestigingsakte omschreven verplichting die verband houdt met de bestemming van het erfpachtrecht niet nakomt. De afgesproken bestemming van de onroerende zaak vormt een essentieel element van het erfpachtrecht zodat het niet gebruiken van het perceel volgens de bestemming in beginsel opzegging wegens ernstig tekortschieten rechtvaardigt. Factoren die kunnen duiden op in ernstige mate tekortschieten zijn het belang van de geschonden verplichting in het erfpachtrecht, de constatering dat de verplichting naar verwachting ook later niet meer nagekomen zal worden en dat het tekortschieten aan de erfpachter verweten kan worden. Het aantreffen van illegale hennepteelt vormt altijd een ernstig tekortschieten, in dat geval hoeft de erfpachter niet in de gelegenheid te worden gesteld alsnog na te komen. Bij het realiseren van de afgesproken bestemming hangt het ervan af hoe specifiek de verplichting van de erfpachter is geformuleerd. Bij schending van de zeer strak geformuleerde verplichting tot zelfbewoning van MGE-rechten is altijd sprake van ernstig tekortschieten, mede gezien de voordelen van deze constructie voor de erfpachter. Bij een schending van de onderhoudsverplichting van de erfpachter is meer ruimte voor de omstandigheden van het geval en voor het geven van gelegenheid aan de erfpachter tot alsnog nakomen.

6.4.4 Opzegging in het algemeen belang

Naar de letter van de wet kunnen partijen in de vestigingsakte afspreken dat de erfverpachter bevoegd is het recht op te zeggen om andere redenen dan op grond van tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, zonder dat die redenen nader gespecificeerd hoeven te worden. In aanvulling op de parlementaire geschiedenis van deze bepaling is in 1992 verduidelijkt hoe art. 5:87 lid 2 en 3 BW in onderling verband gelezen moeten worden.[328] De daar gegeven voorbeelden betreffen een algemene opzeggingsbevoegdheid en, wat in 1992 al gebruikelijker was, een opzeggingsbevoegdheid beperkt tot opzegging in bepaalde gevallen, zoals de opzegging om redenen van algemeen belang. Alleen de erfverpachter kan een beroep doen op deze beëindigingsgrond, in het geval

327 Rb. Midden-Nederland 1 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5577 (*erfpachters/Viveste*).
328 Breedveld-de Voogd 1992, p. 90.

van een gemeente meestal alleen indien daaraan een raadsbesluit ten grondslag ligt.[329] Een algemene opzeggingsbevoegdheid voor de erfverpachter opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden is echter in strijd met art. 6:237 sub d BW indien de erfpachter een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van zijn bedrijf of beroep.[330] In de recente jurisprudentie is geen algemene opzeggingsbevoegdheid aangetroffen.

De enige beëindigingsgrond die met enige regelmaat in de uitspraken terugkeert is beëindiging in het algemeen belang. Vanaf het begin van de stedelijke erfpacht werd de beëindigingsgrond opzegging of vervallenverklaring in het algemeen belang opgenomen in de algemene erfpachtvoorwaarden van gemeenten en andere overheidsorganisaties.[331] Daarmee is het een beëindigingsgrond uit de vestigingsakte in de zin van art. 5:87 lid 3 BW. Het algemeen belang bestaat veelal uit herinrichting en herontwikkeling van het betreffende gebied, maar kan ook een financieel belang zijn. Meestal wordt er niet over onderhandeld. Beëindiging in het algemeen belang gaat gepaard met een regeling voor de vergoeding van het erfpachtrecht waarbij veelal wordt aangesloten bij de schadevergoeding die van toepassing is bij onteigening. Naar de verwachting van Vonck zal het belang van de erfverpachter bij opzegging strenger getoetst worden naarmate de opzeggingsgrond minder concreet in de vestigingsakte is omschreven omdat de erfpachter met die opzegging dan minder rekening had kunnen houden.[332] In de erfpachtvoorwaarden wordt het algemeen belang of het belang der gemeente echter meestal niet nader gespecificeerd en bij herontwikkeling van gebieden komt de overheid beleidsvrijheid toe en geschiedt de besluitvorming door democratisch gekozen organen. De redelijkheid van een opzegging kan in rechte worden getoetst, maar het kan bij een marginale toetsing blijven. Ik onderzoek in deze paragraaf recente rechtspraak over deze opzeggingsgrond.

---

329 In de gemeente Utrecht deed een erfpachter die van zijn recht af wilde, en daartoe een overeenkomst met de gemeente had gesloten, een vergeefs beroep op het beding uit de gemeentelijke erfpachtvoorwaarden over opzegging in het belang van de gemeente, HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0466, *NJ* 1992/670, m.nt. M. Scheltema (*Scheffers/Utrecht*). De inhoud van deze algemene voorwaarden zoals geciteerd in de conclusie van A-G Koopmans bij HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/670, par. 4: "Deze bepalingen betreffen het geval dat bij besluit van de gemeenteraad het erfpachtsrecht wordt beëindigd, wanneer de gemeente naar het oordeel van de raad 'de beschikking over de in erfpacht uitgegeven grond dient te verkrijgen om redenen van algemeen belang' (art. 16 lid 1)." Dit arrest is ook behandeld in par. 3.4.1 over de vraag of algemene erfpachtvoorwaarden als recht in de zin van art. 79 RO kunnen worden beschouwd.

330 Vonck 2013, p. 264-265. Art. 6:237 sub d BW: "Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijk persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een in de algemene voorwaarden voorkomend beding (…) d. dat de gebruiker van zijn gebondenheid aan de overeenkomst bevrijdt of hem de bevoegdheid daartoe geeft anders dan op in de overeenkomst vermelde gronden welke van dien aard zijn dat deze gebondenheid niet meer van hem kan worden gevergd."

331 Bijvoorbeeld art. 20 van de *Voorwaarden waarop gronden in erfpacht kunnen worden uitgegeven 1896* van de gemeente Amsterdam: "Indien de Gemeente oordeelt, voor een werk, dat volgens besluit van den Gemeenteraad van algemeen nut is, de beschikking over het in erfpacht uitgegeven terrein te moeten hebben, heeft zij de bevoegdheid het erfpachtsrecht bij besluit van den Gemeenteraad te doen eindigen, zonder dat daartoe eenige rechterlijke tusschenkomst zal noodig zijn." Zo ook art. 22 lid 1 van de *Algemeene Voorwaarden voor de uitgifte in erfpacht van gronden der gemeente 's-Gravenhage 1923*: "Aan het erfpachtrecht kan bij besluit van den Gemeenteraad een einde gemaakt worden indien die Raad het wenschelijk acht, dat om een reden die, volgens zijn oordeel van algemeen nut is, de Gemeente over den grond beschikken kunne." Zie verder de bijlagen opgenomen bij Van Velten e.a. 1995, p. 176-177 (Amsterdam 1994), p. 204 (Den Haag 1993).

332 Vonck 2013, p. 265-266. Zo zal de opzegging van een erfpachtrecht op grond van het (dreigende) faillissement van de erfpachter alleen geldig zijn als de erfverpachter daar een belang bij heeft.

6.4.4.1 Herontwikkeling als algemeen belang

Een opzegging in het algemeen belang vindt vaak zijn grondslag in plannen voor herinrichting van een deel van een gemeente zoals de binnenstad of een bedrijventerrein. Een voorbeeld van tussentijdse beëindiging van erfpachtrechten in het algemeen belang vormt een zaak die speelde in het voormalig tuinbouwgebied Sloten in de gemeente Amsterdam.[333] Een aantal tuinders had een recht van erfpacht van een perceel tuinbouwgrond in Sloten en oefenden daar hun bedrijf uit. Nadat de raad van de gemeente Amsterdam in december 1982 had besloten dat het tuinbouwgebied in de toekomst een woonbestemming zou krijgen werden vanaf 1985 onderhandelingen gevoerd met de tuinders en met andere gebruikers van de grond over de hoogte van de afkoopsommen. Die onderhandelingen werden gevoerd op basis van hetgeen zou gelden bij onteigening, uitgaande van verplaatsing van de bedrijven. Er ontstond een geschil over de vergoeding voor een lasbedrijf dat de tuinders in strijd met de erfpachtvoorwaarden in een schuur op het perceel uitoefenden. De onderhandelaar namens de tuinders had dit bedrijf terecht niet in de schadeberekening opgenomen. De schadeberekening zoals bij onteigening hield in dat alleen voor niet toegelaten bedrijfsactiviteiten een vergoeding kon worden toegekend indien de overheid deze activiteiten, als het niet tot onteigening zou zijn gekomen, zou zijn blijven gedogen en zij niet wettelijk verplicht was daartegen op te treden. Dat was hier niet het geval.

Een ander voorbeeld van een tussentijdse opzegging van erfpachtrechten in het algemeen belang is een zaak in de gemeente Enschede.[334] Vier ondernemers hadden een tijdelijk erfpachtrecht van de gemeente voor een perceel gemeentegrond in het centrum van de stad waarop zij kiosken hadden gerealiseerd. Omdat de gemeente het betreffende gebied in het kader van het Masterplan Binnenstad opnieuw wilde inrichten en daarbij geen plaats meer zou zijn voor de kiosken werden de erfpachtrechten opgezegd. De erfpachters vorderden in kort geding onder meer een verbod op ontruiming van de kiosken zolang geen uitspraak was gedaan in de bodemprocedure over de rechtsgeldigheid van de opzegging en beëindiging van de erfpachtrechten. De voorzieningenrechter stelde vast dat de erfpachtrechten door de gemeente tussentijds waren opgezegd op grond van een beding in de vestigingsakte zodat de erfpachters van deze bevoegdheid op de hoogte hadden kunnen zijn. Vervolgens toetste de voorzieningenrechter de uitvoering van de bevoegdheid aan de eisen van redelijkheid en billijkheid en aan de hand van de omstandigheden van het geval bij en na het vestigen van de erfpachtrechten. Het handelen van de gemeente diende tevens te worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waarbij een belangenafweging moest worden gemaakt. De gemeente had de erfpachters tijdig en schriftelijk laten weten voornemens te zijn de erfpachtrechten op te zeggen en daarbij was een ruime termijn voor ontruiming gehanteerd. Bij de opzegging had de gemeente niet gehandeld in strijd met het ter plaatse geldende bestemmingsplan. Daarnaast had de gemeente onverplicht onderzoek gedaan naar alternatieve locaties voor de kiosken, waarbij was gebleken dat er geen alternatieven waren. Dat

333 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2827, *NJ* 1999/244 (*Dinkgreve/LTB*).
334 Rb. Almelo (vzr) 8 december 2000, ECLI:NL:RBALM:2000:AH8305, *KG* 2001/25 (*Naafs c.s./Enschede*).

een andere kiosk tot 2006 mocht blijven staan was vanwege de afwijkende omstandigheden niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De voorzieningenrechter concludeerde dat de tussentijdse opzegging de toets van de redelijkheid en billijkheid kon doorstaan omdat de reconstructieplannen voor het betreffende gebied een belangrijke wijziging vormden die de opzegging rechtvaardigde en de gemeente de belangen van de erfpachters had meegewogen zodat zowel de opzegging als de beëindiging voorshands rechtsgeldig waren.

Een derde geval van beëindiging van een erfpachtrecht wegens herstructurering vond plaats in de Rotterdamse haven. In dit geval waren twee onder het oude recht voor bepaalde tijd in erfpacht uitgegeven haventerreinen in verband met herontwikkeling van het gebied nodig voor woningbouw zodat de rechten na afloop van de termijn waarvoor zij waren gevestigd niet werden verlengd.[335] Het ene erfpachtrecht eindigde door tijdsverloop, het andere erfpachtrecht liep na afloop van de termijn door op grond van art. 5:98 BW en werd vervolgens opgezegd. Omdat de rechten eindigden door tijdsverloop werd niet toegekomen aan de regeling uit de algemene erfpachtvoorwaarden van het havengebied Rotterdam over vervallenverklaring in het algemeen belang en had de erfpachter geen recht op een vergoeding.[336] Het beroep van de erfpachters op art. 1 EP omdat zij met lege handen achterbleven nu art. 5:99 BW niet van toepassing was en er in de vestigingsakte evenmin een opstalvergoeding was geregeld, mocht niet baten. Zij hadden immers gebruiksrechten van een beperkte duur gekregen en die duur was verstreken. Bovendien was in de voorwaarden uitdrukkelijk bepaald dat zij na einde recht het perceel dienden te ontruimen en geen recht hadden op een vergoeding voor de gebouwde opstallen. Deze uitkomst is naar mijn mening correct, maar het hof miskende dat de regeling uit de vestigingsakte voor tussentijdse beëindiging van het erfpachtrecht door vervallenverklaring om reden van algemeen belang na 1992 van rechtswege was geconverteerd in een regeling van opzegging op grond van art. 5:87 lid 3 BW. Dat in de regeling sprake was van vervallenverklaring van het recht was geen reden om deze niet van toepassing te achten. De regeling was niet van toepassing omdat de rechten reeds beëindigd waren en er geen tussentijdse beëindiging meer nodig was. De erfverpachter was ook niet verplicht om een nieuwe locatie voor de erfpachter te zoeken.

Een ander geval van herontwikkeling vond plaats aan de Waalkade in Nijmegen.[337] Een bunkerbedrijf had sinds 1971 een erfpachtrecht voor bepaalde duur op een perceel dat door middel van een brug was verbonden met een ponton in de rivier van waaruit binnenschepen werden bevoorraad met brandstoffen. Het perceel kreeg met de transformatie van industriegebied naar woningbouw een nieuwe groene bestemming die niet te verenigen was met de bedrijfsactiviteit van

335 Hof Den Haag 16 maart 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV5283 (*Arla c.s./Rotterdam*).

336 De bepaling over vervallenverklaring in het algemeen belang wordt geciteerd in Hof Den Haag 16 maart 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV5283, r.o. 1.3: "Artikel 35. 1. De gemeente kan het recht van erfpacht vervallen verklaren, indien zij het wenselijk acht, dat over het terrein kan worden beschikt voor de bouw van woningen, de aanleg van werken van openbaar nut of voor een doelmatige verdeling van de bedrijven over het havengebied. 2. Tussen het tijdstip der vervallenverklaring en dat van het tenietgaan van het recht van erfpacht moet een tijdvak van tenminste twee jaren liggen. (…) 3. De erfpachter mag de opstallen niet verwijderen. (…) 4. De gemeente geeft deswege de schadevergoeding, welke zij zou geven ingeval onteigend was op grond van de Onteigeningswet."

337 Rb. Arnhem 24 september 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BF8829, *RVR* 2009/5 (*Bunkerbedrijf c.s./Nijmegen*).

de erfpachter. Overleg met de gemeente als erfverpachter had geen resultaat. De gemeente vestigde een voorkeursrecht op het perceel en maakte duidelijk dat het erfpachtrecht na afloop in 2013 zou eindigen en dat daarna geen toegang tot het water meer gefaciliteerd zou worden. De erfpachter vorderde in kort geding een noodweg van het perceel naar de kade zodat zij haar bedrijf zou kunnen continueren of verkopen, maar dat stuitte af op het feit dat een ponton een roerende zaak was zodat art. 5:57 BW geen toepassing kon vinden. De erfpachter had als belanghebbende haar belangen in het kader van een bestuursrechtelijke procedure rond het bestemmingsplan naar voren kunnen brengen, maar had dat nagelaten en kon naar vaste rechtspraak over de tweewegenleer hetzelfde niet nog eens in een civiele procedure vorderen.[338] De erfpachter deed vergeefs een beroep op haar verlengingsrecht, de voorzieningenrechter oordeelde dat sprake was van beëindiging van het erfpachtrecht in het algemeen belang en op een in de wet voorziene wijze zodat geen sprake van een inbreuk op het eigendomsrecht van de erfpachter in de zin van art. 1 EP.[339] Omdat het einde van het erfpachtrecht voorzienbaar was en de erfpachter zelf had nagelaten bezwaren tegen het nieuwe bestemmingsplan in te dienen viel de gemeente ook geen handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te verwijten. Uit het vonnis is niet duidelijk af te leiden waarom geen vordering tot medewerking aan bedrijfsverplaatsing was ingediend ondanks dat vanuit belangenorganisaties en de overheid het belang van het voortzetten van de bunkerfunctie voor de scheepvaart was benadrukt.

De opzeggingsgrond beëindiging in het algemeen belang moet in de vestigingsakte staan, anders kan deze niet rechtsgeldig worden ingeroepen, ook niet bij herontwikkeling. Een dergelijke situatie vond plaats in de zaak rond een busremise in Beverwijk.[340] De grondeigenaar had in 1986 voor veertig jaar tot 16 januari 2024 een erfpachtrecht gevestigd ten gunste van een rechtsvoorganger van busmaatschappij Connexxion. In de vestigingsakte was onder meer bepaald dat de erfpachter het perceel na afloop schoon moest opleveren. Toen de remise voortijdig plaats moest maken voor de aanleg van een busbaan in het kader van

338 Rb. Arnhem 24 september 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BF8829, r.o. 4.5: "Vast staat dat [eiser] het veilig stellen voor de toekomst van een weg of doorgang naar haar bunkerponton niet naar voren heeft gebracht in het kader van de besluitvorming omtrent het bestemmingsplan. Zij had, naar het oordeel van de voorzieningenrechter, de in dat kader aan haar op grond van het bestuursrecht ter beschikking staande mogelijkheden kunnen benutten. Als beperkt gerechtigde op en belanghebbende bij de percelen die binnen het plangebied vallen en die voor de ontsluiting van het bunkerschip van belang zijn, kan zij worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van artikel 1:2 van de Awb. Dat het bunkerponton buiten het plangebied ligt, had haar dus niet van een bestuursrechtelijke rechtsgang hoeven te weerhouden. Zij had als belanghebbende gebruik kunnen maken van de mogelijkheden van het indienen van zienswijzen tegen het voorontwerp bestemmingsplan en van het instellen van beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zoals neergelegd in de Awb en de WRO tegen de besluitvorming omtrent het bestemmingsplan. Er stond dus voor haar een met voldoende waarborgen omklede bestuursrechtelijke rechtsgang open. Nu zij daarvan geen gebruik heeft gemaakt, kan zij naar vaste jurisprudentie niet worden ontvangen in haar civielrechtelijke vordering tot het verlenen van een onbelemmerde doorgang voor zover daarmee het bestemmingsplan aangetast zou worden (zie onder meer HR 16 mei 1986, *AB* 1986, 573, Heesch/Van de Akker)."

339 Rb. Arnhem 24 september 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BF8829, r.o. 4.7: "Hoewel de planologische ontwikkelingen door de gemeente inderdaad een inmenging in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM op het recht van [eiser] van eigendom en exploitatie van het bunkerponton kunnen vormen, betreft het een inmenging die in dit geval bij wet – onder meer de Awb en de WRO – is voorzien. De gemeente heeft dus gebruik gemaakt van de uitzondering op de in dat artikel opgenomen bescherming. Aan die uitzondering is in dit geval de niet benutte, administratiefrechtelijke procedure gekoppeld."

340 Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5628, *JBO* 2013/127, m.nt. H.J. Bos (*Beverwijk/Connexxion*).

herontwikkeling bleek dat de grond verontreinigd was. De erfverpachter, de gemeente en de erfpachter onderhandelden en maakten afspraken over beëindiging van het erfpachtrecht en sanering van de grond, waarna de erfpachter het perceel ontruimde en de erfverpachter het afgesproken bedrag tot afkoop van de saneringsverplichting betaalde. Vervolgens zouden erfverpachter en erfpachter hun rechten overdragen aan de gemeente waarna het erfpachtrecht door vermenging teniet zou gaan. Deze overdracht liet echter op zich wachten. Ondertussen sprak de gemeente als opvolgend erfverpachter de voormalige erfpachter in rechte aan op verwijdering van de verhardingslaag uit de bodem van het perceel en op medewerking aan het beëindigen van het erfpachtrecht. De rechtbank oordeelde dat de medewerking aan beëindiging van het erfpachtrecht geen grondslag kende in de vestigingsakte.[341] De zakelijke verplichting het perceel schoon op te leveren gold in de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter en was met de afspraken tussen deze partijen tenietgegaan zodat de gemeente zich daarop niet kon beroepen.[342] Met annotator Bos ben ik van mening dat de gemeente hier onhandig manoeuvreerde en het aan zichzelf te wijten had dat zowel de sloop- als de saneringskosten voor haar rekening kwamen.[343]

De koper van een erfpachtrecht in een gebied waarvoor herontwikkelingsplannen gelden moet extra op de resterende duur van het recht of het tijdvak letten. Een erfpachter van een tijdelijk recht op een perceel met bedrijfsgebouw op een bedrijventerrein in Schiedam had het recht gekocht op het moment dat de plannen voor herstructurering van het terrein al in gang waren gezet en de erfpachter dus ermee bekend had kunnen zijn.[344] De erfpachter, die op het perceel een sportschool exploiteerde, diende een verzoek om verlenging van het erfpachtrecht na afloop van de termijn in, welk verzoekdoor de gemeente als erfverpachter werd afgewezen vanwege de nieuwe bestemming van het perceel als groenstrook. De gemeente liet in het kader van de herontwikkeling van het bedrijventerrein bestaande erfpachtrechten aflopen, alleen als erfpachters zelf bereid waren tot tussentijdse beëindiging was de gemeente bereid het erfpachtrecht aan te kopen voor een getaxeerde prijs. Dat was hier het geval. Onderhandelingen leidden tot de afspraak dat de gemeente het erfpachtrecht zou aankopen en het bedrijf zou worden verplaatst, maar partijen werden het niet eens over de hoogte van de vergoeding. De rechtbank oordeelde in een tussenvonnis dat tussen partijen geen

341 Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5628, r.o. 4.1: "De rechtbank ziet geen grond voor toewijzing van de (onder a) gevorderde medewerking van Connexxion aan beëindiging van de erfpacht. De erfpachtakte voorziet niet in een tussentijdse beëindigingsmogelijkheid, terwijl Gemeente Beverwijk geen (andere) grondslag aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd. Het overleg tussen partijen op en na de zitting heeft (kennelijk) niet tot een onmiddellijke beëindiging van de erfpachtrelatie met wederzijds goedvinden geleid." Zoals Bos, *JBO* 2013/127 opmerkt is beëindiging met wederzijds goedvinden een vorm van afstand van recht in de zin van art. 3:81 lid 2 sub c BW, waarvoor vormvereisten gelden.

342 Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5628, r.o. 4.7: "De rechtbank begrijpt dat Gemeente Beverwijk bedoelt dat sprake is van een kwalitatief recht van de eigenaar van het perceel jegens Connexxion als erfpachter. De rechtbank verwerpt deze stelling, reeds omdat het gestelde kwalitatieve recht dat NS Vastgoed met Connexxion zou zijn overeengekomen op 6 december 2005 in elk geval met de (onder meer) door NS Vastgoed met Connexxion nadien gesloten onder 2.7 bedoelde vaststellingsovereenkomst teniet is gegaan, nu ten aanzien van de tegenover het gestelde recht staande verplichting van Connexxion door (onder meer) NS Vastgoed finale kwijting en vrijwaring is verleend. Gelet hierop bestond het gestelde recht niet meer ten tijde van de overdracht van het perceel in 2008 en kan het dus ook niet (van rechtswege) zijn overgegaan op Gemeente Beverwijk."

343 Bos, *JBO* 2013/127.

344 Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT8470 (*erfpachter/Schiedam*).

koopovereenkomst tot stand was gekomen en dat de gemeente gedurende de onderhandelingen verwijtbaar zeer lang had stilgezeten, wetende dat door tijdsverloop de waarde van het erfpachtrecht zou verminderen. De schade van de erfpachter als gevolg van deze onrechtmatige daad moest worden vastgesteld op de vergoeding die de gemeente in maart 2009 op basis van het vastgestelde beleid en bij hantering van de juiste parameters aan de erfpachter zou hebben betaald. Hier was dus geen sprake van opzegging in het algemeen belang, maar van tussentijdse beëindiging van een erfpachtrecht door aankoop van het recht door de erfverpachter.

In het eindvonnis werd de waardevergoeding na beëindiging van het erfpachtrecht vastgesteld, mede in het licht van het onrechtmatig handelen van de gemeente als erfverpachter.[345] Dit vonnis bevat een aantal opvallende uitspraken over de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter, met name in de periode nadat het recht door tijdsverloop is geëindigd en stilzwijgend doorloopt terwijl partijen met elkaar onderhandelen over de hoogte van de vergoeding. De rechtbank zag in die situatie geen ruimte voor een toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

> "Zoals de Gemeente terecht betoogt is er in het geval sprake is van het eindigen van een erfpachtrecht nauwelijks tot geen ruimte voor een belangenafweging, al dan niet (mede) in het kader van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur."[346]

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben op grond van art. 3:14 BW echter ook betrekking op privaatrechtelijk handelen van de gemeente. Naar mijn mening duurt de rechtsverhouding tussen partijen voort zolang zij daarbij belang hebben, en dat is onder meer het geval zolang de vereiste schadevergoeding nog niet is afgehandeld. Zolang de verhouding voortduurt zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid op de rechtsverhouding van toepassing. Daarnaast miskende de rechtbank dat art. 5:98 BW meebrengt dat het erfpachtrecht stilzwijgend doorloopt zolang het niet expliciet is opgezegd:

> "Hierbij is van belang dat het erfpachtsrecht op 31 mei 2011 als geëindigd moet worden beschouwd, zodat er vanaf die datum geen contractuele basis is voor vergoeding van erfpachtcanon."[347]

Vanaf de afgesproken einddatum geldt in beginsel een stilzwijgende voortzetting van de daarvoor geldende erfpachtvoorwaarden, waaronder ook de canon. In dit geval oordeelde de rechtbank terecht dat partijen zelf de canon opzij hadden gezet, ook voor de periode na het einde van de looptijd van het recht. Dat geen overeenstemming werd bereikt over beëindiging van het recht was in dit geval te wijten aan het stilzitten van de gemeente zodat ook om die reden geen canon moest worden verrekend met de schadevergoeding.

---

345 Rb. Rotterdam 4 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4714 (*erfpachter/Schiedam*).
346 Rb. Rotterdam 4 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4714, r.o. 2.21.
347 Rb. Rotterdam 4 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4714, r.o. 2.14.

6.4.4.2 Doorkruising Onteigeningswet

In 2014 wijst de Hoge Raad een eerste uitspraak over een beding in algemene opstalvoorwaarden dat tussentijdse beëindiging van het recht om redenen van algemeen belang mogelijk maakt.[348] Het bewuste beding in de algemene opstalvoorwaarden 2007 van het betreffende hoogheemraadschap luidde:

> "8.2 Tussentijdse beëindiging van het Recht van Opstal door Rijnland kan geschieden met een opzegtermijn van twaalf maanden, mits het algemeen belang zulks vordert. (…)"[349]

Het hoogheemraadschap vorderde een verklaring voor recht dat het als grondeigenaar gerechtigd was deze bepaling toe te passen, terwijl de opstalhouders betoogden dat deze bepaling een doorkruising van het stelsel van de Onteigeningswet opleverde. Zij vonden daarbij wellicht steun in de opvatting van Vonck dat het publiekrechtelijke regime exclusief is omdat de Grondwet een wettelijke grondslag voor onteigening vereist en voorziet in uitvoerige rechtsbescherming voor de onteigende.[350] Maar naar het oordeel van de Hoge Raad vormde het beding geen onaanvaardbare doorkruising van de regeling van de Onteigeningswet. De wetgever heeft in art. 5:87 lid 3 BW een opzeggingsbevoegdheid voor de grondeigenaar toegestaan op uitdrukkelijk verzoek van de praktijk van stedelijke erfpacht en daarbij is geen aanleiding gevonden voor een bijzondere regeling voor opzegging in het algemeen belang. De opzegging in het algemeen belang valt onder art. 5:87 lid 3 BW en staat naast de regeling uit de Onteigeningswet. In de woorden van de Hoge Raad:

> "In het voor de erfpacht geschreven art. 5:87 lid 3 BW, dat op grond van art. 5:104 lid 2 BW ook geldt voor het recht van opstal, voorziet de wet uitdrukkelijk in de mogelijkheid van opzegging door de grondeigenaar; de bevoegdheid daartoe kan worden opgenomen in de akte van vestiging. Bij de parlementaire behandeling van deze bepalingen is onder ogen gezien dat de grondeigendom bij erfpacht- en opstalrechten vaak in handen is van de overheid, dat bij de vestiging van erfpacht- en opstalrechten in de regel door de overheid opgestelde algemene voorwaarden worden gehanteerd en dat de bevoegdheid tot opzegging, waarin deze bepalingen voorzien, in die voorwaarden kan worden opgenomen (Parl. Gesch. Boek 5, p. 306 en 335, en Parl. Gesch. Boek 5 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1061-1071). *Daarbij is geen aanleiding gevonden voor een bijzondere regeling met betrekking tot het geval dat de overheid het recht van erfpacht of opstal wenst op te zeggen in het algemeen belang of voor gebruik ten algemene nutte*. Hieruit volgt dat naar de bedoeling van de wetgever de mogelijkheid tot onteigening van een recht van erfpacht of opstal op grond van art. 4 Onteigeningswet niet in de weg staat aan de mogelijkheid van opzegging van dat recht door de overheid als grondeigenaar. Reeds om deze reden levert de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging van art. 8.2 AV2007 geen onaanvaardbare doorkruising van de Onteigeningswet op."[351]

---

348 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13, m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*). Deze bepaling en het arrest van de Hoge Raad zijn ook behandeld in par. 3.4.5 over de beoordeling van algemene opstalvoorwaarden.

349 Het bij besluit van 2011 gewijzigde art. 8.2 AV2007 zoals geciteerd in de conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:526, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, par. 3.48.

350 Vonck 2013, p. 108-109.

351 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, r.o. 3.8.2. Nadruk toegevoegd.

Als de wetgever de onteigening van een erfpacht- of opstalrecht exclusief had willen beperken tot de Onteigeningswet[352] was art. 5:87 lid 3 BW er niet gekomen of had in de parlementaire geschiedenis een uitdrukkelijke toelichting gestaan dat de opzeggingsgrond niet kan worden gevonden in het algemeen belang. Dat verhoudt zich niet goed met de doelstelling van stedelijke erfpacht. Niet alleen handelen gemeenten en andere overheden altijd in het algemeen belang, ook indien zij privaatrechtelijk handelen, maar ook was ten tijde van het tot stand komen van het NBW een belangrijke doelstelling van stedelijke erfpacht dat de waardevermeerdering van de grond aan de gemeenschap ten goede zou komen. Huijgen had reeds in zijn preadvies uit 1995 gewezen op de procedurele waarborgen die de Onteigeningswet biedt en kwam daar naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad op terug.[353] Huijgen onderschrijft het oordeel van de Hoge Raad en wijst erop dat art. 5:87 lid 3 BW van regelend recht is en ziet daarnaast de voortgezette invloed van het Lelystadarrest,[354] waarin werd geoordeeld dat privaatrechtelijke regelingen over grondgebruik niet snel een onaanvaardbare doorkruising van publiekrecht zullen vormen, zeker niet wanneer een reeds decennia lang bestaande praktijk die ertoe heeft geleid dat ten aanzien van gronden allerlei kettingbedingen, kwalitatieve verplichtingen en erfpachtvoorwaarden van kracht zijn die met nietigheid zullen worden bedreigd en derhalve de rechtszekerheid ten aanzien van de rechtstoestand van onroerend goed ernstig in het gedrang zal komen. In de woorden van Huijgen:

> "Dit geldt ook indien men nu ten aanzien van erfpachtvoorwaarden zou oordelen dat reeds decennia bestaande regelingen met betrekking tot opzegging van erfpacht- en opstalrechten op gronden ontleend aan het algemeen belang een onaanvaardbare doorkruising zouden vormen van de Onteigeningswet."[355]

Indien de erfpachter of opstalhouder bij een opzegging van zijn recht in het algemeen belang recht heeft op een vergoeding op grond van de Onteigeningswet is er bovendien geen economische reden om doorkruising aan te nemen en hetzelfde geldt indien de vergoeding wordt vastgesteld op de voet van art. 5:99 BW.

6.4.4.3 Een financieel algemeen belang

Een in de vestigingsakte opgenomen mogelijkheid van verlenging van een tijdelijk erfpachtrecht wordt soms gekoppeld aan de voorwaarde dat verlenging niet in strijd is met het algemeen belang van de gemeente. Dat belang kan ook een

352 Onteigening dient uitsluitend het algemeen belang, aldus art. 14 lid 1 Grondwet, wat is uitgewerkt in de Onteigeningswet.
353 Huijgen 1995, 138-142 en Huijgen 2015.
354 HR 8 juli 1991, *NJ* 1991/691, m.nt. M. Scheltema, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en Antiekstudio/Lelystad*).
355 Huijgen 2015, p. 4.

financieel belang zijn.[356] In een zaak die speelde in Zandvoort bevatte de vestigingsakte van een tijdelijk erfpachtrecht gevestigd in 1964 een mogelijkheid van verlenging na ommekomst van de termijn van vijftig jaar.[357] Verlenging was mogelijk tenzij het gemeentebelang zich tegen verlenging verzette.[358] Over canonherziening, tussentijds dan wel bij verlenging, werd in de vestigingsakte niets bepaald en die leemte leidde tot een rechtszaak. In 2010 en vier jaar voor het eindigen van de termijn verzocht de VvE, het erfpachtrecht was inmiddels gesplitst in appartementsrechten, de erfverpachter om verlenging conform de erfpachtvoorwaarden. Dit betekende volgens de erfpachter dat de canon niet gewijzigd zou worden. De gemeente weigerde het erfpachtrecht tegen gelijkblijvende voorwaarden te verlengen onder verwijzing naar het in 2009 vastgestelde beleid dat verkoop of heruitgifte van percelen grond uitsluitend kon geschieden tegen marktconforme prijzen. De verlenging tegen ongewijzigde voorwaarden was tegen het gemeentelijk belang omdat een niet marktconforme canon in strijd was met het gemeentelijk beleid.

De rechtbank liet in het midden of de erfpachtvoorwaarden de erfpachters een recht op verlenging tegen gelijkblijvende voorwaarden gaven omdat het beroep van de gemeente op de uitzondering dat een gemeentelijk belang zich tegen verlenging verzette slaagde. Dat gemeentelijk belang bestond uit het gewijzigde erfpachtbeleid dat uitging van marktconforme canons en daarmee had de gemeente een financieel belang dat zich verzette tegen verlenging op basis van de oude canon. De erfpachters betwistten dat dit financiële belang gezien moest worden als een gemeentebelang als bedoeld in de voorwaarden, maar naar het oordeel van de rechtbank volgde uit een objectieve uitleg van de erfpachtvoorwaarden *niet* dat het gemeentebelang *geen* financieel belang kon omvatten.[359] De subjectieve partijbedoelingen bij uitgifte deden niet ter zake en voor het overige hadden de erfpachters onvoldoende bewijs voor hun stelling aangedragen. Daarmee werd de stelling van de gemeente als erfverpachter gevolgd dat een gemeentebelang zich verzette tegen verlenging op dezelfde voorwaarden.[360] Dat algemeen belang kan ook een financieel belang zijn.

---

356 Vgl. over een kettingbeding in een koopovereenkomst: HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642, *NJ* 2007/58, m.nt. J. Hijma (*Chidda*), r.o. 3.5.3: "Bij het algemeen belang als bedoeld in art. 6:259 lid 1 onder a BW kan het gaan om uiteenlopende belangen van maatschappelijke aard. Een (bepaling in een) overeenkomst kan dienen ter behartiging van verschillende belangen van maatschappelijke aard, waarbij het, voor zover thans van belang, niet slechts gaat om planologische belangen, maar ook om financieel-economische belangen. Door zijn oordeel dat het ongewijzigd voortduren van de privaatrechtelijke bestemmingsbepaling van art. 2 lid 1 niet in strijd is met het algemeen belang, te baseren op de hiervoor in 3.5.1 weergegeven overweging, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting omtrent het begrip algemeen belang in evenvermelde bepaling."

357 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2189 (*VvE/Zandvoort*).

358 In de woorden van het besluit van de raad van 18 december 1962 en geciteerd bij Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2189, r.o. 2.4: "De erfpachtsuitgifte geschiedt voor de tijd van 50 jaar, met de mogelijkheid van verlenging na die termijn, tenzij het gemeentebelang zich daartegen verzet."

359 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2189, r.o. 4.7: "De rechtbank is van oordeel dat de VvE c.s. onvoldoende heeft gemotiveerd waarom 'het gemeentebelang' als bedoeld in voorwaarde 2 van het besluit geen financieel belang, inhoudende het verkrijgen van een marktconforme canon, zou kunnen zijn."

360 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2189, r.o. 4.8: "Op grond van het voorgaande concludeert de rechtbank dat het door de gemeente gestelde financiële belang, te weten *het verkrijgen van een marktconforme canon ter bevordering van het financieel rendement van het in erfpacht uitgegeven perceel*, aangemerkt kan worden als een gemeentebelang als bedoeld in voorwaarde 2 van het besluit dat zich tegen verlenging van het erfpachtrecht verzet. Op grond van voorwaarde 2 van het besluit is de gemeente derhalve niet gehouden om tot een verlenging van het tijdelijke erfpachtrecht van de VvE c.s. over te gaan. De gemeente is derhalve evenmin gehouden om tot verlenging van het erfpachtrecht over te gaan onder gelijkblijvende voorwaarden en tegen een gelijkblijvende canon(grondslag)." Nadruk toegevoegd.

De rechtbank kwam ter weerlegging van een stelling van de erfpachters nog met een overbodige uitleg van de vestigingsakte over de bedoelde duur van het recht waarin een uitgifte voor honderd jaar gelijk werd gesteld aan een recht voor onbepaalde duur, wat in strijd zou zijn met de partijbedoeling bij uitgifte.[361] Naar mijn mening maakten de erfpachters terecht gebruik van de leemte in de vestigingsakte ten aanzien van de voorwaarden waaronder het recht na vijftig jaar verlengd zou kunnen worden en was het niet nodig om de vestigingsakte op het punt van de beoogde duur van het recht uit te leggen. Het ging om de uitgifte aan een bouwondernemer met de naam Zeebad NV van een groot perceel aan de boulevard van Zandvoort met de verplichting daar een complex met hotels, winkels en woningen te bouwen. Er was niets afgesproken over canonverhoging. De ondernemer had verzocht om eeuwigdurende erfpacht om zijn exploitatie veilig te stellen en wat hij kreeg was een recht voor vijftig jaar met recht op verlenging en een recht van koop binnen tien jaar. Van dat kooprecht is geen gebruikgemaakt, mogelijk vanwege de van Rijkswege vastgestelde prijs.[362] Vanuit de uitgevende gemeente werd in 1965 aangegeven dat het deel openbare weg ook een openbaar karakter zou houden en dat daarvoor in het geval van aankoop een eeuwigdurende erfdienstbaarheid gevestigd diende te worden, maar omdat dit alleen in een gespreksverslag stond en niet aan de vestigingsakte werd toegevoegd kon de rechtbank geen rekening houden met de bedoeling van de gemeente bij uitgifte.

Het algemeen belang kan, in de woorden van het Chidda-arrest, bestaan uit planologische belangen en financieel-economische belangen, zoals het bevorderen van financieel rendement van de uitgegeven grond door middel van de contractuele bestemmingsbepaling in samenhang met het aan de gemeente toekomende terugkooprecht.[363] Voor de herstructurering van gebieden en terreinen bestaan publiekrechtelijke instrumenten waarmee de bestemming van gronden kan worden aangepast aan veranderde inzichten. Door de gemeente vastgesteld beleid ten aanzien van de uitgifte van grond in erfpacht tegen een marktconforme canon, dient naar mijn mening minimaal te voldoen aan de voorwaarden voor beleidsregels in de zin van art. 3:1 lid 4 Awb, indien het als algemeen belang ten grondslag wordt gelegd aan een opzegging of het niet verlengen van een erf-

361 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2189, r.o. 4.9: "De rechtbank overweegt dat de door de VvE c.s. verdedigde uitleg van de notariële akte althans van het besluit, inhoudende dat de gemeente gehouden zou zijn tot verlenging van het erfpachtrecht van de VvE c.s. onder gelijkblijvende voorwaarden en tegen een gelijkblijvende canon(grondslag), zou meebrengen dat in feite een erfpachtrecht voor de duur van 100 jaar zou zijn uitgegeven, terwijl vast staat dat de gemeente een tijdelijk erfpachtrecht aan [E] en [F] heeft verstrekt omdat zij geen onbeperkt erfpachtrecht wilde uitgeven. Die uitleg kan naar het oordeel van de rechtbank, in het licht van de tekst van de gehele overeenkomst, niet als de waarschijnlijke bedoeling van de oorspronkelijk betrokken partijen worden aangenomen."

362 Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2189, r.o. 2.3: "Op basis van de Wet Wederopbouw Publiekrechtelijke Lichamen heeft het Rijk aan de gemeente een geldelijke bijdrage betaald om de (her)ontwikkeling van het gebied 'Zeereep Midden III', waar het perceel onderdeel van uitmaakt, mogelijk te maken, onder de voorwaarde dat de verkoopprijs van het perceel op fl. 1.200.000,00 zou worden gesteld."

363 Conclusie A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2014:526, bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071, par. 3.5.3.

pachtrecht. Het begrip marktconformiteit kent voor overheidshandelen een grondslag in art. Comptabiliteitswet.[364]

6.4.5 Onrechtmatige opzegging

Een bevoegdheid kan door degene aan wie die bevoegdheid toekomt niet worden ingeroepen voor zover hij haar misbruikt, aldus art. 3:13 lid 1 BW. Dat ondervond een dienst van de Rijksoverheid bij de opzegging van een zeer specifiek opstalrecht.[365] De opstalhouder van het perceel voor de bouw van een proeffabriek voor het vervaardigen van compost ten behoeve van de champignonteelt had sinds 2001 de afgesproken retributie niet meer betaald en het gebouw in strijd met de afspraken verhuurd aan een derde. Dat de opstalhouder twee dagen na het exploot van opzegging de achterstallige retributie alsnog betaalde, staat normaal gesproken een opzegging op grond van wanbetaling niet in de weg. In dit geval maakte de opstalhouder bezwaar tegen de opzegging omdat de grondeigenaar het perceel waarop het opstalrecht was gevestigd had verkocht aan een derde onder de verplichting het perceel schoon op te leveren. Omdat de grondeigenaar pas op het niet betalen van de retributie had gereageerd na het sluiten van de koopovereenkomst en pas was gaan opzeggen toen de datum van levering naderbij kwam, achtte de rechtbank de opzegging onder die omstandigheden misbruik van bevoegdheid nu de opzeggingsbevoegdheid werd gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij was verleend.[366]

Indien de erfverpachter een erfpachtrecht opzegt terwijl niet aan de dwingendrechtelijke vereisten voor opzegging uit art. 5:87 lid 2 BW is voldaan, pleegt de erfverpachter jegens de erfpachter daarmee een onrechtmatige daad. Zo oordeelde de rechtbank Rotterdam in de zaak over het niet gebruiken van een havenperceel volgens de afgesproken bestemming:

> "De rechtbank is voorts met Recobel van oordeel dat voornoemde opzeggingen jegens Recobel een onrechtmatige daad opleveren waarvoor het Havenbedrijf aansprakelijk is. Het Havenbedrijf is er immers toe overgegaan de erfpachtrechten op te zeggen wegens tekortschieten van Recobel op basis van de tekst van de bij vestiging op de erfpachten van toepassing verklaarde voorwaarden, terwijl niet was voldaan aan de dwingendrechtelijke vereisten van artikel 5:87 lid 2 BW; dat wil zeggen: het Havenbedrijf is overgegaan tot het ingrijpende middel van opzegging van de erfpachtrechten terwijl zich niet de situatie voordeed dat Recobel in ernstige mate was tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Dit is onzorgvuldig te achten. *Het Havenbedrijf heeft daarmee jegens Recobel gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*. Of Recobel dientengevolge schade heeft geleden doordat zij

364 Op grond van de Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006, die werd vastgesteld op basis van de Comptabiliteitswet, dient de overdracht van onroerende zaken van de Staat aan derden zoals gemeenten, bedrijven en particulieren te geschieden tegen marktconforme prijzen, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2014/15, 29659, 137 (Brief van de Minister voor Wonen en Rijkdienst en staatssecretaris van Economische Zaken van 18 december 2014), p. 1.

365 Rb. Roermond 2 april 2008, ECLI:NL:RBROE:2008:BG0625, *NJF* 2008/444 (*Dienst Landbouwkundig Onderzoek/Coöperatieve Ned. Champignonkwekersvereniging*).

366 Rb. Roermond 2 april 2008, *NJF* 2008/444, r.o. 4.7. De op grond van de opstalvoorwaarden vereiste boeterente moest de opstalhouder alsnog betalen, maar het recht bleef in stand.

inkomsten uit exploitatie van de percelen door verhuur aan derden is misgelopen, kan worden betwijfeld."[367]

De onrechtmatige opzegging kan vergeleken worden met de gevolgen van het ten onrechte weigeren van toestemming voor overdracht uit een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 13 januari 2015, waarbij schadevergoeding aan de erfpachter werd toegekend omdat de erfverpachter had gehandeld in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid.[368] De rechtbank Rotterdam constateerde een onrechtmatige daad in de vorm van handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, terwijl het hof Arnhem-Leeuwarden uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van verbintenissen afleidde. Weliswaar zijn de eisen van redelijkheid en billijkheid ook van toepassing op een goederenrechtelijke rechtsverhouding als die tussen erfpachter en erfverpachter, maar het komt mij voor dat de schending van een goederenrechtelijk recht gezien het stelsel van de wet eerder te kwalificeren is als een onrechtmatige daad dan als een toerekenbare tekortkoming. Zowel opzegging als toestemming voor overdracht zijn in de wet geregelde bevoegdheden van de erfverpachter die behoren tot de kern van het recht en die daarmee goederenrechtelijk van aard zijn zodat het ageren met een goederenrechtelijke actie wegens inbreuk op een beperkt recht meer voor de hand ligt dan een verbintenisrechtelijke benadering.

6.4.6 Samenvatting en conclusie opzegging door de erfverpachter

De bevindingen uit recente rechtspraak laten zich samenvatten door te stellen dat het niet eenvoudig is voor een erfverpachter om een gevestigd erfpachtrecht tussentijds te beëindigen tegen de wil van de erfpachter. Een erfpachter die zijn verplichtingen niet nakomt riskeert anderzijds het verlies van zijn recht, mits die verplichtingen duidelijk blijken uit de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden.

Art. 5:87 BW had op 1 januari 1992 onmiddellijke werking en daarnaast is voor op dat moment reeds bestaande rechten de opzegging krachtens art. 766 OBW blijven bestaan. Contractuele bepalingen over vervallenverklaring van het recht zijn op 1 januari 1992 niet meer van toepassing voor zover zij ten nadele van de erfpachter afwijken van art. 5:87 BW. Er doet zich nog een substantieel aantal gevallen voor waarin het overgangsrecht een rol speelt, onder meer blijkend uit het grote aantal gevorderde verklaringen voor recht dat een erfpachtrecht wel of niet rechtmatig is opgezegd.

Opzegging wegens wanbetaling van de canon gedurende meer dan twee jaar is eenvoudig aantoonbaar en leidt in de praktijk niet tot veel rechtszaken. Een nieu-

367 Rb. Rotterdam 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK3399, *RVR* 2010/15 (*Recobel/Havenbedrijf Rotterdam*), r.o. 2.26. Nadruk toegevoegd.

368 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, *TBR* 2015/153, m.nt. W.J.E. van der Werf (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), r.o. 4.12. Dit arrest is onder meer behandeld in par. 4.7 over schadevergoeding bij het ten onrechte weigeren van toestemming voor overdracht.

we erfverpachter die om deze reden wil opzeggen dient erop te letten dat hij ook gerechtigd is tot de te vorderen achterstallige canon. De verwachting dat de erfpachter in de toekomst wel zal betalen speelt geen rol. Betaling van de achterstallige canon door de erfpachter direct na ontvangst van het exploot van opzegging is verschuldigd betaald maar doet de bevoegdheid tot opzegging niet tenietgaan. De hoogte van de canon kan wel een rol spelen. Een symbolische canon kan buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een opzegging. Indien in de vestigingsakte is bepaald per welke datum de canon dient te worden bepaald is sprake van een fatale termijn in de zin van art. 6:83 sub a BW en is geen ingebrekestelling nodig.

De rechtspraak over de opzegging wegens ernstig tekortschieten in de nakoming van zijn andere verplichtingen bevestigt de door Vonck geïdentificeerde criteria, met name indien een erfpachter een duidelijk in de vestigingsakte omschreven verplichting die verband houdt met de bestemming van het erfpachtrecht niet nakomt. Dit betreft zowel het niet realiseren van een afgesproken bestemming als handelen in strijd met de bestemming. Factoren die kunnen duiden op in ernstige mate tekortschieten zijn het belang van de geschonden verplichting in het erfpachtrecht, de constatering dat de verplichting naar verwachting ook niet meer nagekomen zal worden en dat het tekortschieten aan de erfpachter verweten kan worden. Bij de toets of een erfpachter zodanig ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van zijn onderhoudsverplichting dat de opzegging van het recht gerechtvaardigd is, maakt de rechter vaker gebruik van het begrippenpaar redelijkheid en billijkheid dan bij opzegging wegens wanbetaling. Het in ernstige mate tekortschieten laat zich ook lastiger feitelijk vaststellen dan een wanbetaling. De staat van onderhoud bij aanvang en de gewenste staat van onderhoud dienen te worden vastgelegd en bouwkundige rapporten en eventueel eigen waarneming van de rechter tijdens een descente zijn ervoor nodig. De verwachting dat een erfpachter zijn onderhoudsverplichting in de toekomst gaat nakomen speelt eveneens een rol en kan worden aangetoond door middel van een reservering van gelden. In dat geval is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de erfverpachter het recht kan beëindigen door opzegging. De toepassing van maatstaven van redelijkheid en billijkheid omvat het meewegen van het belang van de erfpachter bij behoud van zijn recht.

Beëindiging van een erfpachtrecht om redenen van algemeen belang voordat de afgesproken duur van het recht is verstreken is voorbehouden aan publiekrechtelijke grondeigenaren die zich deze bevoegdheid in de vestigingsakte hebben voorbehouden. Het algemeen belang dat de grondslag voor opzegging of niet verlenging van erfpachtrechten vormt betreft meestal een kwestie van ruimtelijke ordening. Na verloop van tijd wordt het gebied waar percelen in erfpacht waren uitgegeven opnieuw ingedeeld en/of herontwikkeld waarbij de bestemming van percelen wordt gewijzigd. Erfpachters die daarvan nadeel ondervinden dienen gebruik te maken van de publiekrechtelijke mogelijkheden om de besluiten tegen te houden. Veelal is een vergoeding voor de erfpachter voorzien conform de regeling van de Onteigeningswet. De wetgever heeft art. 5:87 lid 3 BW met name bedoeld voor opzegging in het algemeen belang en dit vormt geen onaanvaardbare doorkruising van het stelsel van de Onteigeningswet. Daarnaast wordt in

een geval waarbij een erfpachtrecht op grond van een algemeen belang niet ongewijzigd wordt verlengd geoordeeld dat het algemeen belang ook een financieel belang kon inhouden. Algemeen wordt aangenomen dat het de erfverpachter vrijstaat een marktconforme canon als tegenprestatie voor een gebruiksrecht te vragen. Indien een overheidsorganisatie optreedt als erfverpachter dient de marktconforme canon te berusten op een beleidsregel. Indien de grondeigenaar ten onrecht het erfpachtrecht opzegt pleegt hij een onrechtmatige daad jegens de erfpachter en dient eventuele schade te worden vergoed.

6.5 Beëindiging door vermenging

Een erfpachtrecht kan ook eindigen doordat de erfpachter de blote eigendom van de grond verkrijgt of, andersom, indien de erfpachter het erfpachtrecht aan de erfverpachter overdraagt.[369] In beide gevallen komen beide rechten in één hand en gaat het erfpachtrecht door vermenging ex art. 3:81 lid 2 sub e BW teniet. Voor beide handelingen gelden de vereisten voor overdracht zodat het erfpachtrecht eindigt met de inschrijving van de notariële akte van levering in de openbare registers. Een knelpunt vormt de wijze waarop de koopprijs, de waarde van de blote eigendom van de grond of van het erfpachtrecht bepaald moet worden. Dit is een lastige waardekwestie omdat overdracht aan de zittende erfpachter een andere zaak is dan overdracht van de blote eigendom aan een derde. Deskundigen zijn het niet eens over de factoren die in dat geval in de waardering betrokken moeten worden. De waardevraag wordt hier alleen behandeld voor zover de rechtsverhouding tussen partijen daarbij in het geding is.

In Nederland is aankoop van de blote eigendom door de erfpachter niet wettelijk geregeld.[370] In de vestigingsakte kan een voorkeursrecht van koop voor de erfverpachter of de erfpachter worden opgenomen en een dergelijk beding heeft in beginsel zakelijke werking.[371] Een overeenkomst tot aankoop van de blote eigendom door de erfpachter zonder grondslag in de vestigingsakte vormt een verbintenisrechtelijke transactie met goederenrechtelijke werking in de zin dat met de levering de eigendom van de grond in een hand komt en het erfpachtrecht

369 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/15 omschrijven de overdracht van het erfpachtrecht aan de erfverpachter als afstand in de zin van art. 3:81 lid 2 sub c BW: "Men kan afstand van een beperkt recht opvatten als overdracht van het beperkte recht door de rechthebbende aan degene aan wie het moederrecht toekomt."

370 De Noorse erfpachtwet kent in par. 32 van de Lov om tomtefeste een afzonderlijke bepaling over de bevoegdheid van de erfpachter om onder voorwaarden de blote eigendom van de grond aan te kopen. Deze bevoegdheid van de erfpachter is van dwingend recht bij de bestemming (recreatie)woning, zie Falkanger & Falkanger 2013, p. 273-293. Het Duitse recht kent bij het Erbbaurecht de overdracht van het recht aan de grondeigenaar bij tekortschieten, de zogenoemde Heimfall, en daarnaast kan aan de beperkt gerechtigde een kooprecht worden toegekend, respectievelijk par. 2, 4 en 7 Erbbaurechtsgesetz. Hierover onder meer Hoofs 2013, p. 48-50 en Tweehuysen 2017, p. 88-93.

371 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/457a stellen dat bij splitsing in appartementsrechten de voorkeursrechten en koopopties die op het registergoed betrekking hebben na de splitsing blijven bestaan, tenzij uit de omschrijving van het beding anders blijkt. Asser/Hijma *7-I** 2013/189 omschrijft het voorkeursrecht als een wettelijk of contractueel vorderingsrecht dat een aanbiedingsplicht inhoudt. Naar de door Vonck ontwikkelde criteria zal een voorkeursrecht zakelijke werking hebben omdat het verband houdt met de beschikkingsmacht over het erfpachtrecht, vgl. Vonck 2013, p. 163-165.

eindigt.[372] In par. 6.5.1 wordt een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie van een contractueel voorkeursrecht besproken. Par. 6.5.2 is gewijd aan de waardebepaling van bloot eigendom. Omdat bij de aankoop van de blote eigendom een koopovereenkomst in het geding is kunnen ten aanzien daarvan vele verbintenisrechtelijke vragen spelen, met name ten aanzien van het koopaanbod. Een aantal voorbeelden van verbintenisrechtelijke vragen wordt besproken in par. 6.5.3. Ook algemene (verkoop)voorwaarden kunnen een rol spelen, naast algemene erfpachtvoorwaarden indien daar bepalingen over aankoop van bloot eigendom zijn opgenomen. De problemen rond de aankoop van de blote eigendom door erfpachters op de Waddeneilanden wordt behandeld in par. 6.5.4 en dezelfde problematiek in Utrecht in par. 6.5.5 waarbij ik ook aandacht besteed aan conversie van erfpachtrechten die zijn gesplitst in appartementsrechten. Ik sluit af met een samenvatting en conclusies in par. 6.5.6.

6.5.1 Voorkeursrecht van koop

Een voorkeursrecht van koop, voor de erfpachter of de erfverpachter, dat is vastgelegd in de vestigingsakte vormt een vooraf geregeld vorderingsrecht dat deel uitmaakt van het erfpacht- of opstalrecht en dat, tenzij uit de formulering anders blijkt, geldt voor partijen in hun hoedanigheid van hoofdgerechtigde of beperkt gerechtigde en daarmee zakelijke werking heeft. De aanbiedingsplicht die op de erfpachter rust bij MGE-constructies indien hij zijn recht wil verkopen is een verplichting die voor de erfpachter volgt uit het erfpachtrecht, net als de terugkoopverplichting voor de corporatie als erfverpachter of hoofderfpachter. Een koopaanbod dat niet is gebaseerd op een voorkeursrecht uit de vestigingsakte geldt alleen voor de erfpachter tot wie het is gericht. Hieronder worden enige voorbeelden uit de jurisprudentie besproken waaruit blijkt dat het voor een geslaagd beroep op of juist de ontwijking van het voorkeursrecht van koop aankomt op de precieze formulering ervan in de vestigingsakte.[373]

6.5.1.1 Voorkeursrecht van koop voor de erfpachter

De kwalificatie van het voorkeursrecht als een zakelijk recht kwam aan de orde in een zaak over een landgoed waarvan een aantal percelen in erfpacht was uitgegeven met een voorkeursrecht van koop voor de erfpachters.[374] De erfverpachter ging met het oog op het behoud van het landgoed een samenwerkingsverband aan met een natuurbeschermingsorganisatie, verplichtte zich in dat kader tot overdracht van het gehele perceel vrij van rechten van derden en verzocht daar-

372 Een voorbeeld van aankoop van een omvangrijk opstalrecht door een gemeente als grondeigenaar in verband met herontwikkeling van het betreffende gebied vormt de zaak van het slachthuis te Nijmegen. Hier kwam het tot een rechtszaak omdat de opstalhouder de voorwaarde tot bedrijfsverplaatsing uit de koopovereenkomst niet nakwam, Rb. Gelderland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5099 (*Nijmegen/gedaagden*).

373 Dat bleek ook reeds in par. 6.4.3.6 bij de bespreking van de opzeggingsbevoegdheid van de corporatie bij het niet nakomen van de zelfbewoningsplicht, en bij de vraag of de hypotheekhouder aan de erfpachtvoorwaarden een derdenbeding kon ontlenen.

374 Rb. Utrecht 20 december 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ5227 (*erfpachters/erfverpachter*) en Rb. Utrecht 24 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB6514 (*erfpachters/erfverpachter*), waarin het beding wordt geciteerd in r.o. 2.10: "Indien de grondeigenaar tijdens de duur van het erfpacht tot vervreemding van de in erfpacht uitgegeven grond wil overgaan (erfrechtelijke beschikking bij legaat of last niet daaronder begrepen) is hij verplicht deze grond allereerst te koop aan te bieden aan de erfpachter (…)."

om de erfpachters tegen betaling van een vergoeding afstand te doen van hun voorkeursrecht. Een aantal erfpachters weigerde afstand van hun recht te doen en vorderde in rechte nakoming van hun voorkeursrecht. De vraag of het voorkeursrecht uit de erfpachtvoorwaarden een zakelijk of een persoonlijk recht was werd door de rechtbank beoordeeld in het kader van een bevoegdheidsincident omdat de erfverpachter woonachtig was in een andere EU-lidstaat. De rechtbank omzeilde de vraag naar de bevoegdheid op grond van art. 22 lid 1 EEX-Vo[375] door de nadruk te leggen op de verbintenis uit overeenkomst die ten grondslag had gelegen aan de vestigingsakte. Die verbintenis uit overeenkomst was voldoende voor de bevoegdheid van de rechter op grond van art. 5 lid 1 sub a EEX-Vo.[376] Dat de rechten en verplichtingen uit hoofde van het erfpachtrecht waren overgegaan op rechtsopvolgers deed daar niet aan af. Naar mijn mening had de rechtbank het verweer van de erfverpachter dat geen sprake was van een zakelijk recht kunnen afwijzen en haar bevoegdheid rechtstreeks op art. 22 lid 1 EEX-Vo, nu art. 24 lid 1 Verordening Brussel-I bis, kunnen baseren. Het aanbieden van een vergoeding aan de erfpachters om afstand van hun voorkeursrecht te doen bevestigde reeds dat de erfverpachter ervan uitging dat het voorkeursrecht zakelijke werking had.[377] Het eindvonnis bevestigde eveneens de zakelijke werking van het voorkeursrecht, maar wees het beroep van de erfpachters af nu de situatie waarin het voorkeursrecht kon worden uitgeoefend zich nog niet voordeed. Er was geen sprake van overdracht van de blote eigendom tijdens de looptijd van de erfpachtrechten. Pas na afloop van de tijdelijke rechten, als het voorkeursrecht zou zijn vervallen, zou de grond worden overgedragen.[378] De erfverpachter was bereid tot 2048 en 2056 te wachten om het voorkeursrecht te omzeilen.

De zakelijke werking van een in de vestigingsakte opgenomen voorkeursrecht van koop voor de erfpachter werd zijdelings bevestigd in een zaak tegen een notaris.[379] De Staat had ten behoeve van weguitbreiding de erfpachtrechten op een aantal percelen verkregen, aan welke rechten het recht van eerste koop van

375 Dezelfde regel geldt nu op grond van art. 24 lid 1 Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb* L351/1 en is gelijkluidend aan art. 22 lid 1 EEX-Vo: "Ongeacht de woonplaats van partijen zijn bij uitsluiting bevoegd: 1. voor zakelijke rechten op (…) onroerende goederen: de gerechten van de lidstaat waar het onroerend goed gelegen is."

376 Dezelfde regel geldt nu op grond van art. 7 lid 1 sub a Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *Pb* L351/1 en is gelijkluidend aan art. 5 lid 1 sub a EEX-Vo: "Een persoon die woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat, kan in een andere lidstaat voor de volgende gerechten worden opgeroepen: 1. a) ten aanzien van verbintenissen uit overeenkomst: voor het gerecht van de plaats waar de verbintenis die aan de eis ten grondslag ligt, is uitgevoerd of moet worden uitgevoerd."

377 Bovendien was de overeenkomst tot vestiging van het erfpachtrecht met de daadwerkelijke vestiging uitgewerkt, zie reeds Meijers 1948, p. 270 en Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:85 BW, aant. 2: 'Zakelijk recht' (online, bijgewerkt 30 januari 2018): "Is de erfpacht eenmaal gevestigd, dan kunnen de erfpachter en de grondeigenaar niet meer ageren uit hoofde van het contract dat de titel tot vestiging van de erfpacht heeft opgeleverd. Dat contract verplicht tot de vestiging van een erfpachtrecht met een bepaalde inhoud en is nagekomen met de inschrijving van de vestigingsakte in de openbare registers. De verdere verplichtingen vloeien voort uit de erfpacht zelf en niet uit de overeenkomst." Uit het vonnis van 20 december 2006 kan worden afgeleid dat de vestiging voor het jaar 2000 had plaatsgevonden. Uit het vonnis van 24 oktober 2007, r.o. 2.15 kan worden afgeleid dat de erfpachtrechten in 2048 en in 2056 zouden eindigen.

378 Rb. Utrecht 24 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB6514, r.o. 2.18: "Al het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het enige waartoe [gedaagde] zich heeft verplicht is dat hij, zodra rechten van derden daaraan niet meer in de weg staan, gehouden is tot levering van de percelen waarop een voorkeursrecht van een erfpachter rust en daarmee is niet komen vast te staan dat er sprake is van enige inbreuk op het voorkeursrecht van [eiser c.s.]."

379 Rb. Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5202 (*Staat/notaris*)

de blote eigendom was verbonden. De onderhandelingen tussen de erfverpachter en de Staat mislukten waarop de erfverpachter de blote eigendom van de percelen aan een derde overdroeg en daarbij in de leveringsakte aantekende dat de Staat afstand had gedaan van haar recht van eerste koop. De Staat klaagde de notaris aan omdat er geen sprake was van afstand, maar van een te hoge koopprijs en de notaris onjuiste informatie had verstrekt over welke percelen precies in de koop waren betrokken. Niet in geding was dat de Staat als opvolgend erfpachter bevoegd was het voorkeursrecht van koop uit te oefenen dan wel daar afstand van te doen.[380]

Een koopoptie voor de blote eigendom bij een tijdelijk erfpacht- of opstalrecht vormt ook wel eens een opstapje naar vol eigendom. Het erfpacht- of opstalrecht fungeert dan als een financieringsconstructie waarbij, net als bij huurkoop, de koopprijs in termijnen, in de vorm van periodieke canon of retributie, wordt betaald waarna de koper bij het einde van het recht eigenaar wordt. Een dergelijke constructie was afgesproken bij uitgifte van een opstalrecht op een perceel in de gemeente Assen ten behoeve van de exploitatie van een verkeerspark.[381] Wegens problemen met de exploitatie van het verkeerspark werd eerst de retributie verlaagd en vervolgens het opstalrecht beëindigd. De opstalhouder wenste zijn koopoptie uit te oefenen tegen de verlaagde retributie, terwijl de grondeigenaar geen bezwaar had tegen de koop op zich, maar vasthield aan de prijs uit de vestigingsakte. Uitleg van de tussen partijen gesloten overeenkomst leidde tot toewijzing van de vordering van de erfpachter. In wezen ging het om een verbintenisrechtelijk geschil, de uitleg van na de vestiging tussen partijen gemaakte aanvullende afspraken.

6.5.1.2 Voorkeursrecht van koop voor erfverpachter

Een voorkeursrecht van koop voor de erfverpachter komt wel voor bij opstalrechten, meestal geformuleerd als recht van koop of koopoptie.[382] Bij een opstalrecht gevestigd ten behoeve van de plaatsing van vier windturbines op agrarische grond was een koopoptie voor de grondeigenaar afgesproken bij het einde van

380 Rb. Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5202. Het standpunt van de Staat als erfpachter in r.o. 4.2: "Het recht van eerste koop ten aanzien van percelen [nummers] is tezamen met het recht van erfpacht op 23 april 2010 overgedragen door [C] aan De Staat. Het voorkeursrecht hield immers geen verband met persoonlijke eigenschappen van degene aan wie het recht was toegekend, noch was de overdraagbaarheid ervan door een beding uitgesloten." De beoordeling door de rechtbank in r.o. 6.3: "Dat de verkoper op grond van de akte van erfpacht gehouden was om het (eventuele) recht van eerste koop aan te bieden, zoals aangevoerd door [A], laat onverlet de hierboven omschreven zorgplicht van de notaris. Ook derde-belanghebbenden zoals in casu De Staat, mogen ervan uitgaan dat een notaris juiste informatie geeft als deze namens een verkoper vraagt of een gerechtigde tot een recht van eerste koop van dat recht gebruik wil maken tegen een door de notaris genoemde prijs."

381 Rb. Noord-Nederland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4614 (*Verkeerspark Assen Recreatie/Assen*). R.o. 2.2 citeert de koopoptie uit de vestigingsakte uit 1991: "6. De opstalhoudster heeft tot (…) 31 december 2017 het recht van koop van de blote eigendom van voormeld perceel. (…) Voor berekening van de waarde van de blote eigendom, tezamen met het recht van opstal wordt uitgegaan van de aanvangswaarde bij vestiging van het recht van opstal, zijnde (…)*f* 881.727,--, exclusief omzetbelasting. Op deze waarde wordt in mindering gebracht de jaarlijkse aflossingen, berekend in de jaarlijks verschuldigde retributie."

382 Asser/Hijma 7-*I** 2013/184-187 beschrijft de koopoptie als een contractueel verleend wilsrecht om een bepaalde zaak te kopen. Het onderscheid met het vorderingsrecht van het voorkeursrecht van koop is in de praktijk niet altijd even duidelijk.

het recht.[383] De grondeigenaar kon de koopoptie echter niet uitoefenen omdat de opstalhouder vóór het einde van het recht de windturbines had overgedragen aan een derde en gebruikmaakte van zijn wettelijk wegneemrecht ex art. 5:103 BW om de windturbines tijdig af te breken en weg te halen. De situatie dat er bij het einde van het opstalrecht nog opstallen op het terrein aanwezig waren zou zich daarmee niet voordoen zodat de koopoptie niet kon worden uitgeoefend. De voorzieningenrechter gaf een beperkte uitleg aan het tamelijk specifiek geformuleerde wijzigingsbeding uit de vestigingsakte, in de zin dat dit beding wel het wijzigen van de opstallen omvatte, maar niet het verwijderen ervan.[384]

Een bijzonder geval vormde een beëindigingsregeling uit een vestigingsakte uit 1989 inhoudende dat de particuliere erfverpachter bevoegd was het erfpachtrecht te beëindigen indien de erfpachter aankondigde dat hij zijn recht aan een derde wilde overdragen.[385] De tekst van deze regeling die gekwalificeerd werd als een opzeggingsbevoegdheid krachtens art. 5:87 lid 3 BW luidde:

> "Artikel 13. Indien de erfpachter gedurende de duur van het erfpachtsrecht voornemens is over te gaan tot gehele of gedeeltelijke vrijwillige vervreemding van dat recht of de opstallen, is hij verplicht de eigenaar van dit voornemen schriftelijk in kennis te stellen. *De eigenaar heeft alsdan het recht om te verlangen dat de bij deze akte gevestigde rechten van erfpacht en opstal beëindigd worden*, mits hij binnen twee maanden na de ontvangst van een dergelijke schriftelijke kennisgeving van de erfpachter schriftelijk verklaart tot beëindiging van die rechten te willen overgaan, bij gebreke waarvan dit recht van de eigenaar vervalt."[386]

De regeling kwam neer op een recht van voorkoop voor de erfverpachter tegen betaling van de opstalwaarde.[387] Het geschil betrof de opstalvergoeding die de erfverpachter verplicht was aan de erfpachter te betalen bij iedere beëindiging van het recht en waarop een crediteur van de erfpachter beslag had gelegd. De verkoop aan de erfverpachter bij voorgenomen overdracht deed zich voor en werd door de rechtbank beoordeeld als een op grond van de vestigingsakte ver-

383 Rb. Den Haag 18 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8136 (*Windpark Rijnwoude/grondeigenaren*). R.o. 2.7 citeert de koopoptie uit de vestigingsakte: "12.2. De Landeigenaren hebben het recht om bij het einde van het Opstalrecht de alsdan nog aanwezige Opstallen van de Opstaller geheel of gedeeltelijk over te nemen. De Landeigenaren dienen uiterlijk vijf maanden vóór de datum waarop het Opstalrecht wordt beëindigd aan de Opstaller schriftelijk kenbaar te maken of zij gebruik wensen te maken van hun recht de Opstallen geheel of gedeeltelijk over te nemen. Indien de Landeigenaren besluiten de Opstallen over te nemen, heeft de Opstaller recht op een vergoeding van de waarde zoals bepaald in artikel 13."

384 Rb. Den Haag 18 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8136, r.o. 4.6: "In de Akte is in artikel 5.2 bepaald dat het Windpark Rijnwoude niet is geoorloofd zonder voorafgaande toestemming van de Landeigenaren een wijziging aan te brengen in het *gebruik* van de opstallen, anders dan ter vernieuwing, vervanging, modernisering dan wel instandhouding van de bestaande opstallen. De Landeigenaren stellen zich op het standpunt dat uit artikel 5.2 van de Akte expliciet volgt dat de Windturbines niet weggenomen mogen worden. Dit standpunt deelt de voorzieningenrechter echter niet." Nadruk in origineel.

385 Rb. Zutphen 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1986, *JOR* 2007/252, m.nt. J.B. Spath (*Vereniging tegen Piramidespelen/Ekeby*).

386 Rb. Zutphen 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1986, r.o. 2.3. Nadruk toegevoegd.

387 Asser/Hijma 7-*I** 2013/188 omschrijft een voorkoopprecht als 'een wettelijk, contractueel of anderszins verleend wilsrecht van vermogensrechtelijke aard, dat aan de gerechtigde de bevoegdheid geeft een zaak (of ander goed) door koop te verkrijgen zodra de vervreemder deze aan een derde kan verkopen, en wel tegen de door de derde geboden prijs'.

plichte afstand van recht en niet als een opzegging.[388] Het hof oordeelde in hoger beroep dat de beëindigingsregeling gezien moest worden als een opzegging in de zin van art. 5:87 lid 3 BW en dat het recht was beëindigd omdat was voldaan aan de vereisten voor een rechtsgeldige opzegging, ook al was niet opgezegd bij exploot.[389] De gang van zaken laat zich ook eigenlijk niet kwalificeren als een eenzijdige opzegging, maar meer als een overdracht dan wel een afstand van recht, tegen betaling van de opstalvergoeding. Beide partijen verleenden hun medewerking aan de notariële akte waarin de beëindiging werd vastgelegd:[390]

Een bevoegdheid tot opzegging in de zin van art. 5:87 lid 3 BW moet dus ruim worden uitgelegd en kan ook de uitoefening van een voorkooprecht omvatten. Het is de vraag of de wetgever dat heeft bedoeld. De vereiste opstalvergoeding bij einde recht werd door het hof niet als een koopprijs gezien, maar als een schadevergoeding in verband met de beëindiging van het recht door de erfverpachter. Het gevolg was dat de beslaglegger achter het net viste. Deze had echter wel een punt dat niet was opgezegd per exploot, op grond van art. 166 Overgangswet NBW geldt die voorwaarde ook voor oude rechten indien deze op grond van art. 766 jo. 782 OBW worden opgezegd. Ik concludeer dat in dit geval geen sprake was van opzegging, ook niet in de zin van art. 5:87 lid 3 BW, maar van een in de vestigingsakte overeengekomen andere vorm van beëindiging van het erfpachtrecht, die gelijkenis vertoont met de aanbiedingsplicht en terugkoopverplichting die gebruikelijk zijn bij maatschappelijk gebonden eigendom.[391]

6.5.2 Waardebepaling bloot eigendom

Twee arresten over onteigening uit de jaren negentig werpen licht op de berekening van de waarde van bloot eigendom. Het eerste arrest gaat over een perceel in de Jordaan dat eigendom was van een particuliere erfverpachter en dat door de gemeente Amsterdam werd betrokken in plannen voor stadsvernieuwing. De gemeente had daartoe het erfpachtrecht dat op de grond rustte verworven en de gebouwen gesloopt.[392] In de onteigeningsprocedure moest de hoogte van de schadeloosstelling voor de erfverpachter worden berekend. Naar het oordeel van de deskundigen was de erfverpachter een belegger die met de uitgifte rendement verwierf en dus recht had op een vergoeding van de waarde van de blote eigen-

388 Rb. Zutphen 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1986, r.o. 7.1: "De stelling van VTP dat het recht van erfpacht en opstal waar zij beslag op heeft gelegd, nog steeds bestaat omdat bij de opzegging van dat recht door Ekeby niet de daarvoor geldende dwingendrechtelijke regels in acht zijn genomen, moet verworpen worden. Uit de daarop betrekking hebbende stukken, te weten (…) blijkt dat het erfpachtrecht met onderlinge overeenstemming is beëindigd. Het erfpachtrecht is derhalve niet door opzegging beëindigd, maar door afstand. Voor het doen van afstand van het erfpachtrecht bestaan geen (speciale) dwingend rechtelijke voorschriften."

389 Hof Arnhem 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG0390 (*Vereniging tegen Piramidespelen/Ekeby*).

390 Hof Arnhem 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG0390, r.o. 4.4: "In de notarieel verleden akte 'beëindiging erfpachtsrecht' van 22 november 2000 is vermeld dat de kantonrechter te Arnhem op verzoek van eigenaar en erfpachter deskundigen heeft benoemd ter bepaling van deze schadevergoeding en dat zij hebben vastgesteld dat deze schadevergoeding fl. 245.400,- bedraagt, alsmede dat Ekeby op 22 november 2000 dit bedrag heeft voldaan aan de erfpachter door storting op een rekening van de notaris. In de akte is ten slotte vermeld dat de desbetreffende rechten van erfpacht en opstal met ingang van die datum zijn geëindigd. De akte is aangetekend in de openbare registers op 23 november 2000."

391 Een recht van voorkoop was gebruikelijk onder het oudhollands recht, maar werd niet gecodificeerd in de erfpachtwet van 10 januari 1824 of in het BW 1838, Asser & Scholten 1905, p. 215. Zie voor een voorbeeld van een oud voorkooprecht Koops 2013.

392 HR 7 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB9753, *NJ* 1994/47 (*Grondeigendom/Amsterdam*) en HR 15 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:AC4072, *NJ* 1996/359, m.nt. R.A. Morzer Bruyns (*Grondeigendom/Amsterdam*).

dom tot een bedrag waarmee hij een vergelijkbaar rendement zou kunnen behalen. Een belegger had daarnaast geen recht op inkomensschade als gevolg van het verlies van canoninkomsten. De waarde van de blote eigendom werd berekend aan de hand van de waarde van de volle eigendom verminderd met de waarde van het erfpachtrecht, rekening houdend met de hoogte van de canon, de beperkingen op het gebruik uit de erfpachtvoorwaarden en marktgegevens, zoals het feit dat in dit geval het erfpachtrecht onlangs door de gemeente voor een hoge prijs was aangekocht.[393] In het tweede arrest werd de waarde van het erfpachtrecht berekend op gelijke wijze als voor de berekening van de waardevergoeding op grond van art. 5:87 lid 2 BW.[394] De waardering van de blote eigendom bij onteigening geschiedt dus niet anders dan bij aankoop door de erfpachter, namelijk door de waarde van de volle eigendom te verminderen met de waarde van het erfpachtrecht. De berekening is van feitelijke aard en wordt uitgevoerd door deskundigen die de verdeling van de vergoeding tussen erfpachter en bloot eigenaar per geval vaststellen.

Een vergelijkbare berekening werd gemaakt in het kader van planschade bij bestemmingswijziging van een perceel naar een agrarische weidebestemming waardoor bouwen op het perceel niet meer mogelijk was.[395] Als gevolg van deze wijziging zegde de erfpachter, die oorspronkelijk de blote eigendom zou kopen, zijn recht op. Bij de berekening van de schade voor de bloot eigenaar ten gevolge van de waardedaling, althans voor de schade aan het aandeel bloot eigendom in zijn inmiddels weer vol eigendom, werden alle omstandigheden van het geval meegewogen. Daaronder was het feit dat de canon sinds 1980 niet meer was aangepast en dus niet langer in verhouding stond tot de marktwaarde van het erfpachtrecht. De uitgifte diende uitsluitend tot belegging en op grond van de vestigingsakte had de canon periodiek verhoogd kunnen worden, maar de erfverpachter had dat nagelaten. De afdeling wees het verzoek om planschade af en oordeelde dat uitgifte van grond in erfpacht het risico meebracht dat de bestemming van de grond zou kunnen wijzigen, en dat dat risico groter was naarmate het erfpachtrecht langer had geduurd. Hoewel het hier ging om de berekening van het aandeel van de blote eigendom in de waardedaling van een perceel grond,

393 De conclusie van A-G Moltmaker bij HR 7 april 1993, *NJ* 1994/47, citeert het deskundigenrapport, par. 1.5: "Tussen de waarde van het erfpachtsrecht en de waarde van de blote eigendom bestaat een nauwe samenhang. Men zal in het algemeen moeten aannemen, dat beide waarden tezamen gelijk zijn aan de waarde van het onteigende als vrij opleverbaar object. (…) De waarde van de blote eigendom hangt in het algemeen af van de canon, de mogelijkheden om deze te herzien, de voorwaarden betreffende de vergoeding van de restwaarde van opstallen bij het einde van het erfpachtsrecht en de contant te berekenen opbrengstmogelijkheden van de grond en eventueel de opstallen bij het einde van het erfpachtsrecht. Afhankelijk van de periode, welke het erfpachtsrecht nog zal duren, zal bij de beoordeling van de waarde van de blote eigendom de nadruk vallen op de gekapitaliseerde jaarlijkse opbrengstmogelijkheden of de contant gemaakte eind-opbrengst. Deze waarde stijgt naarmate het einde van het erfpachtsrecht nadert."

394 Morzer Bruyns, *NJ* 1996/359: "Het uitgangspunt dat blote eigendom en erfpachtsrecht tezamen geen grotere waarde kunnen hebben dan de vrije eigendom kan als een algemeen geldende regel worden beschouwd. De verdeling daarentegen tussen blote eigenaar en erfpachter zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld en onder meer afhangen van duur van het erfpachtcontract, de voorwaarden daarvan, de technische en economische levensduur van de opstal e.d. (…). Zie omtrent de waardering van blote eigendom en erfpachtsrecht ook HR 7 april 1993, *NJ* 1994/47 tussen dezelfde partijen gewezen in het bijzonder de conclusie van de A-G mr Moltmaker." De berekening van de waardevergoeding van art. 5:87 lid 2 BW komt aan de orde in par. 6.7.4.

395 Raad van State 11 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:18, *BR* 2017/32, m.nt. G. van der Feltz (*erfverpachters/Pijnacker-Nootdorp*).

werden dezelfde factoren meegewogen als bij de berekening van de waarde van de bloot eigendom bij overdracht.

Ook een opstalrecht gaat door vermenging teniet indien de opstalhouder de blote eigendom van de grond verkrijgt. In een zaak over de aankoop van de blote eigendom van de grond door de opstalhouder op basis van een in de vestigingsakte overeengekomen recht van eerste koop werden vele procedures gevoerd.[396] Toen de grondeigenaar het opstalrecht opzegde wilde de opstalhouder zijn kooprecht uitoefenen. Partijen sloten een vaststellingsovereenkomst waarin zij bepaalden dat drie deskundigen de koopprijs bij wege van bindend advies zouden vaststellen. Nadat het taxatierapport was uitgebracht verschilden partijen van mening over de wijze waarop de hoogte van de koopsom moest worden berekend. Rechtbank en hof oordeelden na uitleg van de vaststellingsovereenkomst dat tussen partijen geen vaststellingsovereenkomst tot stand was gekomen.[397] Daar kwam nog bij dat de deskundigen fouten maakten waarvoor zij tuchtrechtelijk werden berispt.[398] De bedoeling van partijen was geweest de aankoopsom te bepalen op de vrije waarde in het economisch verkeer en dat impliceerde dat in de marktwaarde van de grond, het opstalrecht was immers door opzegging geëindigd, rekening moest worden gehouden met het feit dat er opstallen op het perceel stonden en dat die verhuurd werden. Uit de gepubliceerde uitspraken blijkt het niet, maar aangenomen mag worden dat het voorkooprecht van de opstalhouder betrekking had op hetgeen de grondeigenaar had, de blote eigendom, en dat dit recht kon worden uitgeoefend op het moment dat de grondeigenaar zijn recht wilde overdragen. De situatie dat het opstalrecht werd opgezegd maakte dat niet anders omdat de waarde van het opstalrecht op grond van art. 5:87 lid 2 jo. 5:104 lid 2 BW aan de gewezen opstalhouder toekwam.

Bij de waardebepaling van de blote eigendom van de grond waarop een erfpachtrecht rust moet rekening gehouden worden met de bebouwde staat van de grond. Dat oordeel was het resultaat van een langdurige procedure tussen de gemeente Arnhem en twee verenigingen van erfpachters. De gemeente had als erfverpachter de blote eigendom aan de erfpachters te koop aangeboden tegen een prijs ter hoogte van de marktwaarde van de grond als ware deze onbebouwd. De rechtbank achtte die waardebepaling onrechtmatig jegens de erfpachters op grond van een deskundigenbericht waarin tevens de waarderingspraktijk uit de gemeenten

396 In kort geding: HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4743, *NJ* 2006/216, m.nt. H.J. Snijders (*Strijbosch/Witadi*). In de bodemprocedure: Rb. Arnhem 10 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO1053 (*Witadi/Strijbosch*) en Hof Arnhem 15 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ0371 (*Strijbosch/Witadi*). In de zaak tegen de deskundigen: Rb. Arnhem 16 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1747 (*Witadi/deskundigen*).

397 Hof Arnhem 15 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ0371, r.o. 3.3 citeert de vaststellingsovereenkomst: "Strijbosch koopt van Witadi het in geschil zijnde perceel voor een prijs kosten koper en exclusief eventueel verschuldigde omzetbelasting, tegen de vrije waarde in het economisch verkeer, te bepalen door drie door de rechtbank aan te zoeken deskundigen." Partijen verschilden van mening over wat in dit geval moest worden verstaan onder het begrip 'vrije waarde in het economisch verkeer'.

398 Zoals bleek uit Rb. Arnhem 16 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1747 (*Witadi/deskundigen*). Bij de uitleg van een ongebruikelijke bepaling in een overeenkomst hadden de deskundigen nader moeten informeren bij partijen naar hun bedoeling met die formulering. Dat hadden zij nagelaten en daarmee in strijd met vereiste zorgvuldigheid gehandeld. Verder wisten de deskundigen dat de opstalhouder het perceel zou kopen en dat hun taxatie partijen zou binden. Het vervallen van het opstalrecht hadden zij niet in de waardering verdisconteerd, ook dat was nalatig en in strijd met de vereiste zorgvuldigheid. De opstalhouder had de bloot eigendom uiteindelijk gekocht voor een te hoog bedrag.

Amsterdam en Den Haag was beschreven.[399] De aan te leggen maatstaven volgden naar het oordeel van de rechtbank uitdrukkelijk uit de rechtsverhouding tussen partijen in de omstandigheden van het geval:

> "De rechtsverhouding tussen de Gemeente en de erfpachters is een privaatrechtelijke. De Gemeente dient bij de uitvoering en afwikkeling van deze rechtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. De rechtsverhouding wordt ook beheerst door de redelijkheid en billijkheid, als bedoeld in art. 3:12 BW (HR 26 maart 1999, *NJ* 1999, 446, r.ov. 3.3.2, erfpacht Den Haag). *De erfpachters hebben in feite geen vrije keuze tussen ontruiming van het perceel bij einde van de erfpacht enerzijds en verlenging van de erfpacht of verwerving van het perceel anderzijds*. Gezien de band van de erfpachters met hun woonhuizen zullen zij kiezen voor voortzetting van de bewoning. Zij zullen dus kiezen voor óf verlenging van de erfpacht óf verwerving van de grond. Dit betekent dat de Gemeente gezien deze afhankelijke positie van de erfpachters op zorgvuldige wijze en met oog voor de belangen van de erfpachters de prijs van de grond moet vaststellen. Dat brengt mee dat van de Gemeente mag worden verwacht dat zij een prijs vaststelt die in overeenstemming is met de werkelijke waarde van de grond."[400]

Een redelijke prijs is een marktconforme prijs, zo oordeelde de rechtbank, maar die prijs laat zich niet eenvoudig vaststellen omdat er geen markt voor bloot eigendom bestaat. De rechtbank vergeleek de door de gemeente gehanteerde methode met die van andere gemeenten, methodes die dienden om de grondwaarde ten behoeve van de canonvaststelling te bepalen:

> "De werkelijke waarde van de grond laat zich niet goed vaststellen. Er is geen markt, waarop bebouwde grond zonder de zich daarop feitelijk bevindende opstallen wordt verhandeld. Zij moet daarom op indirecte manier worden vastgesteld. Het deskundigenbericht van [betrokkene 1] laat zien dat daarvoor twee benaderingen zijn. De eerste is dat de waarde van de grond wordt bepaald aan de hand van de waarde van – bij voorkeur nabij gelegen – onbebouwde kavels. De Gemeente hanteert deze benadering, waarbij zij bovendien uitgaat van de 'fictie onbebouwd'. Ook de gemeente Rotterdam kiest voor deze benadering. Rotterdam heeft dit beleid nog niet in de praktijk gebracht, omdat er nog geen erfpachtsrechten zijn afgelopen. De tweede benadering is dat de waarde van het gehele perceel, dus grond inclusief opstal, wordt getaxeerd. Vervolgens wordt een percentage van deze waarde toegerekend aan de grond, de zogenaamde grondquote. Ten slotte wordt in deze tweede benadering een reductie toegepast op basis van het ervaringsfeit dat bebouwde grond minder waard is dan onbebouwde grond. De gemeenten Den Haag en Amsterdam hanteren deze benadering. Zij hanteren een grondquote van 30-35% en een reductie wegens de bebouwde staat van 40-45%. Den Haag en Amsterdam dragen hun grond overigens niet in eigendom over, maar stellen de erfpachter in de gelegenheid de canon eeuwigdurend af te kopen."[401]

De rechtbank sloot aan bij het feit van algemene bekendheid dat bebouwde grond minder waard was dan onbebouwde grond en oordeelde dat de erfverpachter bij de verkoop van bloot eigendom aan erfpachters in een afhankelijke positie geen

399 Rb. Arnhem 5 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5335 (*Vereniging Erfpachters De Paasberg c.s./Arnhem*).
400 Rb. Arnhem 5 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5335, onder het kopje 'beoordeling'. Nadruk toegevoegd.
401 Rb. Arnhem 5 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5335, onder het kopje 'beoordeling'.

prijs mocht hanteren die uitging van de fictie onbebouwd wegens strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

> "In essentie komt het aan op de vraag of de Gemeente bij de bepaling van de waarde van de grond een aftrek dient toe te passen voor het feit dat de grond bebouwd is. [betrokkene 1] verwijst in zijn advies naar de "veelgehoorde stelling" dat bebouwde grond minder waard is dan onbebouwde grond. Amsterdam en Den Haag hebben dit ervaringsfeit verwerkt in de berekening van de grondwaarde. *De rechtbank onderschrijft dit ervaringsfeit. Onbebouwde grond is meer waard dan bebouwde grond*. De eigenaar van onbebouwde grond kan op de grond naar zijn eigen wensen en smaak een woning bouwen. Zou hij dat op een bebouwde kavel willen doen, dan moet hij eerste de bestaande bebouwing slopen en daarvoor kosten maken. Dit betekent dat het gemeentelijke beleid (…) uitgaat van een onjuist uitgangspunt. Door uit te gaan van de 'fictie onbebouwd' hanteert de Gemeente een hogere waarde dan er feitelijk is. Gezien de afhankelijke positie van de erfpachters is dit uitgangspunt in strijd met de redelijkheid en de billijkheid die de Gemeente tegenover de erfpachters in acht behoort te nemen en het beginsel dat zij bij het bepalen van haar beleid op een juiste manier de belangen van de erfpachters behoort mee te wegen (art. 3:4 lid 1 Awb)."[402]

In hoger beroep werd uitvoerig ingegaan op de te hanteren taxatiemethoden en werd een deskundigenbericht gelast.[403] Het hof nuanceerde het belang van de rechtsverhouding door onderscheid te maken tussen de situatie die zich voordoet in Amsterdam waarbij partijen bij een voortdurend recht na afloop van een tijdvak onderhandelen over de voorwaarden voor het volgende tijdvak en de situatie uit het arrest Haagse erfpacht waar partijen na afloop van een tijdelijk recht onderhandelen over heruitgifte of aankoop van de blote eigendom. Het laatste geval deed zich ook in Arnhem voor en werd gekenmerkt door afwezigheid van een contractuele relatie, er was echter nog wel sprake van een rechtsverhouding waarop de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing waren, aldus het hof:

> "Mede gelet op het arrest van de Hoge Raad in de Haagse zaak gaat het hof ervan uit dat de verhouding tussen de gemeente en de erfpachters wordt beheerst door de redelijkheid en de billijkheid. Gelet op artikel 3:12 BW in verbinding met artikel 3:14 BW maken de algemene beginselen van behoorlijk bestuur deel uit van hetgeen de redelijkheid en billijkheid eisen. De wijze waarop de gemeente de prijs voor haar grond berekent zal derhalve ook aan deze beginselen dienen te worden getoetst."[404]

De toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur werd in volle omvang uitgevoerd.[405] In uitgangspunt was het hof van oordeel dat de erfverpachter de marktwaarde van de grond mocht vragen bij verkoop van bloot eigendom. De omstandigheden van het geval bepalen of de gemeente als erfverpachter daarmee handelt volgens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur:

---

402 Rb. Arnhem 5 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5335, onder het kopje 'beoordeling'. Nadruk toegevoegd.
403 Hof Arnhem 20 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1702 (*Arnhem/Vereniging Erfpachters Paasberg c.s.*).
404 Hof Arnhem 20 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1702, r.o. 4.9.
405 Zie hiervoor het eindarrest Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457 (*Arnhem/Vereniging Erfpachters Paasberg c.s.*).

> "Nu het in de onderhavige zaak gaat om verkoop van de erfpachtgrond en de gemeente daarvan de eigenaar is, is het hof van oordeel dat uitgangspunt dient te zijn dat de gemeente in beginsel de actuele waarde van de grond als koopprijs mag vragen. Het hof is voorshands van oordeel dat niet zonder meer kan worden gezegd dat de gemeente daarbij gehouden is om een reductie toe te passen op de grondwaarde/grondquote wegens de bebouwde staat van de grond (zoals sommige andere gemeenten kennelijk wel doen). De bevoegdheden van de gemeente als grondeigenaar, en daarmee ook de prijs die de gemeente voor de erfpachtgrond mag vragen, vinden echter hun grenzen in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en/of de redelijkheid en de billijkheid."[406]

Bij het eindarrest achtte het hof de effecten van het gemeentelijk beleid voor de erfpachters voldoende aangetoond,[407] oordeelde het dat de gemeente in strijd met het formele zorgvuldigheidsbeginsel had gehandeld door ten tijde van het nemen van de beslissing onvoldoende inzicht te bieden in de gevolgen voor de individuele erfpachter[408] en dat leverde ook strijd met het motiveringsbeginsel op,[409] maar niet met het evenredigheidsbeginsel.[410] In uitgangspunt mag de gemeente de marktwaarde van de grond vragen. Daarbij moet een aftrek op de verkoopprijs worden gehanteerd wegens de bebouwde staat van de grond.[411]

Het feit dat de blote eigendom aan de zittende erfpachter wordt verkocht is geen reden voor een extra aftrek op de koopprijs.[412] De erfpachters bevinden zich niet in een dwangpositie en hadden kunnen anticiperen op het einde van hun tijdelijk recht:

> "Het is een feit van algemene bekendheid dat bij gemeentelijke erfpacht die voor een bepaalde termijn is gevestigd (bij voorbeeld 75 jaar) na ommekomst van de erfpachtstermijn forse canonverhogingen kunnen plaatsvinden ter aanpassing aan de actuele marktwaarde van de grond. Het ligt voor de hand dat erfpachters die aan die canonverhogingen willen ontkomen, de actuele marktwaarde van de erfpachtgrond zullen moeten betalen, het erfpachtrecht zullen moeten vervreemden of aanspraak zullen moeten maken op vergoeding van de waarde van (kort gezegd) de aanwezige opstal (zie nader artikel 5:99 BW)."[413]

In het derde tussenarrest ging het hof in op de stelling van de gemeente dat de volle eigendom aan de voormalige erfpachters werd verkocht in plaats van de

406 Hof Arnhem 20 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1702, r.o. 4.9. Voor de toetsing zie r.o. 4.10-4.19.
407 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457, r.o. 2.19.
408 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457, r.o. 2.21.
409 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457, r.o. 2.22-2.23.
410 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457, r.o. 2.38.
411 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457, r.o. 2.34. Vergelijkbare uitgangspunten hanteert de rechtbank Den Haag ten aanzien van het omzettingsbeleid van de gemeente Zaanstad in: Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139 (*Belangenvereniging Erfpacht Zaanstad c.s./ Zaanstad*), r.o. 4.34-4.56. De details van dit vonnis konden niet meer in dit onderzoek meegenomen worden.
412 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457, r.o. 2.28: '(…) de deskundigen de vraag ontkennend beantwoorden of de omstandigheid dat sprake is van een in erfpacht gegeven perceel, waarvan de erfpachtstermijn is verstreken, en verkoop aan de zittende erfpachter plaatsvindt ook om die reden (dat wil zeggen ook afgezien van het feit dat het perceel bebouwd is) een (extra) aftrek op de verkoopprijs van de grond rechtvaardigt. De deskundigen wijzen er hierbij op dat de grond wordt verkocht zonder de eventueel uit de erfpachtsvoorwaarden voortvloeiende beperkingen, nu op deze voorwaarden bij verkoop van de grond niet langer acht behoeft te worden geslagen.'
413 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457, r.o. 2.28.

blote eigendom.[414] Anders dan de gemeente veronderstelde was het erfpachtrecht niet geëindigd, maar was het op grond van art. 5:98 BW stilzwijgend voortgezet nu de gemeente niet had doen blijken dat zij de erfpachtrechten als geëindigd beschouwde.[415] Indien de gemeente tijdens de onderhandelingen over aankoop van de blote eigendom in de periode nadat het tijdelijk recht door tijdsverloop was geëindigd wel had doen blijken het recht als geëindigd te beschouwen, had dat voor deze zaak geen verschil gemaakt nu de mogelijkheid tot aankoop van de blote eigendom in het gemeentelijk beleid was neergelegd. Erfpachters hadden de keuze tussen een nieuwe uitgifte of de blote eigendom aankopen. Dat kan mogelijk anders liggen in een geval waarin de aankoop van de blote eigendom niet in de voorwaarden of in beleid is vastgelegd, een tijdelijk recht is geëxpireerd en de erfverpachter doet blijken dit als geëindigd te beschouwen. Meestal zal verrekening met de opstalvergoeding leiden tot een identieke uitkomst, ervan uitgaande dat de waarde van de volle eigendom bestaat uit de waarde van de grond en de waarde van de opstal samen. Indien partijen voorafgaand aan het eindigen van het recht in onderhandeling treden over aankoop van de blote eigendom omdat de erfpachter het gebruik van de grond wil voortzetten, zal het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn indien de erfverpachter alleen bereid is de grond voor de waarde van de volle eigendom te leveren.

Samengevat volgt uit de jurisprudentie dat de koopprijs van de blote eigendom die aan de zittende erfpachter wordt gevraagd in beginsel gesteld kan worden op de marktwaarde van de grond op het moment van aankoop. De waarde wordt gevonden door de waarde van de volle eigendom te verminderen met de waarde van het erfpachtrecht, rekening houdend met de hoogte van de canon, de beperkingen op het gebruik uit de erfpachtvoorwaarden en marktgegevens. Daarbij moet een aftrek plaatsvinden vanwege het feit dat het om bebouwde grond gaat. Voor een extra aftrek wegens verknochtheid aan de grond van de zittende erfpachter bestaat geen reden. Bij de toetsing van de aankoopprijs dient aan de hand van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld of de prijs redelijk is.

6.5.3 Het koopaanbod

Twee voorbeelden van toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur betreffen een koopaanbod. Als een erfverpachter zijn beleid verandert en grond gaat verkopen in plaats van in erfpacht uitgeven, dan wordt vaak aan alle betrokken erfpachters tegelijk of in fasen een koopaanbod voor de blote eigendom gedaan. Indien koopprijzen worden gerelateerd aan de grondwaarde en deze

414 Hof Arnhem 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK9385 (*Arnhem/Vereniging Erfpachters Paasberg c.s.*).

415 Hof Arnhem 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK9385, r.o. 2.11: "De gemeente ziet er met deze stellingname aan voorbij dat op grond van artikel 5:98 Burgerlijk Wetboek de erfpacht blijft doorlopen wanneer de tijd waarvoor deze is gevestigd, is verstreken, en de erfpachter de zaak op dat tijdstip niet heeft ontruimd, tenzij de eigenaar (hier de gemeente) uiterlijk zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt. De gemeente heeft niet (gemotiveerd) aangevoerd dat zij in de gevallen waarop deze procedure betrekking heeft, binnen genoemde termijn van zes maanden na het expireren van het erfpachtrecht de betrokken erfpachters heeft laten weten dat zij de erfpacht als geëindigd beschouwt."

waarde fluctueert kunnen verschillen ontstaan tussen eerdere en latere aanbiedingen. Prijsverschillen kunnen ook verband houden met verschillen in erfpachtvoorwaarden. In Rotterdam betaalde een erfpachter de koopprijs voor de blote eigendom onder protest omdat andere erfpachters hun grond tegen een lagere koopprijs aangeboden hadden gekregen.[416] De rechtbank voerde een marginale toetsing uit in verband met de beleidsvrijheid van de gemeente en oordeelde dat de verschillen in koopprijs waren terug te voeren op erfpachtcontracten met een verschillende inhoud en dat de gemeente als erfverpachter niet gehandeld had in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het was in een andere zaak evenmin in strijd met het gelijkheidsbeginsel dat de laatste erfpachter van een klein complex recreatiewoningen in Friesland de blote eigendom in 2008 voor een hogere prijs kon aankopen dan de prijs die uit de eerste aanbieding van de gemeente uit 2002, waarop de toenmalige erfpachter niet was ingegaan.[417] Het beroep van de erfpachter op het vertrouwensbeginsel slaagde evenmin.[418]

Het is niet altijd duidelijk wanneer er precies sprake is van een aanbod. Als een gemeente zijn erfpachtstelsel verandert van in beginsel uitsluitend erfpacht naar in beginsel uitsluitend verkoop van grond, dan wordt bij de overgangsregeling voor zittende erfpachters wel gesproken over conversie, omzetting van hun recht van erfpacht naar eigendom als gevolg van aankoop van de blote eigendom. In een Rotterdamse zaak lag de vraag voor of het aanbod van de gemeente zonder voorbehouden was gedaan zodat door aanvaarding daarvan de koopovereenkomst tot stand kwam of dat de later overhandigde verkoopvoorwaarden van toepassing waren.[419] De erfpachter aanvaardde het koopaanbod, maar maakte op grond van afd. 6.5.3 BW bezwaar tegen enkele verkoopvoorwaarden, inhoudende twee gebruikelijke verplichtingen, die in de daarna ontvangen concept-akte waren opgenomen. De rechtbank honoreerde die bezwaren omdat de erfpachter het aanbod als onvoorwaardelijk had mogen opvatten met als gevolg dat de gemeente de blote eigendom moest leveren zonder de gewraakte verplichtingen.

Aan koop van de blote eigendom gaan meestal onderhandelingen tussen partijen vooraf en dan kan het leerstuk afgebroken onderhandelingen van toepassing zijn. De gesprekken tussen de gemeente Kortgene op Noord-Beveland en de erfpachters van recreatiewoningen, verenigd in een woonvereniging, over aankoop van de blote eigendom geschiedden aan de hand van een taxatierapport.[420] Volgens de gemeente waren de gesprekken oriënterend van aard en stonden deze niet in de

416 Rb. Rotterdam 15 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV2812 (*erfpachters/Rotterdam*).

417 Rb. Leeuwarden 10 maart 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL7881 (*erfpachter/Skarsterlân*), bevestigd door Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10344 (*erfpachter/De Fryske Marren*).

418 Zo was onder meer geen sprake van beleid. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10344, r.o. 4.15: '(…) aan het ongedateerde voorstel van burgemeester en wethouders aan de gemeenteraad tot verkoop van de gronden aan de [a-straat], welk voorstel door de gemeenteraad is overgenomen in zijn vergadering van 27 maart 2002, [kan] niet worden ontleend dat de Gemeente met betrekking tot de verkoop van de gronden een beleidsregel als bedoeld in artikel 1:3 lid 4 Awb heeft vastgesteld, met name niet waar het gaat om de vaststelling van de prijs. Het is een voorstel tot verkoop van gronden aan de gegadigden op dat moment. Evenmin is er sprake van een vaste gedragslijn. Dat volgt alleen al uit het feit dat de Gemeente ook in 2006 een prijsverhoging heeft toegepast, waarbij ook nog eens een andere methode van vaststelling van de prijs is gehanteerd.'

419 Rb. Rotterdam 22 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV2810 (*erfpachter/Rotterdam*).

420 Rb. Middelburg 6 april 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY8668 (*Woonvereniging Veerse Meer 1/Noord-Beveland*).

weg aan onderhandelingen met een derde partij, een beleggingsmaatschappij, over overdracht van de blote eigendom. De erfpachters vreesden dat de beleggingsmaatschappij de blote eigendom niet aan hen zou willen verkopen en vorderden in rechte voortzetting van de onderhandelingen over verkoop van de blote eigendom op grond van een toezegging van de gemeente. De voorzieningenrechter beschouwde het geschil vanuit de contractvrijheid en het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen en constateerde dat de gemeente geen toezegging aan de erfpachters had gedaan en het de gemeente daarom vrij stond om met de beleggingsmaatschappij te onderhandelen. Een eventuele canonverhoging na overdracht aan een particuliere erfverpachter was geen omstandigheid die overdracht van de blote eigendom in de weg stond. De uitspraak wekt de indruk dat de erfpachters door hun eerste onvoorwaardelijke afwijzing van de koopprijzen hun hand hadden overspeeld en daarna niet meer aan bod kwamen. Ze hadden wellicht beter op de getaxeerde koopprijzen kunnen ingaan en deze tot uitgangspunt voor onderhandeling moeten nemen.

Ook een koopaanbod kan verjaren. Een erfpachter verkreeg zijn recht in 1984 nadat zijn rechtsvoorganger een aanbod van de gemeente Poortugaal tot overstappen naar nieuwe erfpachtvoorwaarden had afgewezen.[421] Dat was jammer, want die nieuwe voorwaarden bevatten een gunstige regeling voor de koop van de blote eigendom. Nadat de erfpachter meer dan twintig jaar later van dit koopaanbod op de hoogte was geraakt verweet hij de gemeente dat die dat aanbod ten onrechte niet aan hem had gedaan en berekende zijn schade ter hoogte van teveel betaalde canon. Terecht oordeelde de rechtbank dat die claim was verjaard nu meer dan twintig jaren waren verstreken sinds de schadeveroorzakende gebeurtenis had plaatsgevonden.

Een koopaanbod kan niet worden afgedwongen. De Hoge Raad oordeelde in 2016 over een argument dat door erfpachters regelmatig wordt aangevoerd tegen een onredelijk koopaanbod, inhoudende dat de grondeigenaar misbruik maakt van zijn economische machtspositie door de blote eigendom niet te koop aan te bieden of alleen bereid te zijn te verkopen tegen een onredelijk hoge prijs.[422] Er bestaat geen markt voor de blote eigendom van een bepaald in erfpacht uitgegeven perceel omdat een erfpachter de grond onder zijn woning of bedrijfspand slechts van een aanbieder, de erfverpachter, kan kopen. En dat kan alleen als daartoe afspraken in de vestigingsakte zijn gemaakt en/of als partijen tot overeenstemming over verkoop komen. Op de vraag of de erfverpachter misbruik maakt van zijn economische machtspositie door alleen tot overdracht van de blote eigendom bereid te zijn indien de erfpachter een (te) hoge koopprijs wil betalen, heeft de Hoge Raad ontkennend beslist. De rechtsfiguur misbruik van een economische machtspositie in de zin van art. 24 Mededingingswet mist toepassing in de context van aankoop van de blote eigendom door de zittende erfpachter. De Hoge Raad volgde de conclusie van de A-G en bekrachtigde het arrest van het hof dat de stelling van de erfpachter had afgewezen dat de relevante markt voor de blote eigendom bestaat uit dat ene perceel dat de erfpachter alleen van

421 Rb. Rotterdam 5 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6241 (*erfpachter/Rotterdam*).
422 HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2448 (*erfpachter/Rentambt van Over-Betuwe*).

die ene aanbieder kan kopen. Het gaat bij art. 24 Mededingingswet om de relevante lokale markt en de vraag of de erfverpachter daar een economische machtspositie inneemt, en dat was hier niet het geval.[423] De vraag of de erfverpachter, een stichting met een ideëel doel, mogelijk wel kon kwalificeren als een onderneming in de zin van de Mededingingswet, voor zover het zijn activiteiten betrof die gericht waren op de uitgifte van grond in erfpacht of eigendom, liet de A-G onbeantwoord nu er geen sprake was van een economische machtspositie.[424] Misbruik van een economisch overwicht zou naar mijn mening wel aan de orde kunnen zijn indien sprake is van een objectieve noodzaak voor de erfpachter tot aankoop van de bloot eigendom, bijvoorbeeld bij een aflopend tijdelijk erfpachtrecht dat niet zal worden verlengd zodat de erfpachter voor voortzetting van zijn woning of bedrijf op de bewuste locatie afhankelijk is van het koopaanbod van de erfverpachter. Naast misbruik van de gebonden positie dient sprake te zijn van nadeel voor de erfpachter in de vorm van bijvoorbeeld een te hoge aankoopprijs.[425]

Het komt niet vaak voor dat de erfpachter van een recht dat is uitgegeven onder toepassing van MGE-voorwaarden met de uitgevende corporatie overeenkomt dat de erfpachter de bloot eigendom kan kopen. In Amersfoort leidde deze mogelijkheid tot een geschil over het in de leveringsakte opgenomen antispeculatiebeding.[426] Dit beding was in de onderhandelingen niet aan de orde geweest, maar de corporatie stelde dat dit beding noodzakelijk was in verband met haar maatschappelijke functie. De voorzieningenrechter was echter van oordeel dat tussen de corporatie en de erfpachter een overeenkomst tot verkoop was gesloten en dat een antispeculatiebeding geen deel uitmaakte van die overeenkomst.

6.5.4 Aankoop bloot eigendom op Waddeneilanden

Op Terschelling werd in de jaren twintig een perceel Staatsgrond uitgegeven voor onbepaalde duur wat alleen bij hoge uitzondering mogelijk was en dan bij wet moest geschieden omdat de Staat altijd controle over het gebruik van de grond wilde houden.[427] Uit drie oordelen van de Nationale ombudsman van begin

423 De conclusie van A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2016:1038, bij HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2448, par. 2.2 citeert r.o. 4.12 van het arrest van het hof waarin onder meer wordt overwogen: "Dat het Rentambt, als gevolg van een eerder met [eiser] gesloten overeenkomst, de enige is die hem de grond met opstallen kan aanbieden, maakt haar uiteraard niet tot een monopolist in de zin van de Mededingingswet, zo min als iedere andere aanbieder van een unieke zaak als zodanig is te beschouwen." En in par. 2.10: "In het oordeel van het hof ligt besloten dat het de relevante markt niet beperkt tot de aan [eiser] uitgegeven erfpachtgrond, maar, overeenkomstig de stellingen van het Rentambt, bepaalt op die van bouwgrond in de gemeente Elst en vervolgens tot het oordeel komt dat van een machtspositie van het Rentambt op die markt geen sprake is en dat daaraan niet afdoet dat [eiser] de door hem te verwerven grond reeds eerder in erfpacht heeft verkregen. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 24 Mw en is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd."

424 Conclusie A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2016:1038, bij HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2448, par. 2.7: "Tegen de achtergrond van hetgeen hiervoor onder 2.5 aan de orde is gekomen, moet het niet uitgesloten worden geacht dat het Rentambt als ondernemer in de zin van de Mededingingswet kan worden gekwalificeerd voor zover het zijn activiteiten betreft die gericht zijn op de uitgifte van grond in erfpacht of eigendom. Daarmee is immers ontegenzeggelijk sprake van het aanbieden van goederen op een markt, waarbij de uitgifte van onroerend goed in concurrentie kan plaatsvinden. De omstandigheid dat het Rentambt een stichting met ideële doeleinden is, doet aan het voorgaande niet af."

425 Tjittes 1994, p. 102-104. Aan overheidsondernemingen worden zwaardere normen opgelegd dan aan private ondernemingen ten aanzien van misbruik van economische omstandigheden, p. 120.

426 Rb. Midden-Nederland 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6026 (*erfpachter/De Alliantie*).

427 *Stb*. 1927, 146.

jaren negentig blijkt dat de Staat ook op Ameland en Schiermonnikoog grond in eeuwigdurende erfpacht had uitgegeven en dat deze erfpachters na wijziging van het Rijkszeeweringenreglement in 1987 in de gelegenheid waren gesteld de blote eigendom aan te kopen.[428] Deze beleidswijziging werd door de Dienst Domeinen echter niet direct, maar pas in 1991 aan de erfpachters bekendgemaakt ondanks dat erfpachters al sinds het begin van de jaren tachtig met enige regelmaat hadden verzocht om aankoop van de blote eigendom. In verband met de stijgende grondprijzen rond 1990 en het voorschrift van de Comptabiliteitswet dat de Staat haar grond alleen tegen marktconforme prijzen mag verkopen ontstonden problemen over de koopprijs.[429] Dat sommige erfpachters de blote eigendom voor een eerder gedaan aanbod en dus voor lagere prijzen hadden kunnen kopen dan anderen was volgens de erfpachters in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Nationale ombudsman oordeelde dat de Dienst Domeinen niet behoorlijk handelde door de beleidswijziging niet tijdig bekend te maken en door in het algemeen niet zorgvuldig met erfpachters te communiceren. Erfpachters die konden aantonen dat zij al voor de beleidswijziging verzoeken tot koop hadden gedaan moesten de blote eigendom tegen de lagere prijs kunnen kopen, aldus de aanbeveling van de ombudsman.

Een vergelijkbare strijd over de hoogte van de aankoopprijs voor de blote eigendom van grond onder (recreatie)woningen op de Waddeneilanden wordt nog altijd gevoerd en betreft in de kern de prijs voor de blote eigendom van de grond, met name het in die prijs verdisconteerde aandeel in de waardeontwikkeling dat aan de grondeigenaar toekomt. Staatsbosbeheer is als erfverpachter in beginsel bereid op verzoek grond die niet nodig is voor natuurbeheer te verkopen aan de zittende erfpachters en die erfpachters willen de grond graag kopen, maar alleen tegen een redelijke koopprijs. Sinds 2008 vormt dit conflict ook onderwerp van overleg tussen de Tweede Kamer en de betreffende minister en zijn verschillende commissies ingesteld om de kwestie te onderzoeken en er nader over te adviseren.[430] In 2011 werd een bestuurlijk akkoord gesloten tussen Staatsbosbeheer en de Waddengemeenten over verkoop van bloot eigendom[431] en sindsdien spitst het

428 Nationale ombudsman 17 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AN2909, *AB* 1993/116 (*Minister van Financiën, Dienst der Domeinen, Inspectie Meppel*), Nationale Ombudsman 14 maart 1994, ECLI:NL:XX:1994:AN3597, *AB* 1994/270, m.nt. P.J. Stolk (*Minister van Financiën, Dienst der Domeinen, Inspectie Meppel*) en Nationale Ombudsman 29 juni 1995, ECLI:NL:XX:1995:AN4373, *AB* 1995/453, m.nt. (*erfpachter/Staatssecretaris van Financiën, Dienst der Domeinen, Regionale Inspectie Domeinen Noord*).

429 Art. 9 lid 9 van de Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006, gebaseerd op art. 38 Comptabiliteitswet 2001 die het beheer van de financiën van de Rijksoverheid regelt, bepaalt over onroerende zaken: "Verkoop of verhuur aan derden geschiedt tegen marktconforme prijzen."

430 Zie onder meer de motie van 23 april 2008 over teruggave van gronden die geen natuurfunctie hebben (*Kamerstukken II* 2007/08, 29659, 17), de reactie van de minister van 9 oktober 2009 op het rapport van de onafhankelijke commissie De Jong (*Kamerstukken II* 2009/10, 29659, 39), de discussie met de Kamer tijdens een algemeen overleg op 8 december 2009 (*Kamerstukken II* 2009/10, 29659, 45) en de aangenomen motie van 1 juli 2010 over een redelijke prijs voor de blote eigendom (*Kamerstukken II* 2009/10, 29659, 55) die door de minister onuitvoerbaar werd geacht.

431 Brief van de minister aan de Kamer van 3 maart 2011 (*Kamerstukken II* 2010/11, 29659, 66).

conflict zich toe op de waarderingsmethode tot het bepalen van de koopprijs.[432] Deze krachtmeting tussen de Staat als erfverpachter en erfpachters van (recreatie)woningen op de Waddeneilanden betreft au fond de waarde van hetgeen aan ieder der partijen toekomt. Het betreft percelen duingrond waarop door de erfpachters (recreatie)woningen zijn gebouwd en naast de koopprijs voor de blote eigendom betreft het conflict ook de wijze waarop de canon door Staatsbosbeheer wordt berekend. Niet het beginsel van marktconforme prijzen staat ter discussie als wel het aandeel in de waardetoename van de grond dat aan de erfpachters dient te worden toegerekend.

Een voorbeeld van dit conflict vormt de beslissing in kort geding van 8 november 2017.[433] Het geschil tussen 23 ondererfpachters op Vlieland en Staatsbosbeheer als erfverpachter, erfpachter was de beheerorganisatie van het recreatiepark waar de percelen gelegen waren, betreft de waardering van de blote eigendom van deze percelen in het kader van een koopaanbod. De voorzieningenrechter toetste het koopaanbod van Staatsbosbeheer aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en wees de vorderingen van de ondererfpachters af. Het uitgangspunt bij deze toetsing vormde de bestaande rechtsverhouding, ondanks dat in beginsel geen rechtsverhouding bestond tussen de erfverpachter en ondererfpachters:

> "In beginsel geldt voor Staatsbosbeheer contractsvrijheid, wanneer hij als grondeigenaar een aanbod doet tot koop van die grond aan een ondererfpachter. De contractsvrijheid geldt echter niet onbeperkt. Staatsbosbeheer dient als publiekrechtelijke rechtspersoon bij het doen van een aanbod tot koop de geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht in acht te nemen (artikel 3:14 BW). Volgens eisers wordt de contractsvrijheid van Staatsbosbeheer daarnaast beperkt door de regels van redelijkheid en billijkheid, omdat deze regels de rechtsverhouding tussen Staatsbosbeheer als eigenaar en hen als ondererfpachters beheersen. Deze stelling miskent dat tussen een eigenaar en een ondererfpachter, anders dan tussen een eigenaar en een erfpachter, geen vermogensrechtelijke rechtsverhouding bestaat. Door het verzoek van eisers aan Staatsbosbeheer tot het doen van een koopaanbod en het daaropvolgende koopaanbod van Staatsbosbeheer aan eisers is tussen hen echter wel een precontractuele rechtsverhouding ontstaan, die wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid. De voorzieningenrechter is daarom, zij het op andere gronden dan door eisers gesteld, van oordeel dat de contractsvrijheid van Staatsbosbeheer eveneens wordt beperkt door de eisen van redelijkheid en billijkheid."[434]

Het koopaanbod werd gedaan binnen een verbintenisrechtelijke precontractuele rechtsverhouding. Omdat het koopaanbod was gebaseerd op een taxatie uitgevoerd door een onafhankelijke taxateur en aan de hand van een door onafhankelijke deskundigen bevestigde waarderingsmethode, mocht Staatsbosbeheer naar

432 Zie onder meer het verslag van het algemeen overleg van 3 april 2012 (*Kamerstukken II* 2011/12, 29659, 82), de motie van 4 juli 2012 met het verzoek om onafhankelijke taxateurs (*Kamerstukken II* 2011/12, 29659, 91), de instelling van de commissie Van der Werf (*Kamerstukken II* 2012/13, 29659, 97), de brief van de minister van 18 december 2014 waarin onder meer een aantal proeftaxaties wordt aangekondigd (*Kamerstukken II* 2014/15, 29659, 137), de brief van de minister van 8 april 2016 over de resultaten van de beoordeling van de waarderingsmethode van het RVB (*Kamerstukken II* 2015/16, 29659, 143) en de brief van de minister van 4 juni 2018 over de verkoop van bloot eigendom (*Kamerstukken II* 2017/18, 29659, 149 met bijlage).

433 Rb. Noord-Nederland (vzr) 8 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4224 (*23 erfpachters/Staatsbosbeheer*).

434 Rb. Noord-Nederland (vzr) 8 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4224, r.o. 4.2.

het oordeel van de voorzieningenrechter, zijn koopaanbod op deze taxatie baseren.[435] In deze taxatie werd, onder verwijzing naar het arrest Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, afgezien van uit de erfpachtvoorwaarden voortvloeiende beperkingen omdat het om verkoop aan de zittende erfpachter ging.[436] De argumenten van de erfpachters dat zij daarmee de volle grondwaarde betaalden in plaats van de waarde van grond bezwaard met erfpacht stuitte af op de stelling van Staatsbosbeheer dat de waardetoename van de grond bij aankoop van bloot eigendom door de erfpachter tussen partijen gedeeld werd:

> "Bij verkoop aan de zittende erfpachter worden de erfpachtbeperkingen opgeheven en wordt de tijdens de looptijd van de erfpacht toegepaste depreciatie (ten gevolge van de erfpachtbeperkingen) van 25% teniet gedaan. Deze economische waarde valt de erfpachter toe zonder dat de erfpachter hiervoor wat hoeft te doen. Een verdeling van 50/50 (van de totale waarde depreciatie = 12,5%) van dat voordeel is een verdeelsleutel tussen eigenaar en erfpachter die ook volgens [B] en [C] voldoet aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, aldus gedaagden."[437]

De voorzieningenrechter achtte deze handelwijze niet onredelijk. Ik kan me echter niet aan de indruk onttrekken dat er naar een resultaat toe geredeneerd wordt. Het uitgangspunt is de verplichting voor de overheid om haar grond tegen marktconforme prijzen te verkopen. Voor de bloot eigendom van een perceel duingrond bezwaard met een erfpachtrecht bestaat geen markt, althans Staatsbosbeheer is niet bereid dit eigendom aan derden over te dragen en maakt alleen een uitzondering voor de zittende erfpachters en dan alleen van grond waarvoor geen natuurbestemming (meer) bestaat. Voor de erfpachtrechten die recht geven op gebruik van de grond en de daarop geplaatste recreatiewoningen bestaat wel een markt. De crux lijkt te zitten in het verschil tussen de waarde van het gekochte op het moment van koop, de bloot eigendom van Staatsbosbeheer waarvan de waarde zich niet marktconform laat vaststellen, en het resultaat van de transactie, de erfpachter wordt door vermenging vol eigenaar van een perceel duingrond in een gewild recreatiegebied. Van dat waardeverschil eigent Staatsbosbeheer zich de helft toe, en handelt daarmee niet in strijd met de algemene beginselen van be-

435 Rb. Noord-Nederland (vzr) 8 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4224, r.o. 4.5-4.6. Door het Landelijk Orgaan Wetenschappelijke Integriteit (LOWI) werd op 24 mei 2018 echter geoordeeld dat de onafhankelijke deskundigen bij de beoordeling van de waarderingsmethode weliswaar niet in strijd met de Nederlandse Gedragscode Wertenschapsbeoefening, maar wel 'verwijtbaar onzorgvuldig' hadden gehandeld, bron: <www.lowi.nl/nl/bestanden/LOWIadvies201805.pdf>, geraadpleegd op 8 december 2018. Daarmee staat de wetenschappelijkheid van de waarderingsmethode niet langer vast.

436 Rb. Noord-Nederland (vzr) 8 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4224, r.o. 4.9: "Gezien de verwijzing van [taxateur] Wiberg naar deze jurisprudentie gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat Wiberg geen depreciatie heeft toegepast op de marktwaarde, omdat zij – in lijn met dit oordeel van het gerechtshof – van mening is dat het feit dat sprake is van in (onder)erfpacht uitgegeven grond geen aftrek op de verkoopprijs van de grond rechtvaardigt, nu de grond wordt verkocht aan de zittende (onder)erfpachter, zodat op eventueel uit de erfpachtvoorwaarden voortvloeiende beperkingen niet langer acht behoeft te worden geslagen. Hieruit volgt dat Wiberg wel degelijk het bloot eigendom van de percelen (in bebouwde staat) heeft gewaardeerd, maar van mening is dat deze gelijk is aan de waarde van de volle, vrije eigendom van die percelen (in bebouwde staat)."

437 Rb. Noord-Nederland (vzr) 8 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4224, r.o. 4.17.

hoorlijk bestuur, aldus de voorzieningenrechter.[438] Naar verwachting zal het conflict nog enige tijd voortduren.

6.5.5 *Aankoop bloot eigendom Utrecht*

In november 2015 nam de raad van de gemeente Utrecht het besluit dat erfpachters in de gelegenheid zouden worden gesteld hun erfpachtrecht om te zetten naar vol eigendom door aankoop om niet van de bloot eigendom.[439] De reden hiervoor was dat de bloot eigendom voor de gemeente geen waarde meer vertegenwoordigde indien de canon eeuwigdurend was afgekocht.[440] De voorwaarden voor deze conversie zijn dat de erfpachtcanon eeuwigdurend is afgekocht onder toepassing van de AV 1989, dat het in de erfpachtvoorwaarden vastgelegde gebruik wonen is en het perceel gelegen is in een gebied waar wonen de hoofdfunctie is en dat geen sprake is van sociale woningbouw, een beleggershuurwoning of een woning in een winkelcentrum. Voor het gebruik van de grond voor woningen heeft de gemeente voldoende sturingsmogelijkheden door middel van het bestemmingsplan zodat de sturing middels erfpachtvoorwaarden kan vervallen. Daarnaast betreft het een economische afweging, uitgifte van grond in erfpacht levert geen economisch voordeel op en brengt wel kosten met zich.

6.5.5.1 Conversie van erfpacht gesplitst in appartementsrechten

De omzetting wordt ook aangeboden aan de eigenaren van ca. 14.000 appartementsrechten. Hier geldt als aanvullende voorwaarde dat ten minste zeventig procent van het bruto vloeroppervlak van het appartementencomplex is bestemd voor de functie wonen en dat de wijze van overdracht van de bloot eigendom in overleg met de vereniging van eigenaars (VvE) dient te worden bepaald.[441] De appartementseigenaars hebben immers ieder geen zelfstandig erfpachtrecht, maar een onverdeeld aandeel in het in appartementsrechten gesplitste erfpacht-

---

438 De erfpachters hadden onvoldoende argumenten aangevoerd voor het tegendeel, Rb. Noord-Nederland (vzr) 8 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4224, r.o. 4.23: "Zoals hiervoor is overwogen, hebben eisers niet aannemelijk gemaakt dat de door Staatsbosbeheer gehanteerde verkooprijzen niet marktconform zijn. Eisers hebben geen concrete feiten of omstandigheden gesteld die maken dat het vragen van een marktconforme prijs voor het bloot eigendom van de percelen onevenredig is jegens hen of één of enkele van hen gelet op de gevolgen die dit voor hen heeft. Daarbij komt dat eisers geenszins verplicht zijn om het perceel dat zij in (onder)erfpacht hebben, te kopen. Zij kunnen immers hun (onder)erfpachtrelatie voortzetten. Reeds hierop strandt het beroep van eisers op het evenredigheidsbeginsel en in het verlengde daarvan ook het beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel. In het midden kan blijven of Staatsbosbeheer, gelet op de eis van marktconformiteit in de Regeling materieelbeheer rijksoverheid 2006, de vrijheid heeft om op grond van omstandigheden in een individueel geval een (onder) erfpachter het bloot eigendom van een perceel grond aan te bieden voor een lagere prijs dan de marktwaarde." Een groep erfpachters op Terschelling deed vergeefs een verzoek in het kader van Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB) om het rapport 'Toets waarde bloot eigendom SBB' openbaar te maken, de financiële belangen van de Staat verhinderden in dit geval volledige openbaarmaking, Rb. Noord-Nederland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4422 (*Vereniging Terschellinger Erfpachters/Minister voor Wonen en Rijksdienst*).

439 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (raadsbesluit 26 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015.

440 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, nr. 1.1: "Vanwege het feit dat er na afkoop van de canon voor de gemeente geen canon-inkomsten meer uit de eeuwigdurend afgekochte erfpachtrechten voortvloeien (bij een ongewijzigd gebruik), vertegenwoordigt de bloot eigendom in die zin geen waarde." Andere argumenten vormen nr. 1.2: 'Aan het vervallen van de economische meerwaardeclausule wordt geen waarde toegekend' en nr. 1.3: "Voor woongebieden biedt erfpacht niet of nauwelijks meer gemeentelijke sturingsmogelijkheden op het gebruik van de grond, met uitzondering van het gebruik ten behoeve van sociale woningbouw."

441 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, p. 6-9 (beslispunt 2).

recht. Voor omzetting van het erfpachtrecht naar vol eigendom is een unaniem besluit vereist, iedere appartementsgerechtigde dient ermee in te stemmen en eraan mee te werken.[442] Voor de overdracht van de bloot eigendom worden in overleg met deskundigen uit het notariaat drie verschillende mogelijkheden aangeboden, waaruit iedere VvE een keuze dient te maken:

1. Splitsing in appartementsrechten van de bloot-eigendom overeenkomstig de bestaande splitsing van het erfpachtrecht, spiegelsplitsing genoemd;
2. Splitsing in appartementsrechten van de vol eigendom in afwijking van de bestaande splitsing van het erfpachtrecht, schone lei splitsing genoemd;
3. Overdracht van de bloot eigendom aan de VvE van het appartementencomplex.[443]

De drie mogelijkheden worden toegelicht in een afzonderlijke bijlage.[444] Bij de spiegelsplitsing wordt de bloot eigendom gesplist op dezelfde wijze als het erfpachtrecht. Na levering aan de appartementseigenaars van hun complementaire appartementsrecht bloot eigendom doen de appartementseigenaars (en de gemeente) afstand van (hun aandeel in) het erfpachtrecht als gevolg waarvan de splitsing van het erfpachtrecht eindigt en de bloot eigendom aangroeit tot vol eigendom. Een andere visie op wat er juridisch plaatsvindt gaat ervan uit dat het erfpachtrecht van rechtswege eindigt door vermenging na levering van het appartementsrecht bloot eigendom. Dit vereist een aanvullende rechtshandeling die in Utrecht alleen kan bestaan uit afstand omdat de AV 1989 opzegging van het erfpachtrecht door de erfpachter uitsluiten. De constructie wordt als volgt omschreven:

> "Bij een zogenoemde 'spiegelsplitsing' wordt de bloot-eigendom in appartementsrechten gesplitst overeenkomstig de bestaande splitsing van het erfpachtrecht (met gebruikmaking van de bestaande splitsingstekeningen en het bestaande splitsingsreglement van de erfpachtsplitsing), waardoor twee identieke splitsingen ontstaan, één van het erfpachtrecht en één van de bloot-eigendom. Daarna worden de nieuwe appartementsrechten (bloot-eigendom) geleverd aan de respectieve appartementsgerechtigden (erfpachters), waardoor deze appartementsgerechtigden zowel een appartementsrecht erfpacht als een appartementsrecht bloot-eigendom hebben. Vervolgens wordt de erfpacht beëindigd door afstand waardoor de splitsing van het erfpachtrecht eindigt. Door het eindigen van de splitsing van het erfpachtrecht, terwijl de splitsing van de bloot eigendom blijft bestaan, wassen de appartementsrechten bloot-eigendom aan tot appartementsrechten vol-eigendom."[445]

Voor een spiegelsplitsing is een veelheid aan aktes nodig en de instemming van alle appartementseigenaars. Omdat unanimiteit in appartementencomplexen zel-

442 Het gaat om appartementensplitsing in de zin van art. 5:106 BW, de omzetting naar vol eigendom vormt een wijziging van de akte van splitsing waarvoor op grond van art. 5:139 lid 1 BW medewerking van alle appartementseigenaars is vereist.

443 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, nr. 2.2.

444 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, bijlage 2: Memo van 30 juli 2015 over omzetting appartementsrechten naar vol eigendom. De bijlage is opgesteld door de gemeente na overleg met deskundigen uit het notariaat.

445 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, bijlage 2 Memo van 30 juli 2015 over omzetting appartementsrechten naar vol eigendom, p. 2.

den voorkomt is een alternatief uitgewerkt, waarbij de omzetting wordt uitgesteld. De bloot eigendom wordt in dit alternatief gesplitst en geleverd aan de appartementseigenaars die willen omzetten, maar er wordt pas definitief afstand gedaan van het erfpachtrecht nadat alle appartementseigenaars de complementaire bloot eigendom hebben verworven. Het resultaat is een omzetting onder opschortende voorwaarde, zoals ook bij eeuwigdurende afkoop van de canon wordt aangeboden.[446] In de tussentijd fungeert een extra vereniging van eigenaars voor de gesplitste bloot eigendom, met de gemeente als lid namens de niet geleverde rechten van bloot eigendom, wat extra beheerskosten voor de gemeente met zich brengt en kans op fouten bij overdracht. Om dit nadeel te ondervangen stelt de gemeente de voorwaarde dat alle appartementseigenaars meewerken aan een spiegelsplitsing en dat deze op één dag plaatsvinden.[447] Derden met een beperkt recht op de erfpachtrechten, zoals hypotheekhouders, dienen toestemming voor de wijziging van de splitsing te geven en zullen naar verwachting het hypotheekrecht dat eerst op het erfpachtrecht rustte willen oversluiten op de volle eigendom, waarmee de notariële kosten verder toenemen. Ondanks deze complicaties acht de gemeente de spiegelsplitsing de 'koninklijke weg' voor conversie naar eigendom. De tweede mogelijkheid is een zogenoemde schone lei-splitsing, een nieuwe splitsing ter vervanging van de vorige omdat die niet meer in overeenstemming is met de feitelijke situatie. Geadviseerd wordt de volle eigendom te splitsen nadat de bloot eigendom door de gemeente aan alle appartementseigenaars is geleverd en zij afstand hebben gedaan van het erfpachtrecht. In dit geval is unanimiteit vereist ten aanzien van alle onderwerpen van de splitsing, inclusief de splitsingstekening en het splitsingsreglement. Deze variant kan veel tijd kosten, tot hogere notariële kosten leiden en kent het risico van opvolgende appartementseigenaars en nieuwe hypotheekhouders.[448]

Bij de derde mogelijkheid levert de gemeente de bloot eigendom aan de vereniging van eigenaars, een overdracht waarvoor geen unanimiteit vereist is, maar in de meeste modelreglementen een meerderheidsbesluit volstaat. Na de overdracht treedt de VvE op als opvolgend erfverpachter en kan deze op enig moment (met unanimiteit) besluiten tot een spiegelsplitsing of schone lei-splitsing ter omzetting van erfpacht in eigendom. Het voordeel van deze constructie lijkt uitsluitend aan de kant van de gemeente te liggen. De erfpachters krijgen te maken met een particuliere erfverpachter, met gevolgen voor de eisen die aan de financiering worden gesteld.[449] In de bijgevoegde aantekeningen noteert Van Velten, die reeds in 1995 op deze constructie had gewezen, dat een VvE over het algemeen be-

446 Eeuwigdurende afkoop van de canon is besproken in par. 5.7.2.

447 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, bijlage 2 Memo van 30 juli 2015 over omzetting appartementsrechten naar vol eigendom, p. 3.

448 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, bijlage 2 Memo van 30 juli 2015 over omzetting appartementsrechten naar vol eigendom, p. 4. Pagina 5 bevat een overzicht van de benodigde stappen en notariële akten voor beide opties.

449 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, bijlage 2 Memo van 30 juli 2015 over omzetting appartementsrechten naar vol eigendom, p. 5-7. Besproken worden de vereisten voor een notariële opinie en dat door twee Utrechtse notariskantoren is aangegeven dat erfpachtrechten waarop de AV1989 van toepassing zijn voldoen aan de NVB-criteria. Dit geldt ook voor de situatie waarin een VvE de bloot eigendom heeft verworven. Voor de zekerheid dient de constructie te worden voorgelegd aan de NVB.

voegd zal zijn tot verwerving van registergoederen en dat het van het splitsingsreglement zal afhangen of daar een gewone of een gekwalificeerde meerderheid van stemmen voor vereist is.[450] De gemeente gaat ervan uit dat voor het besluit tot overdracht van de bloot eigendom aan de VvE geen unanimiteit is vereist.[451]

Medio 2018 wordt via de website van de gemeente Utrecht aan appartementseigenaren twee opties aangeboden. De ene omvat 'erfpacht appartementen omzetten naar VvE,' dan wordt de bloot eigendom aan de VvE geleverd en wijzigt alleen de identiteit van de erfverpachter.[452] De andere optie omvat 'erfpacht appartementen omzetten naar eigenaren,' dan wordt via de VvE aan de hand van een unaniem besluit de bloot eigendom gesplitst en geleverd aan de individuele appartementseigenaars. De route via de VvE maakt het mogelijk dat er één koopovereenkomst en één leveringsakte nodig zijn, op grond van een door iedere appartementseigenaar aan te leveren volmacht en akkoordverklaring van de hypotheekhouder. Het resultaat is in dit geval een werkelijke conversie, met voor de appartementseigenaren een onverdeeld aandeel in de volle eigendom van de grond.[453]

Gezien het grote verschil in waarde dat wordt gehecht aan erfpacht en eigendom acht ik de 'oplossing' voor het gebrek aan unanimiteit binnen een VvE om dan maar de bloot eigendom aan de VvE over te dragen geen realistische en zinvolle optie voor erfpachters. Het erfpachtrecht blijft bestaan zodat geen sprake is van eigendom. Er is zelfs particuliere erfpacht ontstaan met alle risico's van dien voor onder meer de financiering van de erfpachtrechten. Ik zie geen reden daar luchthartig aan voorbij te gaan. In de literatuur is voornamelijk gediscussieerd over de wenselijkheid van omzetting naar eigendom door middel van de spiegelsplitsing en over de vraag of het erfpachtrecht door vermenging tenietgaan dan wel of daarvoor afstand of opzegging is vereist. Die opvattingen zijn relevant voor de aankoop van de bloot eigendom en worden hieronder kort besproken.

---

450 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, bijlage 2 Memo van 30 juli 2015 over omzetting appartementsrechten naar vol eigendom, Notitie prof.mr. A.A. van Velten van 23 juni 2015. Zie ook Van Velten 1995a in antwoord op een rechtsvraag over de gevolgen van de overdracht van bloot eigendom bij een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht: "De laatste methode [de gemeente levert de bloot eigendom aan de vereniging van eigenaars] heeft als nadeel dat theoretisch de erfpacht blijft bestaan, maar deze handelwijze zal wel de minste kosten met zich mee brengen. Ook kadastraal lijkt deze methode simpeler (…). Bovendien is bij executie de situatie bij de tweede mogelijkheid niet nodeloos ingewikkeld (…)."

451 *Omzetting van erfpachtrechten naar vol eigendom* (voorstel 4260 aan de raad van 5 november 2015), Utrecht: Gemeente Utrecht 2015, nr. 2.4: "Voor dit besluit is geen unanimiteit vereist. Dit betekent dat ook (de minderheid van) de erfpachters die tegen dit besluit hebben gestemd (of zich hebben onthouden van stemming) aan dit besluit zijn gebonden. Dit is echter inherent aan het deelnemen in een VvE, waarin verschillende besluiten met een absolute meerderheid worden genomen. Deze erfpachters hebben wel de mogelijkheid om het besluit van de VvE eventueel bij de rechter aan te vechten." De modelreglementen schrijven alle een gewone meerderheid voor indien de vergadering het bestuur machtigt tot het verrichten van rechtshandelingen die een bepaald door de vergadering vast te stellen belang te boven gaan. De modelreglementen 2006 en 2017 vermelden tevens dat de VvE een registergoed in eigendom kan verkrijgen, maar ook dat het besluit tot het aangaan van een financiële verplichting die een bepaald door de vergadering vast te stellen bedrag te boven gaat alleen met een gekwalificeerde meerderheid genomen kan worden. Dat betekent in de bewoordingen van art. 52 lid 5 van het Modelreglement 2006 dat het besluit wordt genomen 'met een meerderheid van ten minste twee/derde van het aantal stemmen, uitgebracht in een vergadering waarin een aantal eigenaars tegenwoordig of vertegenwoordigd is, dat ten minste twee/derde van het totaal aantal stemmen kan uitbrengen'.

452 Bron: <www.utrecht.nl/wonen-en-leven/wonen/erfpacht/erfpacht-appartementen-omzetten-naar-vve/>, geraadpleegd op 21 juni 2018.

453 Bron: <www.utrecht.nl/wonen-en-leven/wonen/erfpacht/erfpacht-appartementen-omzetten-naar-eigenaren/>, geraadpleegd op 21 juni 2018.

6.5.5.2 Doctrine over conversie van erfpacht gesplitst in appartementsrechten

De inschrijving van een in appartementsrechten gesplitst bloot eigendomsrecht via de methode van de spiegelsplitsing, waarbij de splitsing van de bloot eigendom identiek is aan de splitsing van het erfpachtrecht, leidt in de kadastrale registratie tot de vermelding van twee splitsingen bij dezelfde onroerende zaak.[454]

Volgens Van Velten zal na levering van het appartementsrecht-bloot eigendom aan de eigenaar van het appartementsrecht-erfpacht het erfpachtrecht wegens vermenging tenietgaan, maar hypotheekhouders zullen daarvan op grond van art. 3:81 lid 3 BW geen hinder ondervinden.[455] Louwman stelt zich op het standpunt dat er geen sprake kan zijn van vermenging omdat de regeling voor het tenietgaan van beperkte rechten van art. 3:81 BW niet van toepassing is bij splitsing in appartementsrechten waarbij geen beperkte rechten worden gevestigd.[456] Hij pleit voor opzegging van het erfpachtrecht op grond van art. 5:87 lid 1 BW door de rechthebbende op zowel het appartementsrecht-erfpacht als het appartementsrecht-bloot eigendom, zeker indien beide appartementsrechten met een hypotheek zijn belast:

> "Door opzegging gaan immers ook de splitsing erfpacht en de op de appartementsrechten in die splitsing gevestigde hypotheken te niet. In theorie zou de hypotheekhouder ex artikel 3:45 BW tot vernietiging van de opzegging kunnen overgaan (zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 306), doch in geval van hypotheek op zowel het appartementsrecht bloot eigendom als op het appartementsrecht erfpacht heeft de hypotheekhouder daar geen belang bij. Het onderpand van zijn hypotheek op het appartementsrecht bloot eigendom groeit na opzegging erfpacht immers uit tot een appartementsrecht vol [eigendom]."[457]

Indien de erfpachtvoorwaarden opzegging door de erfpachter uitsluiten, kan de akte van overdracht van het appartementsrecht-bloot eigendom de erfpachtvoorwaarden op dit punt en voor dit specifieke geval wijzigen.

Huijgen stelt vragen bij Louwmans constructie met opzegging omdat bij opzegging geen sprake is van relatieve werking zoals in geval van afstand.[458] De complexiteit van de situatie wordt niet alleen gevormd door de grootte van het appartementencomplex en het aantal appartementsgerechtigden, maar ook doordat zowel het appartementsrecht als het erfpachtrecht belast kunnen zijn met beperkte rechten, kwalitatieve verplichtingen, kettingbedingen en mogelijk ook met

454 Louwman 2004, par. 2. Een bezwaar is dat splitsingen van verschillende rechten op hetzelfde object het risico van fouten meebrengt bij bijvoorbeeld overdracht of belasting met hypotheek. De kans dat een van de twee rechten wordt vergeten is dan aanwezig, hierover par. 3.

455 Van Velten 1995a.

456 Louwman 2004, par. 2: "Vermenging zou ook niet in overeenstemming zijn met het feit dat de verkrijger van een appartementsrecht bloot eigendom lid blijft van twee VvE's, die zowel verschillende splitsingsreglementen en huishoudelijke reglementen als verschillende leden kunnen hebben."

457 Louwman 2004, par. 3, waaraan toegevoegd: "Voor inschrijving van deze opzegging is geen notariële akte nodig, doch kan worden volstaan met een registerverklaring (artikelen 26/37 KW), waarin een bestuurder van de VvE mededeelt dat de erfpacht is opgezegd. Het met de registerverklaring in te schrijven bewijsstuk zou een verslag van de vergadering van de VvE's kunnen zijn."

458 Huijgen 2010, par. 1.

publiekrechtelijke lasten en beperkingen. Bij opzegging van het erfpachtrecht door de erfpachter zullen sommige privaatrechtelijke lasten en beperkingen tenietgaan terwijl andere blijven doorlopen.[459] Bij afstand van het erfpachtrecht door de gezamenlijke appartementseigenaars, blijven beperkte rechten krachtens art. 3:81 lid 3 BW voortbestaan. Voor beperkte rechten gevestigd op het appartementsrecht lijkt hetzelfde te gelden, al verdient het voor de zekerheid aanbeveling de beperkte rechten ter gelegenheid van de conversie opnieuw te vestigen.[460] Kwalitatieve bedingen worden bedongen ten aanzien van een registergoed en gaan met dat registergoed (appartementsrecht of erfpachtrecht) teniet zodat deze in voorkomende gevallen opnieuw gevestigd moeten worden. Kettingbedingen daarentegen blijven als zijnde persoonlijke verplichtingen verschuldigd tussen partijen.[461] Ten aanzien van inschrijfbare publiekrechtelijke beperkingen bestaat geen regeling die toegepast kan worden in geval van erfpachtconversie. In geval van publiekrechtelijke beperkingen van gemeenten zal die gemeente bij conversie de betreffende beperking opnieuw moeten vestigen en ook het notariaat dient bedacht te zijn op bijvoorbeeld aanwijzingen in het kader van de Wet Voorkeursrecht Gemeenten.[462]

Vonck geeft een aanvulling op de bijdrage van Huijgen voor het geval in de erfpachtvoorwaarden de bevoegdheid van de erfpachter tot opzegging van zijn recht is uitgesloten.[463] Indien op het erfpachtrecht een hypotheekrecht is gevestigd en bij de overdracht in het kader van de conversie het recht wordt gewijzigd in de zin dat de erfpachter de bevoegdheid tot opzegging krijgt zonder dat de hypotheekhouder met die opzeggingsbevoegdheid heeft ingestemd, kan een dergelijke opzegging niet ten nadele van de hypotheekhouder werken. In dit geval wordt een essentieel element van de rechtsverhouding gewijzigd, namelijk de duur, en is dat van invloed op de belangen van derden zodat de wijziging niet ten nadele van die derde kan werken.[464]

In haar reactie op de bijdrage van Huijgen beargumenteert Tweehuysen het tenietgaan van het erfpachtrecht door vermenging op het moment dat het appartementsrecht-erfpacht en het appartementsrecht-bloot eigendom in één hand komen.[465] Opzegging of afstand is in haar optiek in dat geval niet nodig. Een voorwaarde is wel dat alle appartementsrechten-erfpacht en alle corresponderende appartementsrechten-bloot eigendom toekomen aan de betreffende appartementseigenaars. Van rechtswege zal dan het volgende geschieden:

459 Huijgen 2010, par. 2a.
460 Huijgen 2010, par. 2b.
461 Huijgen 2010, par. 2b.
462 Huijgen 2010, par. 3.
463 Vonck 2011b.
464 Vonck 2011b plaatst deze beschouwing in het licht van de discussie over de vraag in welke gevallen een wijziging van erfpachtvoorwaarden tot de vestiging van een nieuw recht dient te leiden en wanneer het slechts om wijziging van een bestaand recht gaat. Ten aanzien van de belangen van derden dient een niet in de vestigingsakte voorziene wijziging gekwalificeerd te worden ‘als ofwel een gedeeltelijke afstand, ofwel een aanvullende vestiging, ofwel een combinatie van beide. Deze wijziging werkt dan op grond van de algemene prior tempore-regel of op grond van de bijzondere bepaling in art. 3:81 lid 3 BW niet ten nadele van degenen met een beperkt recht op het gewijzigde recht’.
465 Tweehuysen 2011, par. 3.1.

> "Indien en zodra dat gebeurt, zijn dezelfde personen zowel (mede-)gerechtigd tot de bloot eigendom als tot de erfpacht, waardoor de erfpacht tenietgaat op grond van art. 3:81 lid 2 aanhef en onder e BW. Op grond van art. 5:143 lid 1 aanhef en onder a BW wordt de splitsing vervolgens van rechtswege opgeheven, wat tevens tot gevolg heeft dat de vereniging van eigenaars van rechtswege wordt ontbonden op grond van art. 5:147 BW. Wat resteert, zijn de tot volle eigendom aangegroeide appartementsrechten."[466]

De ratio van vermenging bestaat volgens de wetgever juist uit het naast elkaar bestaan van eigendom en beperkt recht in dezelfde hand en volgens Tweehuysen geldt dit eveneens voor het naast elkaar bestaan van mede-eigendom en medegerechtigdheid tot een erfpachtrecht. De gevolgen voor derden die op het appartementsrecht-erfpacht een recht van hypotheek hebben worden ondervangen door de relatieve werking van art. 3:81 lid 3 BW.[467] Het recht van hypotheek (of vruchtgebruik of erfdienstbaarheid) komt te rusten op het appartementsrecht-eigendom, dat uitsluitend in goederenrechtelijke status verschilt van het voor de conversie aanwezige appartementsrecht-erfpacht.

Huijgen bestrijdt deze opvatting van Tweehuysen op grond van art. 3:81 lid 2 BW dat vereist dat een beperkt recht en een eigendomsrecht zich in dezelfde hand bevinden. Dit geldt niet voor twee appartementsrechten die zich in dezelfde hand bevinden.[468] De wetgeschiedenis biedt geen grondslag voor het standpunt van Tweehuysen dat ook in strijd is met het wezen van het appartementsrecht als een vermogensrecht van eigen aard, waarbij wettelijk geregeld is dat alle appartementsrechten aan één eigenaar kunnen toebehoren zonder dat vermenging optreedt. De gecompliceerde situatie van conversie van in appartementsrechten gesplitste erfpachtrechten is door de wetgever niet geregeld en de aanname van een vermenging van rechtswege leidt tot meer problemen dan oplossingen, bijvoorbeeld bij ondersplitsingen, en is in strijd met de in het goederenrecht vereiste rechtszekerheid. Verstappen sluit zich aan bij de opvattingen van Louwman en Huijgen dat bij deze conversie geen vermenging optreedt.[469]

Ook Balvert en Benders delen die opvatting.[470] De twee mogelijkheden die de gemeente Utrecht aan erfpachters aanbiedt zijn naar hun mening geschikt om bij conversie een nieuwe splitsing te vermijden. Bij een spiegelsplitsing en levering van het appartementsrecht-bloot eigendom aan de appartementseigenaar van het appartementsrecht-erfpacht treedt geen vermenging op. Om eigendom te verkrijgen dient de appartementseigenaar het erfpachtrecht op te zeggen of afstand van zijn recht te doen, als gevolg waarvan het appartementsrecht-erfpacht eindigt en

466 Tweehuysen 2011, par. 3.1.
467 Tweehuysen 2011, par. 3.2-3.4.
468 Huijgen 2011: 'Het feit dat het appartementsrecht ontstaat door de enkele inschrijving van de akte van splitsing, ook al zijn alle appartementsrechten in één hand, blijkt ook nog eens uit de wet. Het is derhalve zelfs denkbaar dat alle appartementsrechten erfpacht en alle appartementsrechten bloot eigendom in dezelfde hand zijn en dat desondanks geen vermenging optreedt,' onder verwijzing naar art. 5:107 BW en naar het hybride karakter van het appartementsrecht zoals omschreven door Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:106 BW, aant. 2.1: 'Het appartementsrecht als subjectief recht' (online, bijgewerkt 8 december 2017): "Het appartementsrecht wijkt op een aantal essentiële punten af van dergelijke beperkte rechten. Zo is het zeer wel mogelijk dat alle appartementsrechten aan één eigenaar toebehoren, zonder dat de splitsing eindigt door vermenging."
469 Verstappen 2012.
470 Balvert & Benders 2015.

het appartementsrecht-bloot eigendom aangroeit tot appartementsrecht-vol eigendom. Cruciaal is dat alle appartementseigenaars hun appartementsrecht-erfpachtrecht beëindigen als gevolg waarvan de splitsing van het erfpachtrecht in appartementsrechten eindigt. De positie van de hypotheekhouder verdient aandacht. Overdracht van de bloot eigendom aan de VvE heeft als voordeel 'dat de appartementseigenaren gezamenlijk, middels de VvE, zijn gerechtigd tot het recht van erfpacht en daarmee de voorwaarden kunnen bepalen.'[471] Bovendien is voor een dergelijk besluit geen unanimiteit nodig. Maar er treedt geen conversie op en er ontstaat particuliere erfpacht, zodat het essentieel is dat bij overdracht van de bloot eigendom wordt bedongen dat de VvE zich verplicht het geldende erfpachtbeleid van de gemeente zonder uitzondering voort te zetten. Van Velten bevestigt deze twee mogelijkheden.[472]

In een preadvies uit 2016 neemt Vonck het standpunt in dat het erfpachtrecht door vermenging tenietgaat wanneer alle gerechtigde appartementseigenaars tot een onverdeeld aandeel in de erfpacht aan de conversie hebben meegewerkt.[473] Vonck bevestigt de heersende opvatting dat beëindiging van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht alleen mogelijk is door een spiegelsplitsing en overdracht van alle appartementsrechten-bloot eigendom aan de corresponderende appartementseigenaars. Zolang nog slechts een deel van de appartementseigenaars hun appartementsrecht bloot eigendom hebben verworven loopt het erfpachtrecht door.[474] De vraag of daarna nog een handeling nodig is om het tenietgaan van het erfpachtrecht te bewerkstelligen benadert Vonck vanuit het uitgangspunt dat na een splitsing in appartementsrechten de gesplitste onroerende zaak, in casu het erfpachtrecht, geen zelfstandig juridisch bestaansrecht meer heeft.[475] Die bijzondere aard van de appartementensplitsing speelt een rol bij de vraag naar de werking van vermenging in de zin van art. 3:81 lid 2 sub e BW. Anders dan Huijgen is Vonck van mening dat het bijzondere karakter van de appartementensplitsing, als een onverdeeld aandeel in een goed met een daaraan verbonden exclusief gebruik van een privégedeelte, niet in de weg staat aan het optreden van vermenging omdat de gemeenschap van gerechtigden tot de gehele eigendom tevens gerechtigd is geworden tot het gehele erfpachtrecht en het moederrecht en het beperkt recht dus in één hand zijn gekomen.[476] Kleine verschillen in beide splitsingen maken dat niet anders en eenzelfde verschijnsel kan zich voordoen bij deelgenotenregelingen van eenvoudige gemeenschappen. Doorslaggevend is de bedoeling van de constructie:

> "Bepalend is naar mijn mening of de verhoudingen in de gerechtigdheid tot het moederrecht en tot het beperkte recht volledig identiek zijn. Als een groep personen gezamenlijk gerechtigd is tot

471 Balvert & Benders 2015, p. 7. Bij onenigheid binnen de VvE kan dit net zo goed een nadeel genoemd worden.
472 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/384, waar tevens wordt vermeld dat de spiegelsplitsing in Rotterdam regelmatig wordt toegepast, 'mits alle appartementseigenaars meewerken aan de omzetting'.
473 Van Velten & Vonck 2016, p. 91.
474 En bestaan er naast elkaar twee appartementensplitsingen van dezelfde zaak met beide een VvE en alle daarbij behorende verplichtingen. Van Rooijen 2018 schetst de gevolgen van een langdurig bestaan van de spiegelsplitsing naast de appartementensplitsing.
475 Van Velten & Vonck 2016, p. 78: "Bijzonder aan de appartementensplitsing is dat zij in zekere zin leidt tot een einde van het zelfstandige juridische voortbestaan van het gesplitste recht. In plaats daarvan zijn er voortaan nog slechts de appartementsrechten die vatbaar zijn voor individuele bezwaring of vervreemding."
476 Van Velten & Vonck 2016, p. 82.

de bloot eigendom en in dezelfde verhouding tot het op die onroerende zaak gevestigde erfpachtrecht, dan treedt vermenging in en gaat het erfpachtrecht teniet. Datzelfde zou het geval moeten zijn na splitsingen in appartementsrechten; de conclusie is dan dat zelfs als een deelgenoot zijn privégedeelte in de erfpacht op een geheel andere plaats binnen het complex heeft dan zijn privégedeelte in de eigendom, de vermenging intreedt."[477]

Het is begrijpelijk dat de in de praktijk gewenste oplossing zo min mogelijk extra complicaties dient te bevatten. Dat partijen de bedoeling hebben de onverdeelde aandelen in het erfpachtrecht om te zetten in identieke aandelen in een eigendomsrecht is duidelijk, maar hoe past de gewenste constructie in het stelsel van de wet? De dogmatische vraag luidt of in het niet door de wetgever geregelde geval van de omzetting van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht in een op identieke wijze gesplitst eigendomsrecht, tenietgaan van het beperkte recht optreedt door vermenging, dus van rechtswege, of dat daarvoor een afzonderlijke rechtshandeling van de gerechtigden tot het erfpachtrecht nodig is in de vorm van opzegging of afstand. Is in het geval erfpachtrecht en bloot eigendom zijn gesplitst in appartementsrechten voldaan aan de voorwaarde voor vermenging dat het beperkt recht en het hoofdrecht in één hand zijn verenigd zonder dat er voldoende reden bestaat om beide rechten afzonderlijk te laten voortbestaan?[478] Doorslaggevend lijkt in dit geval de eigen aard, de zelfstandigheid en de ratio van de appartementensplitsingen. In de door gemeenten gehanteerde constructie waarbij de spiegelsplitsing uitsluitend de conversie van erfpacht naar eigendom dient, heeft de splitsing van de bloot eigendom geen zelfstandig bestaansrecht. Indien beide rechten zijn gesplitst in appartementsrechten en daarmee hun zelfstandige juridische bestaan hebben verloren, is in beginsel niet zonder meer sprake van in één hand verenigd zijn. Een beperkt recht kan niet gelijk gesteld worden aan datzelfde beperkte recht gesplitst in appartementsrechten.[479] Ook niet indien alle appartementsrechten nog in één hand zijn, wat in de hier bedoelde situatie niet het geval is. Beëindiging van het in appartementsrechten gesplitste erfpachtrecht door vermenging zodra alle corresponderende appartementsrechten bloot eigendom in handen zijn gekomen van dezelfde appartementseigenaars past daarmee niet in het stelsel van de wet.

Nu de parlementaire geschiedenis ruimte heeft gelaten voor de partijbedoeling bij het vestigen en beëindigen van beperkte rechten en ten aanzien van de appartementensplitsing de wet alleen de bevoegdheid en niet de ratio heeft geregeld, moet het mogelijk zijn om in dit specifieke geval van conversie ruimte te zien voor het van rechtswege beëindigen van het erfpachtrecht door vermenging.

477 Van Velten & Vonck 2016, p. 83.

478 PG Boek 3 BW, p. 310-311: "De ratio van de regel dat een beperkt recht door vermenging tenietgaat, is dat een voor de rechtspraktijk ongewenste onoverzichtelijkheid van de rechtstoestand van goederen het gevolg zou zijn, indien een beperkt recht na met het hoofdrecht in één hand te zijn verenigd zonder voldoende reden rechtens afzonderlijk zou blijven voortbestaan. Licht zou dan b.v. bij latere overdracht misverstand over hetgeen overgedragen werd, kunnen ontstaan."

479 Zo ook Huijgen 2011: '(…) een appartementsrecht is geen beperkt recht maar een vermogensrecht van eigen aard. Het is door de wetgever in art. 5:106 lid 4 BW omschreven als: een aandeel in de goederen die in de splitsing zijn betrokken, dat de bevoegdheid omvat tot het uitsluitend gebruik van bepaalde gedeelten van het gebouw die blijkens hun inrichting bestemd zijn of worden om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. Nu het appartementsrecht een eigensoortig recht is, kan in de hierboven geschetste situatie de vermengingsregel niet werken.'

Conform de partijbedoeling en mits duidelijk vastgelegd. Om het zekere voor het onzekere te nemen heeft de gemeente Utrecht gekozen voor een extra beëindigingshandeling. Op de gezamenlijke appartementseigenaars rust de kwalitatieve verplichting gelijktijdig en unaniem afstand te doen van alle appartementsrechten-erfpacht of deze op te zeggen. Daarna zal de splitsing op grond van art. 5:143 BW van rechtswege opgeheven worden en groeien de appartementsrechten-bloot eigendom aan tot appartementsrechten-vol eigendom waarop conform art. 5:146 BW de beperkte rechten komen te rusten die eerder op de appartementsrechten erfpacht gevestigd waren. De problemen die in de praktijk zullen optreden betreffen niet de dogmatische vraag op welke wijze het erfpachtrecht beëindigd wordt, maar eerder de situatie in de periode tussen de spiegelsplitsing en het moment dat alle appartementseigenaars hun appartementsrecht-bloot eigendom verworven zullen hebben. Deze periode kan jaren duren en zich kenmerken door het naast elkaar bestaan van twee appartementensplitsingen met twee VvE's en alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen.[480]

6.5.5.3 Conclusie conversie erfpacht gesplitst in appartementsrechten

Dogmatisch gezien vertoont de wet een leemte en biedt uitleg van de geldende regels geen oplossing voor de conversie van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht naar een in appartementsrechten gesplitst eigendomsrecht. Een oplossing in het licht van het stelsel van de wet dient zich evenmin aan. Dan moet een oplossing voor deze leemte gevonden te worden aan de hand van rechtsbeginselen.[481] Voor het goederenrecht dient met name de rechtszekerheid zich aan als rechtsbeginsel. Het publiciteitsvereiste en de belangen van derden brengen mee dat goederenrechtelijke verhoudingen voor derden kenbaar dienen te zijn en de overgang van een erfpachtrecht naar eigendom dient uit de openbare registers te blijken, ook indien het recht in kwestie is gesplitst in appartementsrechten. De betekenis van het rechtszekerheidsbeginsel brengt mee dat de conversie in meerdere aktes moet worden neergelegd en dat partijen hun bedoelingen met de conversie in deze aktes duidelijk dienen te omschrijven.

Als conclusie stel ik vast dat de gemeente Utrecht beide uit de literatuur bekende mogelijkheden heeft benut om de omzetting van erfpachtrechten gesplitst in appartementsrechten naar eigendom aan te bieden, met de daaraan verbonden voor- en nadelen. In deze situatie zal voor omzetting naar eigendom altijd de instemming van alle appartementseigenaars vereist zijn.[482] Zonder unanimiteit ontstaat er geen eigendom. De gemeente Utrecht kiest op goede gronden ervoor die overdracht via de VvE te laten lopen zodat de conversie door middel van splitsing van

480 Voor verschillende complicaties ten aanzien van onder meer de inschrijving, de overdracht en het vestigen van beperkte rechten op appartementsrechten zie de beschrijvingen van Louwman 2004 en Van Velten & Vonck 2016, p. 83-86 en p. 91-93.

481 Vgl. Van Gestel, Loth & Mak 2016, p. 1964 over drie soorten rechtsvinding.

482 Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, titel 7 Boek 5 BW, aant. 8.1.2: 'Erfpachtconversie na een splitsing van de erfpacht' (online, bijgewerkt 30 januari 2018) stelt eenvoudigweg: "Wordt de erfpachter in de gelegenheid gesteld de bloot eigendom te verwerven, dan zal in geval van een gesplitste erfpacht eerst de bloot eigendom moeten worden gesplitst op dezelfde wijze als de splitsing in de erfpacht. Vervolgens verwerven de gerechtigden in de erfpacht het aandeel in de eigendom dat correspondeert met hun aandeel in de erfpacht."

de bloot eigendom, levering van de appartementsrechten bloot eigendom en afstand doen van de appartementsrechten erfpacht op één dag voor alle appartementseigenaars gelijktijdig kan plaatsvinden. De overdracht van de bloot eigendom aan de VvE verplaatst het probleem van de gemeente naar de VvE en levert geen eigendom of andere voordelen op. Bij het ontbreken van unanimiteit zouden appartementseigenaars naar mijn mening goed eraan doen zich tot eeuwigdurende afkoop van de canon te beperken en af te zien van het streven naar een aandeel in de eigendom van de grond onder hun appartementencomplex.

6.5.6 Samenvatting en conclusie beëindiging door vermenging

Een in de vestigingsakte bedongen voorkeursrecht van koop voor de erfpachter of de erfverpachter heeft in beginsel zakelijke werking. Voor een succesvolle uitoefening van een voorkeursrecht, een voorkooprecht of een recht van koop komt het aan op de exacte formulering van het beding.

Aankoop door de erfpachter van de blote eigendom leidt vaak tot conflicten over de koopprijs. De waarde van de blote eigendom wordt in beginsel berekend door de volle eigendom te verminderen met de waarde van het erfpachtrecht. Bij vaststelling van de waarde van het erfpachtrecht dient rekening te worden gehouden met de hoogte van de canon, de beperkingen op het gebruik uit de erfpachtvoorwaarden en marktgegevens. Bij de waardebepaling van de blote eigendom van de grond waarop een erfpachtrecht rust moet een aftrek plaatsvinden voor de bebouwde staat van de grond. Bij de toetsing van de aankoopprijs dient aan de hand van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld of de prijs redelijk is. In het conflict tussen de erfpachters van recreatiewoningen op de Waddeneilanden en erfverpachter Staatsbosbeheer staat bij het bepalen van de koopprijs voor de blote eigendom de vraag ter discussie aan welke partij de toegenomen waarde van de grond toekomt. Ondanks vele adviezen van meer en minder onafhankelijke commissies van deskundigen en bemoeienis van de politiek duurt het conflict voort.

De omzetting van een erfpachtrecht dat is gesplitst in appartementsrechten vereist een unaniem besluit van alle betrokken appartementseigenaars en deze omzetting kan in theorie het beste geschieden via een gelijktijdige spiegelsplitsing van de bloot eigendom, overdracht van de appartementsrechten-bloot eigendom aan de betreffende appartementseigenaars die vervolgens het erfpachtrecht opzeggen of er afstand van doen waarna de appartementsrechten-bloot eigendom aangroeien tot (een aandeel in de) eigendom van de grond. In de praktijk doen zich hierbij vele praktische problemen voor.

De koop van de blote eigendom door de erfpachter is in beginsel een verbintenisrechtelijke aangelegenheid en rond de koop en het koopaanbod doen zich gebruikelijke verbintenisrechtelijke vraagstukken voor zoals de toepassing van de algemene voorwaardenregeling en het leerstuk afgebroken onderhandelingen. Verjaring en misbruik van bevoegdheid kunnen een rol spelen, maar art. 24 Mededingingswet is niet van toepassing. De redelijkheid van een koopaanbod kan, in het licht van de rechtsverhouding tussen partijen, worden beoordeeld op grond van de omstandigheden van het geval.

6.6 Beëindiging door de rechter ex artikel 5:97 BW

Deze paragraaf maakt het overzicht van de wijzen waarop een erfpachtrecht kan worden beëindigd compleet en bevat een samenvatting van literatuur en jurisprudentie omtrent de bevoegdheid van de rechter een erfpachtrecht op te heffen. Het was niet nodig uitvoerig onderzoek te doen naar de literatuur en jurisprudentie over art. 5:97 BW omdat anderen dat reeds hebben uitgevoerd.[483]

6.6.1 Inleiding imprévision

Hieronder worden de resultaten besproken van onderzoeken van anderen en enige recente rechtspraak, gevolgd door een korte conclusie over de betekenis van art. 5:97 BW voor de rechtsverhouding en over de vraag of deze bepaling beantwoordt aan de bedoeling van de wetgever. Recente onderzoeken naar art. 5:97 BW werden uitgevoerd door Kemp, Vonck en Everaars. Kemp wijst op de beschermingsgedachte die aan het artikel ten grondslag ligt en het effect daarvan op toepassing in rechte.[484] Vonck bespreekt in zijn paragraaf over de imprévision vooral de wijzigingsbevoegdheid.[485] Everaars onderzoekt alle gepubliceerde rechtspraak over de imprévision-regeling met betrekking tot erfdienstbaarheden, erfpacht en opstal[486] en werkt haar analyse van de bepalingen verder uit in haar bijdrage aan de bundel *Tenietgaan van beperkte rechten*.[487]

6.6.2 Wetsgeschiedenis artikel 5:97 BW

De imprévision-regeling bij erfpacht werd geïntroduceerd als een *lex specialis* van het verbintenisrechtelijke art. 6:258 BW voor wijziging of ontbinding van overeenkomsten.[488] De aparte bepaling was noodzakelijk vanwege de andere aard en doorgaans lange duur van erfpachtrechten. Wijziging of opheffing op grond van art. 5:97 BW is pas mogelijk vanaf 25 jaar na vestiging van het erfpachtrecht, mede vanwege de grote stabiliteit die partijen en derden mogen verwachten van zakenrechtelijke verhoudingen.[489] De opheffing van het recht door de rechter moet ook expliciet door (een der) partijen gevorderd worden.[490] Op grond van art. 5:97 lid 3 BW moeten betrokkenen met een beperkt recht op het erfpachtrecht of de onroerende zaak in het geding worden geroepen. De norm voor opheffing op grond van onvoorziene omstandigheden die van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de erfverpachter of de erfpachter kan worden gevergd, is identiek aan de verbintenisrechtelijke norm van art. 6:258 BW. Art.

483 Een erfpachtrecht kan ook eindigen door verjaring of zuivering, vgl. Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/236. Reepmaker 1931 noemt als wijzen van tenietgaan tevens het tenietgaan van de grond (p. 137-138), het vervullen van een ontbindende voorwaarde (p. 149-151) en onteigening (p. 152-153). Die onderwerpen worden hier aangestipt waar daar aanleiding voor is, maar niet uitvoerig behandeld.

484 Kemp 2012.

485 Vonck 2013, p. 223-232.

486 Everaars 2015a.

487 Everaars 2017, p. 269-299. In deze bijdrage worden tevens de bepalingen art. 5:78 en 5:79 BW tot opheffing van erfdienstbaarheden behandeld.

488 Hoewel art. 5:97 BW betrekking heeft op zowel wijziging als opheffing van een erfpachtrecht, laat ik wijziging hier grotendeels buiten beschouwing en spreek in het vervolg uitsluitend over opheffing.

489 PG Boek 5 BW, p. 322 (TM).

490 Bij toepassing van art. 6:258 BW wordt een verlangen van partijen eenvoudig aangenomen, Vonck 2013, p. 223.

5:97 BW is op grond van art. 5:104 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing op zelfstandige opstalrechten. Op grond van art. 169 Overgangswet NBW kan een erfpachtrecht dat op 1 januari 1992 al bestond niet op grond van art. 5:97 BW worden opgeheven. Het oude recht bevatte geen bevoegdheid voor de rechter een erfpachtrecht op te heffen.

De ratio van art. 5:97 BW is dat het mogelijk moet zijn het recht aan te passen als er gedurende de looptijd van het recht iets mis gaat dat partijen bij vestiging niet voorzien hebben. Pas in zeer extreme omstandigheden moet ook beëindiging mogelijk zijn. Deze bescherming, aldus regeringscommissaris Snijders, strekt ten gunste van de (gemeente als) erfverpachter en de erfpachter:

> "Dat strekt niet alleen ten gunste van de gemeente. Die zal in het algemeen mans genoeg zijn, zich zelf te beschermen bij haar erfpachtvoorwaarden. Het zal in belangrijke mate ook strekken tot bescherming van de erfpachter. Hij is gebonden aan allerlei bestemmingsbedingen in de erfpachtsakte terwijl de bestemming die hij oorspronkelijk voor ogen had wellicht helemaal niet meer mogelijk is."[491]

Hier wordt een noodzaak tot bescherming van de erfpachter als zwakkere contractspartij in verhouding tot de erfverpachter geïntroduceerd, met name in verhouding tot grote erfverpachters zoals overheidsorganisaties die hun belangen in uitvoerige algemene erfpachtvoorwaarden vastleggen. Die beschermingsgedachte maakt dat art. 5:97 BW expliciet uitgaat van een goederenrechtelijke rechtsverhouding waarbij de erfpachter in die rechtsverhouding een minder sterke positie inneemt die bescherming van de wetgever verdient. Dit is een van de weinige wettelijke bepalingen waarin die beschermingsgedachte te vinden is, de andere bepaling is art. 5:99 lid 1 BW over de dwingend voorgeschreven opstalvergoeding bij de toepassing wonen. Het gaat bij de imprévision primair om aanpassing van de erfpachtvoorwaarden en pas in uiterste gevallen om beëindiging van het recht. Everaars wijst in navolging van Snijders op de behoefte van de erfverpachter het beperkte recht aan te passen of op te heffen indien dit na een lange duur leidt tot een 'onwenselijke langdurige verstarring van de gebruiksmogelijkheden van de grond'.[492] Deze benadering leent zich meer voor opheffing van erfdienstbaarheden wanneer die hun functie verloren hebben dan voor erfpachtrechten waarbij in de meeste gevallen de erfverpachter het gebruik van de grond in zijn geheel heeft afgestaan. Deze benadering veronachtzaamt bovendien dat de wetgever uitdrukkelijk beoogde dat beide partijen een beroep op beëindiging door de rechter zouden kunnen doen en ieder vanuit zijn kant belang zou kunnen hebben bij opheffing van een gebruiksbeperking die lang geleden door hun rechtsvoorgangers ten aanzien van een perceel grond was vastgelegd.

Bij de behandeling van de bevoegdheid van de erfpachter tot opzegging van zijn recht is in de wetsgeschiedenis gewezen op de imprévision als laatste mogelijkheid voor de erfpachter om zijn recht te beëindigen, met name indien zijn opzeg-

491 PG Boek 5 BW, p. 325-326.
492 Everaars 2017, p. 269 onder verwijzing naar Snijders 1991 en diens bijdrage aan de preadviezen van de Vereniging voor Handelsrecht uit hetzelfde jaar met als onderwerp 'Eigendom ten titel van beheer naar komend recht'.

gingsbevoegdheid in de vestigingsakte is uitgesloten.[493] De imprévision maakte het voor de wetgever aanvaardbaar dat de opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter slechts van regelend recht zou zijn, conform het verzoek van de gemeenten. De bepaling kwam in de plaats van een door Meijers opgenomen eenzijdige afstand door de erfpachter van zijn recht, bijvoorbeeld omdat hij zich wilde bevrijden van een te hoge canon.[494]

6.6.3 Doctrine over beëindiging door de rechter

Er is nauwelijks rechtspraak over opheffing van erfpachtrechten op grond van art. 5:97 BW. Als al een beroep op de bepaling wordt gedaan, wordt in de meeste gevallen primair wijziging van de erfpachtvoorwaarden gevorderd en hooguit subsidiair opheffing van het recht. In de meeste gevallen doet de erfverpachter een beroep op deze bepaling. De Hoge Raad bepaalde in 2007 dat een erfverpachter geen opheffing van een erfpachtrecht kon vorderen op grond van art. 5:97 BW indien dat recht voor altijd was gevestigd zonder opzegbevoegdheid voor de erfverpachter.[495] De stelling van de erfverpachter dat de vergoeding voor het gebruiksrecht altijd gerelateerd moet zijn aan de waarde van de grond werd niet gevolgd. De stabiliteit van zakenrechtelijke verhoudingen staat voorop en die verhouding was in dit geval duidelijk in de vestigingsakte opgenomen, aldus de rechtbank:

> "Zij [de rechtbank] heeft voorts overwogen dat met de onderhavige wetsbepaling uitdrukkelijk niet is bedoeld *het belang dat wordt gediend door stabiliteit van zakenrechtelijke verhoudingen* in wezenlijke mate aan te tasten en dat de geldontwaarding na 1 januari 1992 – indien al onvoorzien – niet van zodanige omvang is dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van de eigenaar kan worden gevergd."[496]

Dat het rendement van de uitgifte in 2007 naar de mening van de erfverpachter te laag was, werd beschouwd als een gevolg van de afgesproken erfpachtvoorwaarden en was daarmee niet onvoorzien. Rechtbank en hof wezen de vordering tot wijziging van de canon of beëindiging van het recht af omdat in de erfpachtvoorwaarden was bepaald dat het recht niet kon worden opgezegd.[497] Art. 5:97 BW bood evenmin een grondslag voor wijziging of opheffing van het recht nu de rechter krachtens het overgangsrecht alleen rekening kon houden met gewijzigde

493 PG Boek 5 BW, p. 306-307. Zie ook par. 6.3.1.
494 PG Boek 5 BW, p. 306.
495 HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, *JOL* 2007/311 (*Bichon van IJsselmonde c.s./Roos*). De grond was bij akte van 15 maart 1741 in 'altoosdurende en onaflosbare' erfpacht uitgegeven tegen een vaste canon van *f* 200,- per jaar. Zowel wijziging van de canon als opheffing van het eeuwigdurende recht konden niet worden aangemerkt als onvoorziene omstandigheden. Zie hierover ook Mouthaan 2007. In gelijke zin Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BQ6054 (*Ritmeester/Stedin c.s.*) over een eeuwigdurend en onaflosbaar opstalrecht, dat ook niet op grond van redelijkheid en billijkheid kon worden opgeheven.
496 Zoals weergegeven in de conclusie van P-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, par. 5. Nadruk toegevoegd.
497 Vgl. de opvatting van het hof in de weergave in de conclusie van P-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, par. 6: "Anders dan appellanten willen, brengen de redelijkheid en billijkheid niet mee, dat het in 1741 door de erfpachters verkregen recht moet worden gewijzigd in een minder recht omdat het vastgelegde recht, beoordeeld naar de economische verhoudingen van nu, mogelijk niet zal zijn bedoeld."

omstandigheden die zich sinds 1992 hadden voorgedaan. Onvoorzienbaar zijn uitsluitend omstandigheden die niet in de vestigingsakte zijn verdisconteerd.

Kemp is van mening dat de wetgever te eenzijdig rekening heeft gehouden met stedelijke erfpacht en dat de bescherming van de erfpachter bij bedrijfsmatige toepassingen en particuliere erfpacht minder nodig is omdat dat over het algemeen rechtsverhoudingen tussen gelijkwaardige partijen zijn.[498] Zij pleit ervoor de beschermingsgedachte bij de toepassing van art. 5:97 BW tussen gelijkwaardige partijen buiten beschouwing te laten.[499] Los van de vraag wanneer er precies sprake is van gelijkwaardige partijen en hoe de rechter dat dient vast te stellen, zal naar mijn mening de belangenafweging in het kader van de toets aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid hetzelfde effect hebben, indien daarbij de hoedanigheid van partijen in de beoordeling wordt betrokken, zonder voorbij te gaan aan de door de wetgever beoogde beschermingsgedachte voor erfpachters bij stedelijke erfpacht.

Ten aanzien van opheffing of wijziging van een erfpachtrecht op grond van een publiekrechtelijke bestemmingswijziging stelt Kemp dat dit met name voor komt wanneer overheidsorganen als erfverpachter op grond van nieuw of aangepast beleid de publiekrechtelijke bestemming van grond wijzigen. Maar een wijziging van een bestemmingsplan betekent nog niet dat de bestemming en de andere voorwaarden uit de vestigingsakte van een erfpachtrecht niet langer gestand kunnen worden gedaan.[500] Zo blijkt uit een vonnis van de rechtbank Rotterdam waarin de erfverpachter van een in 1914 gevestigd eeuwigdurend erfpachtrecht canonverhoging eiste op grond van art. 5:97 BW nadat het publiekrechtelijke bestemmingsplan bebouwing van het perceel met een woning had toegestaan.[501] Deze vordering werd afgewezen omdat wijziging van de publiekrechtelijke bestemming niet als een onvoorziene omstandigheid kon worden aangemerkt en de vestigingsakte door verwijzing naar art. 780 lid 3 OBW bebouwing van de grond niet had uitgesloten. Een vergelijkbare overweging ligt ten grondslag aan het oordeel van de rechtbank Zutphen in de zaak van een bowlingcentrum te Harderwijk:

498 Kemp 2012, p. 97: "Een erfpachtverhouding komt echter thans niet alleen voor in de relatie tussen de overheid als erfverpachter en een particuliere partij als erfpachter. Bedrijfsgronden in erfpacht uitgeven door een particuliere partij aan een andere particuliere partij als investerings- en financieringsmodel is in opkomst. Voorts zijn er voldoende gevallen van particuliere erfpacht waarin sprake is van gelijkwaardige partijen. Uit het voorgaande volgt mijns inziens dat de beschermingsgedachte van artikel 5:97 BW niet altijd opgeld doet. Het is in mijn optiek dan ook goed verdedigbaar om deze beschermingsgedachte niet door te laten werken in de beoordeling van een wijzigings- of opheffingsverzoek in een particuliere erfpachtverhouding."

499 Kemp 2012, p. 99: "In mijn optiek dient de beschermingsgedachte van artikel 5:97 BW door de rechter niet in zijn beoordeling te worden betrokken indien er sprake is van een tussen twee professionele (private) partijen geldend recht van erfpacht. De beschermingsgedachte dient mijns inziens ook te worden verlaten indien het recht van erfpacht geldt tussen een publieke partij en een professionele private partij. In voormelde gevallen is immers geen sprake van een onevenredig grote en/of deskundige partij waardoor de belangen van de erfpachter aanvullende bescherming van de rechter verdienen."

500 De wijziging van een bestemmingsplan geschiedt in het algemeen belang en kan betekenen dat in strijd met een privaatrechtelijk recht wordt gehandeld, wat kan leiden tot een verplichting tot nadeelcompensatie. Vgl. Bröring & De Graaf 2016, p. 456 e.v.

501 Rb. Rotterdam 22 juni 1995, ECLI:NL:RBROT:1995:AD2366, *NJ* 1996/342 (*Roomsch Catholijke Kerkelijke Gemeente Den Bommel/Van Peperstraten c.s.*).

> "Uitgangspunt dient dan ook te zijn dat bij een beroep op onvoorziene omstandigheden beslissend is van welke veronderstelling partijen zijn uitgegaan: of zij in de mogelijkheid van het optreden van de onvoorziene omstandigheden hebben willen voorzien of althans stilzwijgend die mogelijkheid hebben verdisconteerd."[502]

In dit geval was bij de uitgifte van het perceel aan de erfpachter een onvoorwaardelijk kooprecht toegekend zodat stilzwijgend in het recht was verdisconteerd dat de gemeente bij een eventuele latere wijziging van het bestemmingsplan genoodzaakt zou kunnen zijn de voormalige erfpachter te onteigenen. Deze situatie deed zich voor en kon aldus niet worden beschouwd als een onvoorziene omstandigheid:

> "De Gemeente heeft door in 1972 een erfpachtovereenkomst te sluiten (met een looptijd tot 2020), waarbij aan de erfpachter, thans het Bowlingcentrum, een ongeclausuleerd recht van uitkoop is verleend, de mogelijkheid aanvaard dat zij op enig moment de bloot eigendom van het perceel zou moeten overdragen aan de erfpachter. Voor de Gemeente was *voorzienbaar* dat zij, in het geval dat zij het perceel na verlies van de eigendom weer wenste te verwerven teneinde het gebied waarvan het perceel deel uitmaakt te herontwikkelen, het perceel dan van de voormalige erfpachter of diens rechtsopvolger zou moeten (terug)kopen, dan wel het perceel zou moeten onteigenen. Onder deze omstandigheden moet worden geoordeeld *dat de Gemeente stilzwijgend de mogelijkheid heeft verdisconteerd* dat zij, nadat de erfpachter de eigendom van het perceel zou hebben verworven, op enig moment weer belang bij het perceel zou kunnen krijgen."[503]

Maatstaven van redelijkheid en billijkheid konden evenmin een grondslag voor toewijzing van de vordering tot opheffing van het kooprecht vormen nu dit kooprecht de uitvoering van het bestemmingsplan niet in de weg stond en uitsluitend meebracht dat de gemeente een hogere schadevergoeding aan de dan voormalige erfpachter diende te betalen.

Vonck heeft de termijn van 25 jaar wegens aansluiting met art. 7:399d BW bekritiseerd en voorgesteld die termijn te schrappen omdat er, mede door herzieningen van het pachtrecht, voldoende andere mogelijkheden zijn om opheffing wegens onvoorziene omstandigheden te regelen.[504] Onvoorzien zijn naar zijn mening de omstandigheden die niet bij vestiging of bij wijziging zijn verdisconteerd in de rechtsverhouding en dat vergt doorgaans een uitleg naar objectieve maatstaven van de erfpachtvoorwaarden neergelegd in de vestigingsakte.[505] Het gaat dan om omstandigheden die niet op enige wijze in de akte zijn voorzien, ook niet stilzwijgend, en die bovendien de ongewijzigde instandhouding van het recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de weg staan. Art. 5:97 BW kan dus alleen worden toegepast ingeval zich ontwikkelingen voordoen die niet zijn

502 Rb. Zutphen 31 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9887, *RVR* 2010/82 (*Bowlingcentrum/Harderwijk*), r.o. 7.12. Zie ook Kemp 2012, p. 98.

503 Rb. Zutphen 31 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9887, r.o. 7.13. Nadruk toegevoegd. De redactie van RVR voegt daar in een 'wenk' bij de uitspraak in *RVR* 2010/82 nog aan toe dat de gevolgen van een bestemmingsplanwijziging in beginsel ten laste van de gemeente dienen te komen en niet van de individuele burger.

504 Vonck 2013, p. 224-225. Everaars 2017, p. 291 sluit zich hierbij aan omdat de termijn geen doel dient en omdat dit een eerste aanzet vormt voor de oplossing van het probleem van onverkoopbare particuliere erfpachtrechten. Voor die toepassing moet neem ik aan vooral aan een wijziging van het erfpachtrecht worden gedacht en niet zozeer aan opheffing.

505 Vonck 2013, p. 226.

voorzien in de vestigingsakte en die niet gebruikelijk of waarschijnlijk zijn op het moment van vestiging. Naar de mening van Vonck is de imprévision een nuttig instrument om oude afspraken en verplichtingen aan te passen aan veranderde omstandigheden, waarbij aan de rechter enige vrijheid toekomt, maar zijn in geval van een wijziging vooral partijen aan zet om te bepalen hoe hun gewijzigde rechtsverhouding eruit moet zien.[506] Vonck ziet geen bezwaar om in voorkomende gevallen ook oude rechten te wijzigen of op te heffen op grond van art. 5:97 BW, ondanks art. 169 Overgangswet NBW.[507]

Vanaf het ontwerp van de bepaling werd verwacht dat de rechter slechts een zeer spaarzaam gebruik zou maken van deze bevoegdheid.[508] Bestudering van de jurisprudentie laat zien dat dat ook het geval is.[509] Er wordt sinds 1992 regelmatig een vordering gebaseerd op art. 5:97 BW, maar het komt zelden voor dat ook aan de voorwaarden voor wijziging of opheffing door de rechter wordt voldaan. In de meeste gevallen is de termijn van 25 jaar na vestiging nog niet verstreken, is geen sprake van onvoorziene omstandigheden of belemmert de Overgangswet de toepassing. Everaars onderscheidt vier situaties van onvoorziene en onvoorzienbare omstandigheden, waarbij opheffing of wijziging alleen mogelijk zijn indien partijen de omstandigheden niet voorzien hebben.[510] Uit de rechtspraak blijkt dat omstandigheden redelijk snel stilzwijgend in de akte van vestiging verdisconteerd worden geacht en daarmee voorzien zijn, aldus Everaars, onder verwijzing naar een oordeel over waardestijging en -daling van geld.[511] Partijen hoeven dus niet expliciet te vermelden dat zij rekening ermee gehouden hebben dat de waarden van de grond en de canon in de toekomst kunnen veranderen. Indien zij gevolgen wensen te verbinden aan de waardestijging van canon en/of grond, moeten zij die in de vestigingsakte opnemen. Everaars acht deze aanname met Vonck problematisch, omdat een stilzwijgende verdiscontering van een toekomstige

506 Vonck 2013 p. 229-230.

507 Vonck 2013, p. 231-232: "Nu een opheffing van de erfpacht naar mijn mening enkel gradueel verschilt van een wijziging van de voorwaarden, denk ik dat in uitzonderlijke omstandigheden ook een opheffing tot de mogelijkheden behoort." Everaars 2017 pleit voor het schrappen van de bepalingen uit de Overgangswet, p. 291: "Om discussies te voorkomen verdient het mijns inziens aanbeveling om de relevante overgangsrechtelijke bepalingen te schrappen, niet alleen wat betreft erfdienstbaarheden, maar ook voor erfpacht- en opstalrechten. Dit creeert meer eenheid en op deze manier is opheffing van zakelijke beperkte rechten ook onverkort mogelijk voor de vóór 1 januari 1992 gevestigde rechten."

508 PG Boek 5 BW, p. 322 (TM): "Verwacht mag worden dat na het verstrijken [van de termijn van 25 jaar na vestiging] de rechter van zijn hier bedoelde bevoegdheid slechts een zeer spaarzaam gebruik zal maken. Juist omdat partijen zich bij de vestiging van een recht van erfpacht in de regel voorstellen een langdurige, stabiele rechtsverhouding tot stand brengen, zal men in vele gevallen kunnen aannemen dat toekomstige veranderingen in de omstandigheden door hen bij deze vestiging zijn verdisconteerd, zodat zij niet als onvoorzien in de zin van dit artikel kunnen gelden (…)."

509 Everaars 2015a bestudeerde tachtig rechterlijke uitspraken waarin de vordering onder meer werd gebaseerd op de imprévision van een beperkt recht en van die tachtig gevallen werd de vordering negen keer toegewezen. Everaars 2017, p. 275: '(…) er is maar drie keer een beroep gedaan op art. 5:97 (jo art. 5:104) BW in het kader van opheffing van een erfpachtrecht of opstalrecht. In twee gevallen is de vordering afgewezen vanwege de Overgangswet en in één geval is aan de (meer subsidiaire) vordering niet toegekomen.' De laatste betreft Rb. Dordrecht 15 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM1463 (*erfverpachters/erfpachter*), behandeld in par. 6.4.2.1.

510 Everaars 2015a, par. 3.3 Onvoorziene omstandigheden, in navolging van PG Boek 5, BW p. 276-277 (MvA titel 5.6). Afhankelijk van de omstandigheden van het geval was het niet ondenkbaar dat objectief voorzienbare omstandigheden tot opheffing of wijziging van een beperkt recht konden leiden.

511 Everaars 2015a, par. 3.3 Onvoorziene omstandigheden, met verwijzing naar Rb. Utrecht 13 oktober 2010, ECLI:NL: RBUTR:2010:BO0342, r.o. 4.6. Nu had de wetgever het optreden van inflatie al als voorbeeld gegeven van een verschijnsel dat geen onvoorziene omstandigheid was, PG Boek 5 BW, p. 323 (MO), waar ook de rechtbank aan refereerde in r.o. 4.6 laatste zin. Zie over hyperinflatie als onvoorziene omstandigheid ook Kemp 2012, p. 98 en Pleysier 2011.

omstandigheid, zoals inflatie, alleen kan worden afgeleid uit een subjectieve partijbedoeling en dat strookt niet met een objectieve uitleg van notariële vestigingsakten.[512]

De toets van de onvoorziene omstandigheden aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient door de rechter terughoudend te worden toegepast en zal derhalve zelden in het voordeel van opheffing of wijziging uitvallen. Dat geldt ook al voor de verbintenisrechtelijke imprévision omdat maatstaven van redelijkheid en billijkheid in beginsel trouw aan het gegeven woord verlangen, en dat geldt in nog hogere mate voor goederenrechtelijke verhoudingen omdat voor derden altijd duidelijk moet zijn wat de rechtstoestand van een bepaald goed is, aldus Everaars.[513] Bij deze toets aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kan de vraag of bepaalde omstandigheden voorzienbaar waren wel een rol spelen en lost bovengenoemd probleem zich op. Voor voorzienbare ontwikkelingen zoals de fluctuaties in de waarden van geld en grond, geldt dat wijziging of opheffing van het recht om deze reden niet snel aan de orde kan zijn indien partijen daarover geen bepaling in de vestigingsakte hebben opgenomen. Volgens Everaars komt de rechtspraak aan deze toets niet toe, omdat de vordering veelal strandt op de afwezigheid van onvoorziene omstandigheden. Het lijkt mij echter een bruikbaar criterium voor de gevallen waarin zich een situatie voordoet die objectief gesproken niet in de vestigingsakte is voorzien, en ik sluit me aan bij de wens van Everaars dat rechters vaker zouden mogen overwegen of een gewijzigde omstandigheid de toets van de redelijkheid en billijkheid doorstaat, desnoods ten overvloede.[514]

Op grond van art. 169 Overgangswet NBW kunnen erfpachtrechten die op 1 januari 1992 al bestonden niet op grond van art. 5:97 BW worden opgeheven. Wijziging is wel mogelijk, maar behoort niet tot het onderwerp van dit hoofdstuk. Everaars is met Vonck van mening dat in uitzonderlijke gevallen ook opheffing van een erfpachtrecht dat werd gevestigd voor 1 januari 1992 op grond van onvoorziene omstandigheden mogelijk zou moeten zijn, met toepassing van art. 6:2 BW en art. 6:248 BW.[515] De rechtspraak houdt zich tot nu toe echter aan de Overgangswet.

Voormalig regeringscommissaris Snijders bespreekt in 2014 de mogelijkheid voor erfpachters van particuliere erfpacht om bij de rechter wijziging van de erfpachtvoorwaarden te vorderen, en dan met name van de eenzijdige wijzigingsbedingen die financiering van het erfpachtrecht in de weg staan.[516] Omdat het in de regel gaat om rechten gevestigd in de periode 2000-2008, dus voordat de regels voor hypotheekverstrekking werden aangescherpt, kan de vordering tot wijziging niet worden gebaseerd op art. 5:97 BW. Volgens Snijders zijn er goede redenen de vordering in plaats daarvan te baseren op de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 BW en staat de termijn van art. 5:97 BW aan

512 Everaars 2015a, par. 3.3 Onvoorziene omstandigheden, onder verwijzing naar Vonck 2013, p. 227.
513 Everaars 2015a, par. 3.4 De maatstaf van de redelijkheid en billijkheid.
514 Everaars 2015a, par. 3.4 De maatstaf van de redelijkheid en billijkheid.
515 Everaars 2017, p. 290-292. In navolging van het KNB preadvies 2016 over titel 5.6 BW.
516 Snijders 2014.

die toepassing niet in de weg. Het belang van de erfpachter bij overdraagbaarheid van zijn recht is redelijk en zal doorgaans zwaarder wegen dan het belang van de erfverpachter aan de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid vast te houden, mits de omstandigheden van het geval niet zeer gecompliceerd zijn.[517] Eventueel kan het evenwicht worden hersteld doordat de erfpachter de erfverpachter een vergoeding aanbiedt voor het wijzigen van de voorwaarden.

Everaars behandelt onder de gevalstypen onder meer de vordering tot canonverhoging.[518] De rechtspraak omtrent deze vorderingen tot wijziging van erfpachtrechten is duidelijk, geldontwaarding vormt geen onvoorziene omstandigheid die kan leiden tot wijziging van het recht, ongeacht de hoogte van de canon in verhouding tot het actuele prijsniveau. Uit het onderhavige onderzoek blijkt dat vanaf de aanvang van stedelijke erfpacht door erfverpachters is overwogen of zij een variabele canon zouden invoeren en daarvan in eerste instantie afzagen om het erfpachtrecht niet te onaantrekkelijk te maken. Een wisselende canon die meebewoog met de waarde van het geld of de waarde van de grond was daarmee een voorzienbare omstandigheid, mede in het licht van de doelstelling van stedelijke erfpacht dat de waardestijging van de grond aan de gemeenschap zou toekomen.[519] Dat was rond 1900 een nieuwe gedachte want uit de negentiende-eeuwse rechtspraak bleek dat voor de invoering van stedelijke erfpacht de canon veelal, en soms al eeuwen, op een vast bedrag werd bepaald.[520]

De wetgever wees op de imprévision-regeling als mogelijkheid voor de erfpachter om van zijn recht af te komen wanneer opzegging in de vestigingsakte was uitgesloten. Deze toepassing van de regeling is nog niet in rechte getoetst. De rechtspraak over de imprévision-regeling biedt de erfpachter tot nu toe de beoogde bescherming tegen niet-voorziene canonverhoging door de erfverpachter. Het criterium wanneer sprake is van onvoorziene omstandigheden verdient nadere uitwerking, maar indien geconstateerd wordt dat ongewijzigde instandhouding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, heeft de rechter veel vrijheid voor een oordeel over wijziging of opheffing van de rechts-

517 Snijders 2014: "De erfpachter kan zich jegens de erfverpachter op redelijkheid en billijkheid beroepen, indien deze weigert in te gaan op een redelijk verzoek de erfpachtvoorwaarden zo aan te passen dat zij niet langer een beletsel zijn voor financiering door een eventuele koper. De erfverpachter zal immers met de gerechtvaardigde belangen van de erfpachter rekening moeten houden. Dat wordt pas anders als het geval zo gecompliceerd is dat men er met een enkel beroep op redelijkheid en billijkheid niet uitkomt. In een dergelijk geval is het niet verantwoord in de verhouding tussen erfpachter en erfverpachter in te grijpen anders dan door middel van een constitutief vonnis van de rechter, met de waarborgen die daaraan verbonden zijn." In degelijke gecompliceerde gevallen blijft wijziging op grond van art. 5:97 BW de aangewezen weg. Instemmend reageert Vonck 2015, p. 66: "Snijders betoogt – terecht – dat het genoemde art. 5:97 BW op zichzelf niet aan een beroep op de algemene billijkheidsbepaling in de weg staat." Vonck acht het in tegenstelling tot Snijders al snel een gecompliceerd geval indien een wijziging in een goederenrechtelijke verhouding wordt aangebracht die meer inhoudt dan dat één der partijen in een concreet geval geen beroep op een bepaalde regeling toekomt, mede omdat er vaak derden bij betrokken zijn.

518 Everaars 2015a, par. 4.1 canonwijziging. In par. 4.6 Afstand en opzegging vermeldt Everaars dat zij elf vorderingen met betrekking tot erfpacht heeft onderzocht, waarvan er zeven waren ingesteld door de erfverpachter, waarvan zes gericht op canonverhoging. "Er is dus geen tot weinig rechtspraak over de gevallen waarin de prestatie van de erfpachter niet meer in verhouding staat tot de waarde van zijn erfpachtrecht. Er is wel rechtspraak waaruit blijkt dat er vanuit de eigenaar gezien een onevenredige verhouding bestaat tussen de canon en de waarde van het erfpachtrecht." Het grootste deel van de rechtspraak over de imprévision bij beperkte rechten heeft betrekking op erfdienstbaarheden.

519 Zie par. 5.2 over de achtergrond en historie van canonherziening.

520 Zie par. 2.4.1 over rechtspraak over de rechtsverhouding uit de periode 1838-1905.

verhouding, inclusief het stellen van voorwaarden. Het is de vraag in hoeverre die vrijheid zich verhoudt met de grote waarde die in het goederenrecht wordt gehecht aan rechtszekerheid.

6.6.4 Jurisprudentie artikel 5:97 BW

Hier volgt een bespreking van enige recente uitspraken waarin een beroep wordt gedaan op art. 5:97 BW. In een omvangrijke procedure vorderde de erfpachter van een oud waterschapsrecht op grond van art. 5:97 BW wijziging door de rechter van het bestaande tijdelijk recht in een voortdurend recht.[521] Na overdracht van de bloot eigendom van een waterschap aan de gemeente Amsterdam had de gemeente als nieuwe erfverpachter volgens de erfpachter nagelaten de oorspronkelijke afspraken na te komen. De rechtbank wees de vordering af, de omstandigheden waren met de overdracht van de bloot eigendom weliswaar gewijzigd, maar niet van dien aard dat ongewijzigde instandhouding van de vestigingsakte niet van partijen gevergd kon worden.[522] Een andere erfpachter deed vergeefs een beroep op art. 5:97 BW omdat naar het oordeel van de rechtbank zijn recht reeds geëindigd was en dus niet meer voor opheffing of wijziging vatbaar was.[523]

De erfpachter van een ijs- en evenementenhal weigerde in het seizoen 2017 volledig aan de bestemmingsverplichting uit de vestigingsakte te voldoen omdat naar zijn mening een winstgevende exploitatie van de ijshal niet meer mogelijk was.[524] De gemeentelijke erfverpachter gaf geen toestemming voor het gewijzigde gebruik en vorderde in kort geding dat de erfpachter zou voldoen aan de afgesproken bestemming. De voorzieningenrechter honoreerde het beroep van de erfpachter op onvoorziene omstandigheden niet omdat er nog geen 25 jaar na vestiging waren verstreken en omdat het exploitatierisico behoorde tot de door de erfpachter aangegane verplichtingen.[525] In dit geval strandde het beroep van de erfpachter op art. 5:97 BW omdat de termijn nog niet verstreken was en omdat er

521 Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9552 (*erfpachter/Amsterdam*).

522 Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9552, r.o. 4.33: '[eiser] vordert voorts dat de rechtbank het geldende erfpachtrecht wijzigt in een voortdurend recht van erfpacht waarbij de canon vanaf 1999, althans 2006, om de tien jaar aan de CBS indexcijfers voor de gezinsconsumptie kan worden aangepast. Hij voert hiertoe aan dat er sprake is van onvoorziene omstandigheden, welke van dien aard zijn dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de akte van vestiging niet van hem kan worden gevergd. Deze onvoorziene omstandigheden bestaan er uit dat 1) dat de Gemeente de waterschapstaken en verplichtingen heeft overgenomen en met het huidige erfpachtrecht in strijd heeft gehandeld met die waterschapstaken en verplichtingen en 2) dat de Gemeente zich niet heeft gehouden aan de door het Waterschap gestelde voorwaarde ten aanzien van de erfpachtrechten die het Waterschap heeft overgedragen.'

523 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223 (*erfpachter/Soest*), r.o. 5.7.

524 Rb. Den Haag (vzr) 14 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10451 (*Zoetermeer/Aprisco*).

525 Rb. Den Haag(vzr) 14 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10451, r.o. 4.6: "In de erfpachtakte zijn in artikel 4 duidelijke verplichtingen opgenomen, waar Aprisco [de erfpachter] mee heeft ingestemd en voor de nakoming waarvan zij verantwoordelijk is. Die verplichtingen geldt onverkort en zijn niet gekoppeld aan bepaalde omstandigheden, zoals een al dan niet winstgevend exploitatie. Uit het bepaalde in artikel 2, lid 4 van de erfpachtakte kan ook worden afgeleid dat het uitdrukkelijk niet de bedoeling was van partijen om een dergelijke koppeling te maken. Gezien de aanzienlijke bijdrage die de Gemeente heeft verstrekt ten behoeve van de bouw van de SilverDome komt de exploitatie geheel voor rekening en risico van de erfpachter. Daar komt bij dat de stellingen van Aprisco met name betrekking hebben op de verliesgevendheid van een specifiek onderdeel van de SilverDome, te weten de Oval. De Gemeente heeft er echter op gewezen dat met de andere onderdelen van de SilverDome extra inkomsten kunnen worden gegenereerd. Daartoe zijn volgens de Gemeente in 2006 nog aanvullende gebruiksvormen toegestaan, te weten als discotheek en restaurant. Dit een en ander dient mede ter compensatie van eventuele geringe inkomsten uit de schaatsbaan, zodat die maatschappelijke functie in ieder geval behouden kan blijven, aldus de Gemeente. Dit is door Aprisco onvoldoende gemotiveerd weersproken."

geen sprake was van onvoorziene omstandigheden ten aanzien van het realiseren van de afgesproken bestemming.

Een vergelijkbare verliesgevende exploitatie was aan de orde in een zaak uit 2013 waarin een erfpachter/projectontwikkelaar verzocht om aanpassing of opheffing van de overeengekomen canon en retributie vanwege de sinds de vestiging in 2007 sterk afgenomen vraag naar kantoorgebouwen en parkeerruimte.[526] De daartoe ingestelde vorderingen waren gegrond op zowel de onvoorziene omstandigheden van art. 5:97 jo. 5:104 BW als op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW. De rechtbank wees de vorderingen af omdat de termijn van 25 jaar nog niet verstreken was en de toepassing van deze wettelijke wijzigingsbevoegdheid in de gegeven omstandigheden niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, zodat ook het beroep op art. 6:2 BW werd gepasseerd. De erfpachter en opstalhouder kon het economische risico dat zij als projectontwikkelaar op zich had genomen niet afwentelen op de erfverpachter. Bij bedrijfsmatige uitgiftes komen veranderingen in economische omstandigheden in beginsel voor risico van de bedrijfsmatig opererende erfpachter.

De erfpachter met een voortdurend recht van een particuliere erfverpachter kon zijn recht niet verkopen vanwege een rode notariële opinie.[527] De algemene erfpachtvoorwaarden, en met name het eenzijdige wijzigingsbeding daarin, voldeden niet aan de bancaire criteria voor de financierbaarheid van bestaande erfpachtrechten zoals opgesteld door de NVB. De rechtbank oordeelde dat de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid en het boetebeding uit de algemene erfpachtvoorwaarden moesten worden beschouwd als oneerlijke en onredelijk bezwarende bedingen in de zin van Richtlijn 93/13/EEG en dat deze bedingen tussen partijen geen werking konden hebben. De erfpachter koos niet de door Snijders bepleite weg, maar koos voor een vordering tot vernietiging van onredelijk bezwarende bedingen in algemene erfpachtvoorwaarden. De rechtbank kon die vernietiging niet uitspreken omdat het erfpachtrecht was gesplitst in appartementsrechten en de overige appartementseigenaars niet in de procedure betrokken waren, maar bereikte hetzelfde doel door te bepalen dat de bewuste bedingen tussen deze erfpachter/appartementseigenaar en deze erfverpachter geen werking zou hebben en dat deze bedingen evenmin zouden gelden voor hun rechtsopvolgers. Daarmee was het recht overdraagbaar en de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van tafel, op een wijze dat ook de andere appartementseigenaars zich daarop konden beroepen. Uit het vonnis valt af te leiden dat het erfpachtrecht nog geen 25 jaar had geduurd zodat aan wijziging op grond van art. 5:97 BW zoals bepleit door Snijders niet werd toegekomen. Het voordeel van dit beroep op het Europees consumentenrecht is dat het recht blijft bestaan en weer overdraagbaar wordt en dat onredelijke erfpachtvoorwaarden buiten toepassing blijven. Het nadeel van deze route is dat het beroep niet kan worden toegepast in gevallen waarin de erfpachter niet als een consument kan worden beschouwd en dat wijziging van de betrokken onredelijke bedingen er niet mee wordt bereikt. Al is natuurlijk

526 Rb. Amsterdam 29 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6476 (*Nordcapital/Burgfonds c.s.*).
527 Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*). Deze uitspraak is ook behandeld in hoofdstuk 3 over algemene erfpachtvoorwaarden.

denkbaar dat een erfverpachter na een dergelijke uitspraak wel geneigd zal zijn mee te werken aan wijziging van de erfpachtvoorwaarden in de zin dat deze kwalificeren tot een groene opinie.

6.6.5 Samenvatting artikel 5:97 BW

Uit de onderzoeken van anderen naar opheffing van erfpachtrechten door de rechter op grond van art. 5:97 BW blijkt dat de bepaling terughoudend wordt toegepast en vooralsnog beantwoordt aan de beschermingsgedachte van de wetgever. Uit de rechtspraak zijn slechts een paar voorbeelden bekend van de door de wetgever genoemde toepassing van art. 5:97 BW omdat de erfpachter de oorspronkelijke bestemming van de onroerende zaak door gewijzigde omstandigheden niet meer kon realiseren. Deze erfpachters deden echter vergeefs een beroep op art. 5:97 BW omdat zij door gewijzigde economische omstandigheden niet langer aan de oorspronkelijke bestemming van de onroerende zaak konden voldoen. Dat een winstgevende exploitatie op enig moment niet mogelijk is vormt, tenzij dat expliciet is afgesproken in de vestigingsakte, geen onvoorziene omstandigheid in de zin van de bepaling, maar een risico dat voor rekening van de bedrijfsmatig opererende erfpachter komt. Uit de rechtspraak zijn geen voorbeelden bekend van erfpachters die de rechter om opheffing van hun recht vroegen omdat de canonverplichting als gevolg van onvoorziene omstandigheden te zwaar was gaan drukken. De omgekeerde beroepen van erfverpachters op canons die door onvoorziene omstandigheden te laag waren geworden in verhouding tot de waarde van het recht werden alle afgewezen. Inflatie, ook over vele honderden jaren, was geen onvoorziene omstandigheid als bedoeld in art. 5:97 BW, zo bepaalde de wetgever al.

Recent is door diverse auteurs bepleit de toets aan onvoorziene omstandigheden temporeel uit te breiden naar voren door de wachttermijn van 25 jaar te schrappen, zodat ook erfpachtrechten die korter dan 25 jaar geleden gevestigd zijn onder de regeling gaan vallen, en naar achteren door het schrappen van de bepalingen van overgangsrecht, zodat erfpachtrechten die voor 1992 gevestigd zijn ook kunnen worden gewijzigd of opgeheven op grond van art. 5:97 BW.[528] Het door de rechter toe te passen criterium blijft de norm van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, een inhoudelijk oordeel over een vordering tot opheffing of wijziging van rechten die te lang of te kort geleden werden gevestigd kan nu al worden afgedwongen door de vordering mede te baseren op art. 6:2 BW en art. 6:248 BW. Wijziging en opheffing door de rechter vormen het sluitstuk van een wettelijke regeling van erfpacht- en opstalrechten. Het is nog maar de vraag of een verzoek om opheffing vaker zal gaan voorkomen naarmate rechten langer geleden gevestigd zijn en het NBW inmiddels meer dan 25 jaar van kracht is. De rechtspraak over rechten die bijvoorbeeld in 1741 werden gevestigd laat zien dat de tekst van de vestigingsakte daarbij nog steeds van doorslaggevend belang is.

528 Dit wordt bepleit door onder meer Vonck 2013, Vonck 2015, Snijders 2014 en Everaars 2017.

6.7 Vergoeding waarde recht en waarde opstal

De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter komt eveneens tot uiting in de (opstal)vergoeding bij het einde van het recht. In de verschillende vormen van deze vergoeding ligt de afrekening van wat partijen nog van elkaar tegoed hebben besloten. De wet bevat twee vormen van vergoeding voor de erfpachter, een voor de waarde van de opstallen die op het perceel achterblijven nadat het recht geëindigd is, in art. 5:99 BW, en een voor de waarde van het erfpachtrecht bij tussentijdse opzegging wegens tekortschieten, in art. 5:87 lid 2 BW. De wetgever heeft bewust aan de rechtspraak overgelaten hoe de verhouding tussen deze vergoedingen moet zijn en hoe de hoogte van de vergoedingen moet worden vastgesteld. In onderstaand overzicht worden de lijnen samengevat. De jurisprudentie gaat nog vaak over rechten die onder het OBW zijn gevestigd en waarvoor op grond van art. 170 Overgangswet NBW alleen een recht op vergoeding bestaat indien daarin in de erfpachtvoorwaarden is voorzien. Een terugkerend argument ten nadele van teleurgestelde erfpachters betreft het feit dat zij vanaf het begin van hun recht op de hoogte waren of hadden kunnen zijn geweest van het ontbreken van een opstalvergoeding en dus gelegenheid hadden gehad daarvoor voorzieningen te treffen. De vraag die hier wordt onderzocht is of de rechters bij hun oordeel of een erfpachter wel of geen recht heeft op een vergoeding, rekening houden met de omstandigheden van het geval. Als de erfpachter recht heeft op een vergoeding gaat het geschil meestal over de hoogte van die vergoeding en over de wijze van berekening. In de praktijk benoemt de rechtbank vaak een deskundige om de hoogte van de vergoeding vast te stellen.

In par. 6.7.1 worden uitspraken over oude rechten zonder contractuele opstalvergoeding besproken, en in par. 6.7.2 uitspraken over oude rechten met een regeling over de opstalvergoeding in de vestigingsakte. In par. 6.7.3 wordt de maatstaf voor de opstalvergoeding van art. 5:99 BW onderzocht en in par. 6.7.4 de maatstaf voor de waardevergoeding van art. 5:87 lid 2 BW. De verhouding tussen de vergoedingen van art. 5:87 lid 2 BW en art. 5:99 BW komt aan de orde in par. 6.7.5 en ik sluit af met een samenvatting en conclusie in par. 6.7.6.

6.7.1 Oud recht zonder opstalvergoeding ex artikel 773 OBW

Onder het OBW had de opstalhouder op grond van art. 762 OBW recht op vergoeding van de waarde van de gebouwen, werken en beplantingen die de opstalhouder had aangebracht en die bij het einde van het recht door natrekking eigendom van de grondeigenaar werden.[529] Expliciet werd in art. 773 OBW een vergelijkbare bepaling niet voor het erfpachtrecht van toepassing verklaard[530] omdat de erfpachter op grond van art. 772 OBW bevoegd was de gebouwen, werken en beplantingen die hij onverplicht had aangebracht weer af te breken en

529 Art. 762 OBW: "Bij het eindigen van het regt van opstal treedt de grondeigenaar in den eigendom van de gebouwen, werken en beplantingen, onder gehoudenis om de waarde daarvan op dien tijd te betalen aan dengenen die het regt van opstal had, welke laatste regt van terughouding zal hebben, tot dat die betaling zal voldaan zijn." Overigens mocht de opstalhouder op grond van art. 761 OBW de gebouwen ook tussentijds wegnemen.

530 Art. 773 OBW: "De erfpachter is onbevoegd om van den grondeigenaar te vorderen dat hij de waarde betale van de gebouwen, werken, betimmeringen en beplantingen, hoegenaamd, welke eerstgemelde heeft gemaakt, en die zich bij het eindigen der erfpacht op den grond bevinden."

mee te nemen.[531] Partijen konden op grond van art. 764 en 782 OBW in de vestigingsakte anders overeenkomen. Art. 773 OBW ging knellen bij de opkomst van stedelijke erfpacht. Ondanks de verwachting dat de verplicht gestichte woningen na de looptijd van het erfpachtrecht van 75 jaar als afgeschreven zouden moeten worden beschouwd, werd het toch oneerlijk gevonden dat de erfpachter geen vergoeding voor die investeringen zou ontvangen anders dan een gebruiksrecht c.q. rendement uit verhuur gedurende 75 jaar.[532] In Amsterdam werd daarom in 1915 het stelsel van de voortdurende erfpacht met recht op een opstalvergoeding ingevoerd[533] en de wetgever van het NBW stelde vooraf in vraagpunt 7 aan de orde of een dergelijke bepaling 'ter bescherming van de erfpachter' in de wet moest worden opgenomen. Dit leidde tot de invoering van art. 5:99 en 5:100 BW over de afrekening tussen partijen bij een normale beëindiging van het recht. Het recht ex art. 5:87 lid 2 BW voor een afrekening tussen partijen bij beëindiging door opzegging wegens de daar genoemde twee redenen kent een complexe wordingsgeschiedenis. In alle gevallen van beëindiging heeft de erfverpachter recht op de achterstallige canon, welk recht met behulp van art. 5:92 lid 2 BW is versterkt door hoofdelijke verbondenheid van de volgende erfpachter voor de niet betaalde canon in de vijf voorafgaande jaren.

Het is in beginsel niet onredelijk wanneer een tijdelijk erfpachtrecht na ommekomst van de termijn wordt beëindigd, ook wanneer het een woning betreft. De erfverpachter dient de erfpachter op tijd te waarschuwen en een redelijke termijn voor ontruiming te geven. Indien de afspraken op dit punt duidelijk zijn had de erfpachter niet mogen vertrouwen op voortzetting en/of een opstalvergoeding. Bij verbeteringen en omvangrijke investeringen in de opstal aangebracht door de erfpachter gedurende de looptijd van het recht is het, zeker bij rechten voor bepaalde duur, verstandig aanvullende afspraken over vergoeding van die investeringen bij het einde van het recht te maken. Onder oud recht werd echter nogal eens verwezen naar het wegneemrecht van de erfpachter ex art. 772 OBW als alternatief. Het hof Leeuwarden oordeelde over een zaak waarbij de erfpachter geen gebruik had gemaakt van zijn wegneemrecht terwijl dat het enige recht was dat hem toekwam.[534] Het argument dat de erfpachter gebruik had kunnen maken van zijn wegneemrecht heeft in de eenentwintigste eeuw nog slechts beperkte waarde omdat het afbreken en op een andere locatie weer opbouwen van gebouwen vaak meer kost dan het aan waarde oplevert. De waarde van het wegneem-

531 Art. 772 OBW: "Bij het eindigen van zijn regt, kan hij wegnemen alle zoodanige door hem gestelde gebouwen of gemaakte beplantingen, waartoe hij, uit kracht der overeenkomst, niet gehouden was; (…)." Pitlo 1949, p. 332 achtte dit logisch 'in den oorspronkelijken vorm van het erfpachtsrecht, waar de canon laag was en de grondeigenaar derhalve gedurende lange jaren een slechte opbrengst had. Het door den erfpachter gebouwde kwam als compensatie voor dit gemis. Bij een hogen canon, die een normale huuropbrengst nabij komt, is dit bijzonder voordeel minder gemotiveerd'.

532 Zie onder meer Delfgaauw 1934, p. 35 en 38-39.

533 Art. 15 lid 1 sub b van de AB 1915 geven de erfpachter het recht op te zeggen tegen het einde van een tijdvak en art. 19 AB 1915 regelt de opstalvergoeding. De invoering van de AB 1915 is ook behandeld in par. 5.3.3.

534 Hof Leeuwarden 6 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BX7344 (*erfpachter/erfverpachters*), r.o. 3: "Het is een (impliciete) keuze geweest van [appellant] om bij het einde van het erfpachtsrecht de opstallen, dan wel de aanpassingen aan die opstallen, niet weg te nemen. Die keuze heeft er toe geleid dat op basis van de op dit recht van erfpacht van toepassing zijnde regeling (zie de rechtsoverwegingen 16 en 17 van het [niet gepubliceerde] tussenarrest) bij de beëindiging van dat recht de mogelijke waardevermeerdering ten goede is gekomen aan [geïntimeerden] als eigenaren van de ondergrond. Daarnaast is, zoals ook in het tussenarrest is overwogen (rechtsoverweging 32) de eventuele waardevermeerdering van de opstallen geen voordeel dat rechtstreeks voortvloeit uit het onrechtmatig gebruik van de onroerende zaak door [appellant] vanaf 1 mei 2004."

recht staat daarmee niet meer gelijk aan de waarde van de stenen op de bestaande locatie. Volgens Mijnssen kan een wegneemrecht nog wel een functie hebben in onderhandelingen over de vergoeding die voor het wegneemrecht in de plaats treedt.[535]

In het geval van het al eerder behandelde Zuiderbad-arrest[536] was in de vestigingsakte uit 1897 expliciet bepaald dat bij het einde van het recht de gemeente Amsterdam de volle eigendom van het perceel en de zich daarop bevindende opstallen zou krijgen zonder vergoeding voor de erfpachter.[537] Ook in de overeenkomst die partijen hadden gesloten over voortzetting van het recht waren geen toezeggingen gedaan over een vergoeding. In het kort geding waarmee de erfpachter ontruiming en beëindiging van zijn recht trachtte te voorkomen oordeelde de president dat het verlies van de opstallen vanaf de aanvang van het recht bekend was geweest en dat het aan de erfpachter was om daar in zijn bedrijfsvoering rekening mee te houden.[538] In hoger beroep en cassatie werd hierop niet teruggekomen.

Het kwam voor dat het object van een erfpachtrecht alleen bestond uit een opstal. De vraag naar de waarde van een dergelijk erfpachtrecht, zonder recht op een opstalvergoeding, kwam aan de orde in een zaak waarbij het gebruiksrecht alleen was gevestigd op de bij aanvang reeds bestaande opstallen en niet op de grond.[539] De bank verstrekte de erfpachter een lening tegen een hypotheekrecht op het erfpachtrecht en later, op basis van een taxatierapport, een aanvullende lening ten behoeve van een verbouwing van de opstal. Nadat de erfpachter in financiële problemen was geraakt werd het erfpachtrecht onderhands verkocht en bleef een restschuld aan de bank over. Omdat de verkoopprijs flink lager uitviel dan de getaxeerde waarde klaagde de bank de makelaar aan wegens een onjuiste taxatie van de waarde van het erfpachtrecht. De makelaar had het object van het gebruiksrecht onvoldoende onderkend en de waarde van de opstallen getaxeerd in plaats van de waarde van het erfpachtrecht, stelde de bank. De rechtbank liet in het midden wat de makelaar precies had getaxeerd, maar oordeelde wel dat de

535 Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013/188, onder verwijzing naar Mijnssen 2006 onder 3: "Ik teken hierbij aan dat door de uitoefening van deze wegneemrechten de verrijking weliswaar ongedaan wordt gemaakt, maar dat door de uitoefening ervan het nadeel van degeen die ertoe bevoegd was niet hoeft te zijn opgeheven. Dikwijls zal door de uitoefening van een wegneemrecht hetgeen was toegevoegd minder waard of waardeloos zijn geworden. Een wegneemrecht kan echter wel een functie hebben in de onderhandelingen over vergoeding ter zake van de toevoegingen. De voormalige bezitter of houder kan, door ermee te dreigen toevoegingen of wijzigingen weg te nemen, een onderhandelingspositie scheppen in een geschil over een door de rechthebbende te betalen vergoeding."

536 HR 3 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5012, *NJ* 1986/323, m.nt. M. Scheltema (*Zuiderbad/Amsterdam*).

537 HR 3 mei 1985, *NJ* 1986/323, r.o. 1 van de president van de rechtbank: "Art. 22 akte van uitgifte in erfpacht luidt: "De gem. Amsterdam treedt bij het eindigen van den termijn, waarvoor het erfpachtrecht is verleend, zonder tot eenige vergoeding gehouden te zijn, in den vollen en vrijen eigendom van het hiervoor omschreven in erfpacht uitgegeven onroerend goed en de zich daarop bevindende opstallen"."

538 HR 3 mei 1985, *NJ* 1986/323, r.o. 8 van de president van de rechtbank: "De Maatschappij wist immers reeds bij het verwerven van het erfpachtrecht in 1911 dat na afloop van het erfpachtrecht de opstallen in vrije eigendom van de gemeente zouden overgaan, zodat zij met dit feit in haar investerings- en afschrijvingsbeleid rekening heeft kunnen houden."

539 Rb. Almelo 2 mei 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB1974 (*Rabobank Enschede-Haaksbergen/makelaar c.s.*), r.o. 2.2: 'Op 5 oktober 1989 heeft de Staat der Nederlanden (Staatsbosbeheer) aan N.W.H. V en J.P. P in erfpacht gegeven: 'de woning genaamd 'A', bestaande uit een woonboerderij, een stenen schuur, een houten schuur, een bakhuis met oven alsmede erf en tuin, plaatselijk bekend xxweg 76 te X (…) ter gezamenlijke grootte van circa vijf en zestig aren.' De betreffende leveringsakte vermeldde tevens: "De opstallen zijn en blijven eigendom van de Staat. De waarde van de opstallen is door de erfpachter niet vergoed."

getaxeerde waarde van het erfpachtrecht onjuist was. Een door de rechtbank ingeschakelde deskundige had het erfpachtrecht op een veel lagere waarde getaxeerd.[540] De rechtbank oordeelde dat de bank schade had geleden als gevolg van het onjuiste taxatierapport, maar verdeelde de schade omdat het verstrekken van de aanvullende lening mede aan de bank zelf te wijten was nu deze professionele financiële dienstverlener had moeten twijfelen aan de conclusies van het taxatierapport en had nagelaten daarnaar nader onderzoek te doen.[541]

Het vonnis biedt helaas geen inzicht in de details van de taxatie door de rechtbankdeskundige. Het heeft er alle schijn van dat geen van de betrokkenen op de hoogte was van de waarde van een gebruiksrecht op een woning, waarbij geen opstalrecht of gebruiksrecht van de grond was gevestigd. De canon voor een dergelijk recht verschilt eigenlijk niet van huur omdat de erfpachter niet veel meer heeft dan een recht de woning te gebruiken als woning. In deze zaak werd niet expliciet erkend dat alle door de erfpachter in de opstal gedane investeringen uitsluitend ten goede zouden komen aan de erfverpachter, al kan dat wel verborgen hebben gezeten in het oordeel dat de waarde van het onderpand van de hypothecaire lening veel lager bleek dan op grond van de taxatie van de makelaar werd gedacht. Bij de waardebepaling dient goed in het oog gehouden te worden wat er precies in erfpacht of opstal is uitgegeven.[542]

Bij een gebruiksrecht op een perceel met daarop een woonhuis waarvan alleen bekend was dat het was gevestigd vóór 1691, werd door de rechtbank OBW toegepast.[543] Na een geschil over de hoogte van de canon had de particuliere grondeigenaar het recht opgezegd en betoogde op grond van art. 773 OBW geen opstalvergoeding verschuldigd te zijn. De rechtbank stelde naar OBW vast dat rechtsgeldig was opgezegd nu geen duur van het recht en geen bijzondere bedin-

540 Rb. Almelo 2 mei 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB1975, r.o. 4.3: "Ervan uitgaande dat het rapport [van de makelaar] de indruk wekt dat daarin de waarde van het erfpachtrecht wordt beschreven, is het rapport onjuist. X [de makelaar] stelt de waarde op € 998.316,47 (*f* 2.200.000,--). De door de rechtbank ingeschakelde deskundige gaat uit van een waarde van in totaal € 329.000,- bij een canon die even hoog is als de canon die X in zijn taxatierapport noemt. X heeft dit oordeel niet, althans niet voldoende onderbouwd, betwist. Met zijn verweer dat hij een ander object heeft getaxeerd, erkent hij in feite ook dat de waarde van het erfpachtrecht niet € 998.316,47 is."

541 Rb. Almelo 18 juli 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB1975 (*Rabobank Enschede-Haaksbergen/makelaar c.s.*).

542 In het algemeen moet gewaarschuwd worden voor erfpachtcontracten voor oude gebouwen met omvangrijke onderhoudsverplichtingen. Wonen in een oude boswachterswoning in een mooi natuurgebied lijkt aantrekkelijk, maar vergt vaak omvangrijke investeringen om de woning bewoonbaar te maken en te onderhouden. De ligging in een beschermd natuurgebied kan bovendien gebruiksbeperkingen meebrengen. Indien naast het gebruiksrecht een afhankelijk opstalrecht wordt gevestigd krijgt de erfpachter zijn investeringen in de opstal in ieder geval deels weer terug in de vorm van de opstalvergoeding. Nadeliger wordt het indien geen opstalrecht is gevestigd en de grond en de woning uitsluitend in erfpacht worden uitgegeven, onder de voorwaarde dat de erfpachter het herstel en het onderhoud van de opstal voor zijn rekening neemt. De erfpachter investeert in dat geval in een opstal die eigendom is en blijft van de erfverpachter en waarvan hij slechts een gebruiksrecht heeft. Is sprake van een bestaand erfpachtrecht, dat voor 1992 werd gevestigd, dan ontbreekt een wettelijk recht op een opstalvergoeding. Natuurbeheerders zijn niet altijd goed op de hoogte van wat zij aanbieden en betrokken makelaars, taxateurs en financiers hebben ook niet altijd voldoende kennis om door de erfpachtvoorwaarden heen te kijken, zoals uit de hier besproken zaak blijkt. Vgl. Nijkamp 2014 die concludeert dat er erfpacht- en opstalrechten bestaan waarbij de erfpachter of opstalhouder geen economisch belang heeft bij de opstallen.

543 Rb. Middelburg 9 mei 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6654 (*erfpachter/erfverpachter*) en Rb. Middelburg 4 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BI2589 (*erfpachter/erfverpachter*). Op grond van art. 1 van de overgangswet van 16 mei 1829, *Stb*. 1829, 29, was het nieuwe burgerlijk wetboek niet van toepassing op bestaande rechten, vgl. Reepmaker 1931, p. 68 en De Meyere 1937, p. 2. Nu in dit geval niets bekend was over de inhoud, de herkomst en het toepasselijke juridische kader van het recht was het wel zo praktisch om hierop OBW toe te passen.

gen over beëindiging van het recht bekend waren.[544] Omdat naast een recht van erfpacht ook sprake was van een recht van opstal diende op grond van art. 762 OBW een opstalvergoeding betaald te worden, voor de berekening waarvan de rechtbank een deskundige benoemde.[545]

Onder OBW werd een opstalvergoeding in de zin van art. 762 OBW bij de vestiging van een opstalrecht soms in de vestigingsakte uitgesloten. In een zaak die speelde in de gemeente Zwijndrecht werd de huur van de grond en daarmee het van die huur afhankelijke opstalrecht voor het op de grond gestichte wijkgebouw door de gemeente als verhuurder en grondeigenaar opgezegd na het faillissement van de huurder en opstalhouder, een welzijnsstichting.[546] De curator betwistte tevergeefs de rechtmatigheid van die opzegging. De boedel had geen recht op een opstalvergoeding omdat deze in de vestigingsakte uit 1974 was uitgesloten.[547] Dat was in dit geval redelijk omdat de opstal geheel of in overwegende mate was betaald uit overheidssubsidies en de boedel een bedrag had gekregen voor de overname van activa en activiteiten.[548] De uitkomst volgens de wet werd in dit geval ook getoetst aan de feitelijke situatie en redelijk bevonden. In een ander geval was een vergoedingsrecht in de vestigingsakte geformuleerd als een *kan*-bepaling, een mogelijkheid waar de erfverpachter naar eigen inzicht gebruik van kon maken zonder daartoe verplicht te zijn.[549] De erfpachter deed tevergeefs een beroep erop.

6.7.2 Oud recht met opstalvergoeding volgens akte

Naar aanleiding van de discussies omtrent vraagpunt 7 en de ontwerpen voor het NBW kwam het onder het oude recht voor dat in de erfpachtvoorwaarden, vooruitlopende op het nieuwe recht, een opstalvergoeding voor de erfpachter werd afgesproken. Omdat de wetgever de waardebepaling van de opstal bij het einde van het recht aan de praktijk had overgelaten was het aan partijen en de rechter om een juiste formulering voor die waardebepaling te vinden. Een particuliere erfverpachter vestigde in 1975 een tijdelijk erfpachtrecht op een perceel grond in Nijmegen ten behoeve van een benzinestation.[550] De erfpachter had op grond van de vestigingsakte recht op de volgende opstalvergoeding:

544 Rb. Middelburg 9 mei 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6654, r.o. 3.6: "Nu gesteld noch gebleken is dat bijzondere bedingen of bepalingen in verband met het eindigen van de erfpacht/opstal zijn gemaakt en niet blijkt dat er sprake is van een eeuwig durende erfpacht/opstal en tussen partijen vaststaat dat deze meer dan 30 jaar heeft geduurd, kon [GEDAAGDE IN CONVENTIE, EISER IN RECONVENTIE] als eigenaar van de grond de erfpacht/opstal bij exploot doen eindigen met inachtneming van een termijn van tenminste een jaar. [GEDAAGDE IN CONVENTIE, EISER IN RECONVENTIE] heeft derhalve rechtsgeldig de erfpacht/opstal opgezegd." De opzegging op grond van art. 766 en 783 OBW blijft voor oude rechten bestaan naast de regeling van art. 5:87 BW.

545 Rb. Middelburg 4 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BI2589, r.o. 2.4-2.8.

546 Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1656 (*Hamm q.q. Stichting Salza/Zwijndrecht*).

547 Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1656, r.o. 2.2 citeert de vestigingsakte: "De Gemeente is nimmer gehouden aan de opstalhoudster bij het eindigen van het recht van opstal na verloop van de termijn als bedoeld in artikel 1 de waarde van de opstallen te vergoeden."

548 Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1656, r.o. 8-10.

549 Rb. Gelderland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1554 (*erfpachter/Rentambt van Over-Betuwe*). Omdat ik als advocaat van de erfpachter in deze zaak ben opgetreden laat ik het bij deze feitelijke constatering, JBvG.

550 Rb. Arnhem 14 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5043 (*De Waalboog/erfpachters*).

> "Indien het erfpachtsrecht eindigt [...] zal de grondeigenaar aan de erfpachter voor de door deze gestelde opstallen betalen een vergoeding, gelijk aan de waarde der opstallen zonder de grond, te bepalen in onderling overleg of, bij gebreke van dien, door drie deskundigen te benoemen door de Heer Kantonrechter te Nijmegen op verzoek van de meest gerede partij."[551]

Het recht werd na de afgesproken duur beëindigd. In geschil was de formulering 'de waarde der opstallen zonder de grond' en met name de wijze waarop deze waarde moest worden bepaald.[552] De rechtbank legde het hierboven geciteerde beding uit naar objectieve maatstaven, wat betekende dat alleen rekening werd gehouden met de partijbedoelingen en de context van de rechtsverhouding voor zover die hun weerslag in de akte hadden gekregen. Hierbij hanteerde de rechtbank de parlementaire geschiedenis van art. 5:99 BW als inspiratiebron omdat de tekst hiervan grote overeenstemming vertoonde met het beding uit de vestigingsakte en bij het opstellen van de vestigingsakte in 1975 de tekst van art. 5:99 BW reeds onderwerp van beraadslaging was geweest in de Tweede Kamer. Dit bracht de rechtbank echter niet veel verder omdat de wetgever de waarderingsgrondslag voor de hoogte van de opstalvergoeding aan de rechtspraak had overgelaten. De rechtbank volgde de aanwijzing van de wetgever[553] en oordeelde net als de erfpachter dat:

> "De waarde van de opstallen zonder de grond wordt bepaald door de waarde in het vrije verkeer van het perceel vast te stellen en die te verminderen met de waarde die is toe te rekenen aan de ondergrond."[554]

De waarde van de opstallen diende te worden bepaald door deskundigen en volgens de vestigingsakte had die vaststelling het karakter van bindend advies. De rechtbank benoemde drie deskundigen die de economische waarde van de opstallen berekenden. Dit advies werd in een volgende procedure, met als inzet vernietiging van het bindend advies, door de rechtbank marginaal getoetst op grond van art. 7:904 BW naar de inhoud en de wijze van tot stand komen.[555] In dit geval was sprake van een zuiver bindend advies waarbij de deskundigen in de rechtsverhouding tussen de partijen een onbepaald gelaten element dienden vast te stellen.[556] De rechtbank ging uitvoerig in op de bezwaren van de erfpachter tegen het bindend advies en wees deze af. Niet van belang voor de waardebepaling waren

---

551 Rb. Arnhem 14 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5043, art. 4 van de akte, geciteerd onder feiten.

552 Rb. Arnhem 14 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5043, Uitgangspunten bij de vaststelling van de waarde van de opstallen: "Volgens de Waalboog [erfverpachter] is dat de waarde op 1 januari 2005 van de investeringen van [gedaagde 1] in die opstallen. Volgens [gedaagde 1, erfpachter] is dat de waarde op 1 januari 2005 van de onroerende zaak en de daarop gerealiseerde opstallen en de daarbij naar verkeersopvattingen behorende installaties en voorzieningen verminderd met de waarde van de grond zonder de opstallen en installaties, waarbij bij de waardebepaling van het totaal en van de grond wordt uitgegaan van de waarde in het economisch verkeer rekening houdend met de huidige bestemming en de huidige gebruiksfunctie van grond en opstallen."

553 PG Boek 5 BW, p. 344: '(…) het is redelijk om de grotere waarde, die de in erfpacht gegeven zaak bij het einde van het erfpachtsrecht ten gevolge van het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen heeft, als waarde van het aangebrachte aan te merken.'

554 Rb. Arnhem 14 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5043, bevestigd in het eindvonnis van Rb. Arnhem 5 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW7233 (*De Waalboog/erfpachters*).

555 Rb. Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4124 (*erfpachter/|De Waalboog*).

556 Rb. Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4124, r.o. 3 onder verwijzing naar HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114, m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007/115 (*Amsterdam/Honnebier*) waarin is bepaald dat het advies, gelet op de aard ervan, onvermijdelijk voor een deel op basis van de deskundigheid en intuïtief inzicht van de deskundigen moet plaatsvinden.

de investeringen van de erfpachter en de deskundigen hadden gemotiveerd rekening gehouden met de gebruikelijke wijze van waarderen van een tankstation en de andere omstandigheden van het geval. Bovendien hadden zij als controle ook nog een tweede waarderingsmethode gebruikt zodat de rechtbank concludeerde dat het bindend advies rechtsgeldig was en beide partijen daaraan waren gebonden.

Op een tijdelijk erfpachtrecht onder oud recht gevestigd door de gemeente Den Haag voor een perceel op een bedrijventerrein was eveneens een opstalvergoeding volgens de vestigingsakte van toepassing.[557] Het recht werd beëindigd in verband met stadsontwikkeling waarna de opstalvergoeding aan bod kwam. Naar aanleiding van dit beding besprak de A-G in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad de maatstaven voor uitleg van een vestigingsakte:

> "De uitleg van erfpachtsvoorwaarden moet gebeuren aan de hand van de akte van vestiging zoals die is ingeschreven; daarbij moet overeenkomstig de bewoordingen van de akte – maar wel: beoordeeld naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte – worden vastgesteld welke bedoeling de partijen bij het tot stand brengen van de desbetreffende rechten voor ogen heeft gestaan. Dat is dus de maatstaf aan de hand waarvan de rechtbank de krachtens art. 24 van de toepasselijke erfpachtvoorwaarden aan de erfpachtster – Civilised Traveller – toekomende vergoeding, had te beoordelen. Het gaat hier om een beoordeling die in belangrijke mate bepaald wordt door waarderingen van feitelijke aard, zodat cassatiecontrole maar in navenant beperkte mate mogelijk is."[558]

Toegepast op deze casus betekende dat dat op grond van het beding in de erfpachtvoorwaarden de waarde van de opstal diende te worden vastgesteld als de waarde die een potentiële koper daaraan zou toekennen, zoals ook door de door de rechtbank benoemde deskundigen was bepaald:

> "Ofschoon mij wel duidelijk lijkt dat andere beoordelingsparameters voor de taxatie van dit gegeven denkbaar zijn, vormt de parameter die de rechtbank heeft aangenomen – namelijk: *de door een redelijk handelend koper als aanvaardbaar te beoordelen koopprijs* – een bij uitstek zinnige en ook bij uitstek voor de hand liggende maatstaf. Dat de rechtbank, geroepen tot uitleg van de overigens op dit punt uiterst summier en lapidair geformuleerde bepaling uit de Algemene Voorwaarden, zijn uitleg door deze gegevens heeft laten bepalen, is daarom niet als rechtens onjuist aan te merken, en daarbij als het tegendeel van onvoldoende begrijpelijk: de door de rechtbank gekozen uitleg dringt zich eerder op als (een van) de meest in aanmerking komende. Voor het overige gaat het hier, zoals al eerder betoogd, om een uitleg van erfpachtsvoorwaarden, en daarmee om een aan de 'feitenrechter' voorbehouden oordeel."[559]

De Hoge Raad volgde de conclusie van de A-G en deed de zaak af op grond van art. 81 RO. De maatstaven voor de uitleg van een vestigingsakte van een erf-

557 HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7408, *JOL* 2007/747 (*'s-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.*). Uit de conclusie van A-G Huydecoper, par. 1: 'de erfpachtsvoorwaarden hielden een regeling in voor de vergoeding, aan de erfpachter, van de waarde van de opstallen bij het einde van de erfpacht (in dier voege dat die waarde door drie deskundigen zou worden vastgesteld).'

558 Conclusie A-G Huydecoper bij HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7408, par. 16, met bronverwijzingen.

559 Conclusie A-G Huydecoper bij HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7408, par. 20. Nadruk toegevoegd.

pachtrecht zijn in de jurisprudentie hierna nog vele malen herhaald. De hier uitsluitend in het licht van het beding uit de algemene voorwaarden beoordeelde waarde van de opstal als de waarde die een redelijk handelend koper voor de opstal over zou hebben, is eveneens een maatstaf die school heeft gemaakt. Deze maatstaf heeft het taxatieprobleem niet opgelost omdat nog steeds de opstal en de grond los van elkaar dienen te worden gewaardeerd.

6.7.3 Opstalvergoeding ex artikel 5:99 BW

De vergoeding aan het einde van het recht betreft de waarde van de nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen die door de erfpachter of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de erfverpachter tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen, en die niet worden weggenomen. Deze vergoeding is dwingend voorgeschreven voor erfpachtrechten met bestemming wonen. Voor erfpachtrechten met andere bestemmingen kunnen in de vestigingsakte uitzonderingen op de vergoedingsplicht worden bedongen. De rechtspraak gaat over de vraag of een vergoedingsplicht bestaat en zo ja, over de hoogte van de vergoeding.

Twee erfpachters van tijdelijke rechten op percelen gelegen op een bedrijventerrein in Dordrecht onderhandelden met de gemeente als erfverpachter over nieuwe uitgiften.[560] De erfpachters die hun bedrijf met woning op de locatie wilden voortzetten gingen onder protest akkoord met het voorstel van de erfverpachter onder de voorwaarde dat de hoogte van de voorgestelde canon en het ontbreken van een opstalvergoeding in de algemene erfpachtvoorwaarden ter toetsing aan de bevoegde rechter zouden worden voorgelegd.[561] Als grondslag voor de toetsing voerden de erfpachters aan dat de gemeente als erfverpachter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur handelde door alleen bereid te zijn tot hernieuwde uitgifte onder genoemde voorwaarden. De rechtbank constateerde dat tussen de onderhandelende partijen in beginsel contractvrijheid heerste, maar dat de rechtsverhouding tussen erfverpachter en zittende erfpachter, ingeval partijen onderhandelen over hernieuwde uitgifte van hetzelfde perceel, wel beperkingen van die contractvrijheid met zich bracht. In de motivering klonk het arrest Haagse erfpacht door:

> "Deze contractsvrijheid geldt echter niet onbeperkt; tussen partijen is na de expiratiedatum van de tijdelijke erfpacht een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding blijven bestaan. Eén van de omstandigheden die een rol speelt bij de vraag of de Gemeente als grondeigenaar heeft gehandeld als een redelijke (contracts)partij kan zijn dat de Gemeente misbruik heeft gemaakt van de machtspositie die zij heeft. Immers de erfpachter heeft de grond al in gebruik en bevindt zich ten aanzien van de vraag of al dan niet tot verlenging wordt overgegaan dus in een afhankelijke positie. *Er kan sprake zijn van misbruik van die positie indien de Gemeente*

560 Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045 (*erfpachters/Dordrecht*).
561 De algemene erfpachtvoorwaarden uit 1929 die op de oude rechten van toepassing waren hadden wel voorzien in een opstalvergoeding, Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045, r.o. 2.2.

met [eiser1] c.s. niet dezelfde afspraken wil maken als die de Gemeente met een onafhankelijke derde had kunnen maken."[562]

Het criterium voor misbruik van de machtspositie van de grondeigenaar bestaat uit de vraag of de gestelde voorwaarden ook ten aanzien van onafhankelijke derden gemaakt zouden kunnen worden. Nu het hier om wettelijke voorwaarden ging, was dat het geval. Ten aanzien van het ontbreken van de opstalvergoeding in de nieuwe erfpachtvoorwaarden oordeelde de rechtbank ten eerste dat een bedrijfswoning onder de bescherming van art. 5:99 lid 1 BW viel nu dit gedeelte van het perceel de bestemming wonen had.[563] Ten aanzien van de bedrijfsgebouwen gold dat op grond van art. 5:99 lid 2 BW in de vestigingsakte kon worden bepaald dat hiervoor geen opstalvergoeding zou gelden. Deze bepaling gold in gelijke mate voor zittende erfpachters en voor derden en was daarmee niet onredelijk. Dat onder de oude erfpachtvoorwaarden de erfpachters wel recht op een opstalvergoeding hadden maakte dat niet anders.

Ten aanzien van de canonverhoging en de grondslag daarvoor was hetzelfde criterium van toepassing, maar dan gespecificeerd als marktconformiteit. Een erfverpachter die een marktconforme canon vroeg handelde niet onredelijk en maakte geen misbruik van zijn bevoegdheid. Dat was temeer zo daar het hier ging om percelen op een bedrijventerrein en om bedrijfsmatig handelende partijen, dan gold de redelijke prijs die onafhankelijke partijen voor het recht zouden willen betalen. Omdat de erfverpachter aan een nieuwe erfpachter een marktconforme canon kon vragen, was het daarmee tevens gerechtvaardigd een marktconforme canon te vragen van een zittende erfpachter wiens recht werd vernieuwd. De maatstaf hield in deze uitleg geen rekening met de omstandigheid dat de zittende erfpachter zich in een gebonden positie bevond. Het bedrijfsrisico van een voorzienbare canonstijging en het ontbreken van een opstalvergoeding werd geheel bij de erfpachter gelegd. Van misbruik en schending van zijn zorgplicht als erfverpachter zou pas sprake zijn indien de gemeente meer dan marktconforme voorwaarden van een zittende erfpachter zou eisen:

> "Van die positie behoort de Gemeente geen misbruik te maken door voorwaarden te bedingen die op een vrije markt niet aanvaard zouden zijn. De Gemeente heeft met andere woorden aan haar zorgplicht voldaan, als zij een vergoeding bedingt ter grootte van de actuele grondwaarde. Dat betreft immers de waarde die ook in het vrije verkeer als uitgangspunt genomen kan worden, uitgaande van een redelijk handelende partijen."[564]

Een andere erfpachter van dezelfde erfverpachter verwees ten onrechte naar deze passage omdat zijn conflict de afspraken omtrent beëindiging van het erfpachtrecht betrof en die afspraken alleen met de zittende erfpachter en niet met een onafhankelijke derde gemaakt konden worden.[565] In die zaak werd door een des-

562 Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045, r.o. 4.4. Nadruk toegevoegd.
563 Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045, r.o. 4.3: "Er is met een door de Gemeente verleende bouwvergunning een bedrijfswoning opgericht op een gedeelte van het perceel dat aan [eiser1] in erfpacht is uitgegeven; dit gedeelte van het perceel is derhalve bestemd tot woningbouw. Dat daar op basis van het bestemmingsplan ook bedrijfsopstallen zouden kunnen worden gebouwd, maakt dit niet anders."
564 Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045, r.o. 4.5.
565 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287 (*erfpachters/Dordrecht*), r.o. 3.6.2.

kundige in het kader van de beëindiging van het recht de marktwaarde van de opstallen berekend, met toepassing van de algemene erfpachtvoorwaarden uit 1929.[566] Die berekening werd door beide partijen om verschillende redenen vergeefs betwist want na marginale toetsing van de inhoud en het tot stand komen van het taxatierapport nam de rechtbank de conclusies van de deskundigen over, met correctie van de peildatum.

In een zaak waarin in de vestigingsakte was bepaald dat de erfpachter bij het einde van het recht een vergoeding zou krijgen ter hoogte van zijn investering in de restauratie van de bij aanvang van het recht reeds bestaande opstallen, betrof het geschil de hoogte van die vergoeding.[567] Conform de vestigingsakte was de hoogte van de vergoeding vastgesteld door middel van arbitrage en het was dit arbitrale vonnis dat in rechte werd aangevochten. Het hof stelde eerst vast dat partijen gedurende de arbitrageprocedure waren overeengekomen dat de taxatie uit het deskundigenbericht bindend zou zijn. Het hof voerde vervolgens een marginale toetsing van deze taxatie uit naar inhoud en wijze van tot stand koming, met als conclusie dat het arbitraal vonnis niet onvoldoende was gemotiveerd nu de arbiters in hun vonnis waren ingegaan op de bezwaren van de erfpachter. Omdat de taxatie van onroerende zaken altijd een beredeneerde schatting is lijkt het niet verstandig dat partijen zich, zoals bij arbitrage, bij voorbaat vastleggen op de uitkomsten van een dergelijke taxatie.

6.7.4 Waarde erfpachtrecht ex artikel 5:87 lid 2 BW

Art. 5:87 lid 2 BW had onmiddellijke werking en dat gold ook voor de vergoeding van de waarde van het erfpachtrecht die de erfverpachter op grond van deze bepaling aan de erfpachter verschuldigd was. Zo oordeelde de rechtbank Rotterdam in 2006 met een beroep op de parlementaire geschiedenis.[568] De wetgever had voor de opstalvergoeding van art. 5:99 BW een specifieke regel van overgangsrecht ingevoerd, terwijl een vergelijkbare regel ontbrak voor de vergoeding op grond van art. 5:87 lid 2 BW. Deskundigen hadden in opdracht van de rechtbank de waarde van het erfpachtrecht op de einddatum vastgesteld, daarbij rekening houdend met de aard, kwaliteit, ligging, gebruik, gebruiksmogelijkheden en bestemming, uitgaande van grond die geschikt was voor het gebruik conform de bestemming en zonder rekening te houden met bekende verontreinigingen. De erfpachter betwistte vergeefs dat de vergoeding van art. 5:87 lid 2 BW op zijn recht van toepassing was. De rechtbank toetste die uitkomst nog aan de omstandigheden van het geval, maar daaruit volgde geen uitkomst die naar maatstaven

566 Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287, r.o. 3.8. Art. 23 van de algemene erfpachtvoorwaarden bepaalt dat de 'schadevergoeding' bij einde recht zal worden vastgesteld door deskundigen. En '4. De deskundigen zullen bij taxatie van de waarde der opstallen en van het erfpachtsrecht uitsluitend *de openbare verkoopwaarde* van een en ander in aanmerking nemen en daarbij in het bijzonder letten op de tijd, die het recht nog geduurd zou hebben. De schadevergoeding wordt door hen vastgesteld op *tien procent boven de aldus getaxeerde waarde van het recht en de opstallen*,' geciteerd in Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045, r.o. 2.2. Nadruk toegevoegd.

567 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8942 (*erfpachter/erfverpachter*).

568 Rb. Rotterdam 14 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6211 (*erfverpachter/11 erfpachters*).

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.[569] Een paar jaar later oordeelde de rechtbank Rotterdam dat een andersluidende contractuele bepaling op 1 januari 1992 door art. 5:87 BW werd vervangen.[570] Pleysier wijdde in 2007 een beschouwing aan dit vonnis en de verhouding tussen de vergoedingen van art. 5:87 lid 2 en 5:99 BW.[571] Hij constateert dat art. 5:87 lid 2 BW ook van toepassing is op oude erfpachtrechten en dat art. 5:87 lid 2 BW derogeert aan art. 5:99 BW waarin de hoofdregel bij beëindiging van een erfpachtrecht is neergelegd. De waarde genoemd in art. 5:99 BW betreft de waarde van de opstallen en die moet worden vastgesteld als het verschil tussen de waarde die de in erfpacht uitgegeven zaak bij het einde van het recht heeft en de waarde van de in erfpacht uitgegeven kale grond. De waarde van het erfpachtrecht dient te worden bepaald

> '(…) aan de hand van de opbrengst die een derde zou overhebben voor een erfpachtsrecht op het registergoed, onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur.'[572]

Deze formulering zal hierna nog vaak terugkeren. Van de voorwaarden is vooral de hoogte van de canon bepalend voor de waarde van het recht en de vraag of deze marktconform is:

> "In een ideale toestand heeft het erfpachtsrecht, althans voor wat de waarde van de grond betreft, geen waarde: de waarde moet worden weggestreept tegen de gekapitaliseerde waarde van de marktconforme canon. Bij een te lage canon zal de erfpacht een positieve waarde hebben. A fortiori zal bij een canon van nihil, namelijk bij een afgekochte canon of een erfpacht die tegen een koopprijs verworven is, de waarde van het erfpachtsrecht dicht naderen tot die van de eigendom als het een eeuwigdurend erfpachtsrecht betreft. Bij een tijdelijk erfpachtsrecht zal die waarde dan weer dalen naar gelang het einde van het erfpachtsrecht dichterbij ligt."[573]

Daarnaast moet de waarde van het recht worden bepaald door de aanwezigheid van de opstallen. Vonck sluit zich aan bij Pleysier met het argument dat indien de vergoeding van art. 5:87 lid 2 BW van toepassing is er niets meer over is waarop art. 5:99 BW kan worden toegepast, nu de opstalwaarde in de waardevergoeding van art. 5:87 lid 2 BW is geïncorporeerd.[574] Terecht merkt Vonck op dat de aanspraak op een opstalvergoeding in de zin van art. 5:99 BW medebepalend was voor de waarde van een erfpachtrecht in de zin van art. 5:87 lid 2 BW.

---

569 Rb. Rotterdam 14 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6211, r.o. 2.4: "De rechtbank heeft in voormeld tussenvonnis van 31 december 2003 geoordeeld (rechtsoverweging 2.9) dat noch uit artikel 166 Ow NBW, noch uit enige andere regel van overgangsrecht kan worden afgeleid dat aan de verplichting om de waarde van de erfpacht te vergoeden geen onmiddellijke werking toekomt. De rechtbank is dan ook van oordeel dat artikel 5:87 lid 2 BW onmiddellijke werking heeft en daarmee van toepassing is op de onderhavige opzegging van het recht van erfpacht. Dit oordeel ontleent de rechtbank aan de Parlementaire Geschiedenis Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (MvA II Inv., pagina 145). De eisen van redelijkheid en billijkheid leiden niet tot een ander oordeel."

570 Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047 (*Rotterdam/erfpachter*), r.o. 7.16-7.17.

571 Pleysier 2007a.

572 Pleysier 2007a.

573 Pleysier 2007a.

574 Vonck 2013, p. 276-277.

In de zaak van de autowasstraat in Tilburg benoemde de rechtbank een deskundige om de vergoeding ex art. 5:87 lid 2 BW vast te stellen.[575] De rechtbank besliste:

> '(…) dat de waarde van de erfpacht op het moment dat zij door de opzegging eindigt op grond van artikel 5:87 lid 2 BW moet worden bepaald aan de hand van *de opbrengst die een derde zou overhebben voor een erfpachtrecht op het perceel, onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur*, dat daarbij rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de canon in de toekomst kan worden verhoogd, dat tevens rekening moet worden gehouden met de bestemming van het perceel en de omstandigheid dat in casu sprake is van een eeuwigdurende erfpacht, en dat verder rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat op het perceel opstallen aanwezig zijn (zodat de waarde van de opstallen geacht moet worden in de waardevergoeding ex artikel 5:87 lid 2 BW te zijn inbegrepen).'[576]

In hoger beroep waren partijen het oneens over de wijze van berekening van de waardevergoeding.[577] Het hof benoemde een deskundige om conform het oordeel van de rechtbank de waarde van het erfpachtrecht op de einddatum vast te stellen.[578] In deze zaak is duidelijk dat de formulering voor de waardevergoeding van Pleysier school heeft gemaakt. Van de erfpachtvoorwaarden die voor een potentiële koper van belang zijn voor de prijs die hij bereid is te betalen kunnen genoemd worden een toekomstige canonherziening, de bestemming van het perceel, de duur van het erfpachtrecht en de waarde van de aanwezige opstallen. Uit de objectivering blijkt dat de vergoeding gesteld moet worden op de marktwaarde van het erfpachtrecht als het niet beëindigd zou zijn.

In de zaak van de oude potstal op de Veluwe werd de vergoeding voor de waarde van het recht vastgesteld op de onderhandse verkoopwaarde van de opstal zoals getaxeerd in opdracht van de erfverpachter bij het einde van het recht.[579] De grondslag voor die vergoeding blijkt niet duidelijk uit het vonnis. Art. 5:87 lid 2 BW bepaalt dat de vergoeding de waarde van het erfpachtrecht omvat en dit is niet van overeenkomstige toepassing op een afhankelijk opstalrecht. De rechtbank stelde de waarde vast op de waarde van de opstal. Het gebruiksrecht kon in dit geval nauwelijks waarde hebben gehad en de opstal waar de erfpachter

575 Hof Den Bosch 5 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2702 (*Autoreinigingsbedrijf/Tilburg*).

576 Hof Den Bosch 5 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2702, r.o. 3.9.3. Nadruk toegevoegd.

577 Hof Den Bosch 5 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2702, r.o. 3.9.2: '[appellante = de erfpachter] heeft tot uitgangspunt genomen de werkwijze van de Belastingdienst bij het vaststellen van de overdrachtsbelasting bij de overdracht van een recht van erfpacht. Concreet betekent dit dat [appellante] de waarde van de erfpacht heeft bepaald door de jaarlijks verschuldigde canon te vermenigvuldigen met 17. [appellante] stelt de waarde van de erfpacht aldus berekend op € 499.000,-. [appellante] doet voorts een beroep op de wijze waarop de schadevergoeding ingevolge artikel 27 van de algemene voorwaarden moet worden berekend (in het geval de Gemeenteraad de erfpacht doet eindigen omdat hij dit wenselijk acht). De Gemeente is van mening (na eerder een ander standpunt te hebben ingenomen) dat de waarde van de erfpacht dient te worden bepaald door de gebruikswaarde van het perceel in het economisch verkeer vast te stellen, uitgaande van de grondwaarde in volle eigendom en verder rekening houdend met factoren als het toegestane gebruik, de looptijd en de hoogte van de canon. De Gemeente berekent de waarde aldus (onder verlating van het eerdere standpunt dat deze € 275.000,- bedraagt) op nihil.'

578 Hof Den Bosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5656 (*Autoreinigingsbedrijf/Tilburg*).

579 Rb. Arnhem 11 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX6404 (*Natuurmonumenten/erfpachter*), r.o. 2.21: "In opdracht van Natuurmonumenten heeft J [makelaar] de onderhandse verkoopwaarde vrij van huur en gebruik per 9 februari 2011 getaxeerd op € 100.000,-- voor: 'Ondergrond van de woning en erf en tuin 500 m²' en € 30.000,-- voor 'opstal recreatiewoning ca. 300 m³', totaal € 130.000,--." In r.o. 4.12 werd het door de erfverpachter gevorderde bedrag verminderd met de getaxeerde waarde van de opstal van € 30.000,-.

€ 79.411,50 voor had betaald was inmiddels rijp voor de sloop. In dit geval viel de toepassing van de opstalvergoeding ex art. 5:99 BW bij het einde van het recht in het voordeel van de erfpachter uit.

De waardevergoeding ex art. 5:87 lid 2 BW is ook verschuldigd indien het erfpachtrecht wordt opgezegd wegens ernstig tekortschieten, bijvoorbeeld vanwege het aantreffen van hennepteelt. Ook dan wordt de hoogte van de vergoeding bepaald 'aan de hand van de opbrengst die een derde zou over hebben voor een erfpachtsrecht op het registergoed onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur'.[580] De rechtbank Rotterdam gaf in een vonnis van 7 september 2011 een overzicht van factoren waarmee rekening gehouden moest worden bij het bepalen van de waarde van het erfpachtrecht.[581] Het ging om de waarde op het moment dat het recht eindigde. De maatstaf is hierboven genoemd. Daarbij moet rekening gehouden worden met de aanwezige opstallen omdat, zoals de rechtbank in een uitvoerige motivering aangeeft, de onafhankelijke derde die het erfpachtrecht koopt waarde hecht aan de aanwezigheid van die opstallen en er anders sprake was van ongerechtvaardigde verrijking van de grondeigenaar:

> "Het gaat er bij de waarderingsgrondslag van artikel 5:87 lid 2 BW immers om vast te stellen wat een derde zou willen betalen voor het erfpachtsrecht. Die derde zal in beginsel ook een waarde toekennen aan de op de grond gevestigde opstallen. De derde wordt immers door natrekking ook erfpachter van die opstallen. De door de Gemeente verdedigde uitleg van artikel 5:87 lid 2 BW – waarin de op de grond aanwezige opstallen geen rol spelen bij het vaststellen van de waarde van het erfpachtsrecht – zou het ongewenste gevolg hebben dat de erfverpachter in feite ongerechtvaardigd wordt verrijkt ten koste van de erfpachter (maar bijvoorbeeld ook ten koste van de hypotheekhouder) door de opzegging wegens wanprestatie van de erfpachter. In dat geval immers zou de erfpachter/hypotheekhouder alleen een vergoeding krijgen voor de waarde van het erfpachtsrecht op de grond, terwijl de erfverpachter door de opzegging vrij is de erfpacht, inclusief de op de grond gevestigde opstallen, aan een derde te verkopen."[582]

Bij het bepalen van de hoogte van de waardevergoeding is ook relevant of de erfpachter na beëindiging recht had op een opstalvergoeding omdat dit mede de waarde van het erfpachtrecht bepaalt. Andere erfpachtvoorwaarden waarmee rekening gehouden moet worden bij het bepalen van de waarde van het erfpachtrecht in de zin van art. 5:87 lid 2 BW zijn de resterende duur van het recht en de hoogte van de canon.[583] Indien de door partijen ingebrachte taxatierapporten de rechtbank niet kunnen overtuigen van de juistheid van de berekende waarde gaat de rechtbank meestal ertoe over een onafhankelijke deskundige te benoemen ten-

580 Rb. Rotterdam 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP7004 (*erfpachter/Rotterdam*), r.o. 4.6. Dezelfde formule wordt gehanteerd in Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898, *RVR* 2011/124 (*erfpachter/Rotterdam*) en in Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047 (*Rotterdam/erfpachter*), r.o. 7.19.

581 Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898, onder het kopje 'vergoeding artikel 5:87 lid 2 BW en artikel 5:99 BW'.

582 Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898. Bevestigd in Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.20.

583 Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898. Bevestigd in Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.22.

einde de waarde van het erfpachtrecht vast te stellen.[584] In het geval van MGE-erfpacht kan de vergoeding worden bepaald volgens de in de vestigingsakte neergelegde formule voor de terugkoopprijs van het recht door de corporatie, tenzij uit omstandigheden blijkt dat deze berekening naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.[585]

Het argument dat het voor een erfpachter die van zijn incourante recht af wilde zou lonen om ernstig tekort te schieten teneinde de waardevergoeding op te strijken, werd door de rechtbank niet gevolgd.[586] Dat de waardevergoeding bij einde recht niet wordt uitgekeerd aan de erfpachter, maar aan de hypotheekhouder en dat er een restschuld over zal blijven indien het bedrag van de lening hoger is dan het bedrag van de vergoeding, maakt voor de beoordeling geen verschil.[587] De erfpachter had dat vooraf kunnen weten.

Met de vergoeding ex art. 5:87 lid 2 BW wordt verrekend hetgeen de erfverpachter nog van de erfpachter te vorderen heeft. Zo dienen erfpachters bijvoorbeeld de kosten van een bodemonderzoek, het opruimen van het perceel en het verwijderen van de fundering te betalen en worden de kosten daarvan, net als de kosten van het deskundigenonderzoek, verrekend met de vergoeding voor de waarde van het erfpachtrecht.[588] Indien een hennepkwekerij op het perceel wordt aangetroffen worden de kosten van het ontmantelen daarvan op de waardevergoeding in mindering gebracht.[589]

De waarde van hetgeen de grondeigenaar nog van de erfpachter te vorderen heeft kan de waarde van het erfpachtrecht overtreffen. Dat was het geval bij een agrarisch erfpachtrecht in een Fagoed-constructie dat werd opgezegd wegens wanbe-

584 Bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898 en Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.23.

585 Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10874 (*Woonbron/erfpachter*), r.o. 4.21: "De rechtbank is van oordeel dat bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding de in de akte vestiging ondererfpacht koopgarant neergelegde formule als uitgangspunt dient te worden genomen, nu partijen dit uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW). Gesteld noch gebleken is, dat hiervan sprake is. (…) Voor zover [gedaagde] heeft betoogd dat de vergoeding gelijk dient te zijn aan de nog door taxatie vast te stellen waarde en niet op basis van de in de akte neergelegde formule dient te worden vastgesteld, overweegt de rechtbank, dat [gedaagde] destijds de woning voor 75% van de marktprijs van Woonbron heeft gekocht en deze aankoopprijs ook bij de bepaling van de waarde van de vergoeding een rol dient te spelen."

586 Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.21: "De Gemeente heeft nog aangevoerd dat indien bij de berekening van de waarde van de erfpacht rekening wordt gehouden met de waarde van de opstal, het voor [gedaagde], evenals voor andere erfpachters, aantrekkelijk kan zijn om in ernstige mate tekort te schieten. De Gemeente wijst er daarbij op dat de praktijk leert dat een recht van erfpacht als het onderhavige veelal betrekking heeft op een incourant object waarin bijvoorbeeld, zoals in dit geval, hennep wordt gekweekt. Eenieder die van zijn incourante recht van erfpacht af wil, zou derhalve worden beloond voor het uitoefenen van illegale activiteiten die een opzegging rechtvaardigen, nu de erfpachter in dat geval de waarde van het recht van erfpacht te allen tijde krijgt vergoed, terwijl de erfpachter zijn recht van erfpacht in de huidige vastgoedmarkt niet of nauwelijks kwijtraakt, aldus de Gemeente. De rechtbank volgt de Gemeente hierin niet, nu de hoogte van de vergoeding immers afhangt van de waarde van het erfpachtsrecht ten tijde van de opzegging. Bij de bepaling van de waarde van dit recht zal een deskundige meewegen de courantheid van het object en de stand van de vastgoedmarkt. In een slechte markt en bij een incourant object zal de vergoeding dus navenant zijn. Daar komt bij dat de Gemeente krachtens artikel 5:99 lid 2 BW (onder omstandigheden) de mogelijkheid heeft (bij het einde van de erfpacht) een vergoeding voor de opstal aan de erfpachter uit te sluiten. Dat de Gemeente van de mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt doet aan het bestaan van die mogelijkheid niet af."

587 Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10874, r.o. 4.20.

588 Rb. Rotterdam 14 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6211 (*erfverpachter/11 erfpachters*), r.o. 2.6.

589 Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.25 onder f.

taling van de canon.[590] Toen de erfpachter ten tijde van de opzegging failliet werd verklaard eiste de hypotheekhouder bij de erfverpachter de vergoeding ex art. 5:87 lid 2 jo. art. 3:229 BW op. Op grond van art. 3:229 BW had de hypotheekhouder van rechtswege een pandrecht verkregen op de vordering tot vergoeding van de waarde van het erfpachtrecht ex art. 5:87 lid 2 BW. De erfverpachter stelde dat de canonachterstand groter was dan de waarde van het erfpachtrecht zodat er geen vergoeding kon worden uitgekeerd. Het geschil betrof de wijze van berekening van de waarde van het erfpachtrecht.[591] De rechtbank kwam niet toe aan het benoemen van deskundigen om de waarde van het erfpachtrecht vast te stellen omdat vooraf vaststond dat deze waarde lager zou zijn dan de vordering van de erfverpachter. In hoger beroep benoemde het hof evenwel drie deskundigen en stelde dat het uitgangspunt voor de waardebepaling van het erfpachtrecht moet zijn 'wat een derde zou willen betalen voor het recht van erfpacht, onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur van het recht van erfpacht zoals die in het concrete geval gelden'.[592] Dat betekende in dit geval dat rekening moest worden gehouden met het terugkooprecht van de erfpachter.[593] De deskundigen berekenden de waarde van het erfpachtrecht aan de hand van de marktwaarde van de onroerende zaak als geheel en hanteerden verschillende methodes om aan de hand van die waarde de waarde van het erfpachtrecht op de peildatum te bepalen.[594] Het hof volgde het rapport van de deskundigen en wees de vordering af omdat het bedrag dat de erfverpachter van de gewezen erfpachter te vorderen had hoger was dan de vergoeding. Het hof nam tevens de vaststelling van de deskundigen over dat iedere taxatie een beredeneerde schatting van de waarde vormde:

590 Rb. Amsterdam 13 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0313 (*hypotheekhouder/Fagoed*).

591 Een beschrijving van de twee methoden waar de grondeigenaar zich op beroept is te vinden in Rb. Amsterdam 13 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0313, r.o. 4.3: '(…) Fagoed gaat primair uit van de Fagoed-methode, gebaseerd op de met [B] overeengekomen erfpachtconstructie. Op grond van deze methode wordt de waarde van het erfpachtrecht bepaald door *de actuele agrarische waarde te verminderen met de door de erfpachter verschuldigde terugkoopsom per het einde van de erfpacht* op basis van de erfpachtovereenkomst. Gelet op artikel 10 lid 3 in verbinding met artikel 2 lid 2 van de erfpachtovereenkomst dient de terugkoopsom te worden bepaald op basis van de geïndexeerde canon per einde van de erfpacht, te weten 5 november 2008, vermenigvuldigd met 100 gedeeld door 3,5%. Volgens Fagoed dient de waarde van de grond rond de EUR 22.000,00 per hectare te worden geschat. De rechtbank gaat ervan uit dat de waarde van de grond of de percelen hetzelfde is als de agrarische waarde. Subsidiair gaat Fagoed uit van de volgens haar algemeen geaccepteerde en veelvuldig toegepaste methode Tollner. Deze methode gaat in het onderhavige geval uit van de actuele rentestand van 5 november 2008 (5,5 %), de looptijd van de erfpacht tot het terugkoopmoment en de verschuldigde canon over die periode. *De waarde van de erfpacht is de agrarische waarde minus de waarde van het blote eigendom*. De waarde van het blote eigendom van de in erfpacht uitgegeven percelen wordt per hectare berekend aan de hand van de per hectare door de erfpachter verschuldigde canon, gekapitaliseerd over de resterende looptijd van het recht van erfpacht met daarbij geteld de netto contante waarde van de agrarische waarde bij het einde van de erfpacht, bij zowel de kapitalisering als de netto contante waarde, uitgaande van de actuele rentestand van 5.5 %. Deze methode houdt evenwel geen rekening met een terugkoopmogelijkheid, aldus Fagoed. Volgens Fagoed is er met de huidige rentestand echter niet veel verschil tussen de Fagoed-methode en de berekening volgens Tollner.' Nadruk toegevoegd.

592 Hof Amsterdam 31 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:1635 (*hypotheekhouder/Fagoed*) en Hof Amsterdam 1 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:998 (*hypotheekhouder/Fagoed*).

593 Hof Amsterdam 31 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:1635, r.o. 3.6-3.7.

594 Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3282 (*hypotheekhouder/Fagoed*), r.o. 2.2 citeert uit het taxatierapport: "Ondergetekenden hebben eerst de waarde in het economische verkeer in vrije staat per peildatum bepaald. Uitgaande van alle feiten en omstandigheden komen deskundigen op een totale waarde van € 281.500,-, zijnde € 25.600,- per hectare. (…) Op grond van de diverse vergelijkingstransacties aangevuld met de gehanteerde rekenmethoden komen deskundigen voor onderhavig recht van erfpacht op peildatum op een waarde in het economische verkeer van circa € 5.230,- per hectare, voor 10.99.34 ha zijnde totaal € 57.500,-."

> "Ook hebben de deskundigen aangegeven dat alle methoden slechts hulpmiddelen zijn, en dat een daadwerkelijke waardebepaling alleen kan worden verkregen met behulp van vergelijkingstransacties en de interpretatie daarvan, als ook een deskundigeninterpretatie van de markt voor erfpachtrechten."[595]

Dit geldt voor alle waardebepaling van grond en gebruiksrechten op grond. Ook de marktwaarde op enig moment is een inschatting, uitgaande van het hypothetische geval van wat een goed geïnformeerde koper op enig moment zou willen betalen voor een bestaand erfpachtrecht, gezien de resterende looptijd, de hoogte van de canon en de overige erfpachtvoorwaarden. Omdat een vaste index voor de waarde van grond en vaste methoden om de waarde van grond onder verschillende omstandigheden te bepalen ontbreken dient iedere waarde geschat te worden en kan een deskundigenrapport het best met een ander deskundigenrapport worden bestreden. Au fond gaat het om de argumenten die de rechter het beste weten te overtuigen, tenzij 'harde gegevens' beschikbaar zijn in de vorm van meerdere recente transacties van vergelijkbare erfpachtrechten. In het specifieke geval van de Fagoed-constructie kwam het mij terecht voor dat het terugkooprecht van de erfpachter in de waardering werd betrokken nu bij voorbaat voor ieder moment kon worden berekend voor welk bedrag de erfpachter zijn eigen grond weer kon terugkopen.

De waardevergoeding van art. 5:87 lid 2 BW is niet van toepassing indien wordt opgezegd op grond van art. 5:87 lid 3 BW.[596] In het oorspronkelijke ontwerp had de erfpachter wiens recht ex art. 5.1.7.2 werd opgezegd geen recht op een vergoeding en degene wiens recht ex art. 5.7.1.10 vervallen werd verklaard wel. Beide beëindigingsvormen zijn als gevolg van de stofkamoperatie in hetzelfde wetsartikel ondergebracht waarbij het verschil in vergoedingsrecht kwam te vervallen.[597]

6.7.5 Verhouding artikel 5:87 en artikel 5:99 BW

De verhouding tussen de vergoeding van art. 5:87 lid 2 BW en die van art. 5:99 BW heeft de doctrine enige tijd bezig gehouden. Van Velten is van mening dat bij samenloop de vergoeding ex 5:87 lid 2 BW de waarde van de grond betreft en de vergoeding ex 5:99 BW de waarde van de opstallen.[598] Pleysier acht art. 5:99 BW

---

595 Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3282, r.o. 2.5.

596 Bartels e.a. 2016, p. 341, in reactie op de bespreking door Vonck 2013, p. 273-274 van de niet geheel duidelijke wettekst. Volgens de jurisprudentie over opzegging in het algemeen belang zoals besproken in par. 6.4.4 heeft de erfpachter meestal recht op een vergoeding krachtens de Onteigeningswet en doet de vraag of de vergoeding berekend moet worden op grond van art. 5:87 lid 2 BW zich niet voor.

597 Bij de behandeling van de invoeringswetgeving van de Boeken 3, 5 en 6 van het NBW vond om politieke redenen een beoordeling plaats van vermijdbare onzekerheden en andere de werklast verzwarende aspecten in de reeds vastgestelde wetteksten, deze herziening staat bekend als de Operatie Stofkam, zie PG Voortgang BW, p. 24 voor het voorstel over de erfpachttitel. Voor een overzicht van invoeringsperikelen van het NBW zie Florijn 1994, p. 535-566.

598 Van Velten 1995b, p. 53-55. Hij onderschrijft de stelling van De Jong 1984a dat de vergoeding van art. 5:99 BW bestaat uit de marktwaarde van de opstal geabstraheerd van de grondwaarde, p. 54. Voor de vergoeding ex art. 5:87 lid 2 BW ligt het meest voor de hand hiervoor het bedrag te nemen dat een derde voor de erfpacht wil geven, p. 54. Als dat niet mogelijk is kan de waarde worden berekend door de waarde van het vol eigendom te verminderen met de waarde van het bloot eigendom (te berekenen naar de methode volgens HR 7 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:AB9753, *NJ* 1994/47 (*Grondeigendom/Amsterdam*), behandeld in par. 6.5.2).

niet van toepassing bij een opzegging wegens tekortschieten van de erfpachter.[599] De wettekst is onduidelijk over deze verhouding, in tegenstelling tot het ontwerp uit 1980 dat de vergoeding van het latere art. 5:99 BW uitsloot bij vervallenverklaring omdat daar een eigen regeling voor was. De onduidelijkheid is het gevolg van de stofkamoperatie. Vonck keert de interpretatie van Van Velten om en sluit zich aan bij Pleysier: de vergoeding van art. 5:87 lid 2 BW van de waarde van de erfpacht omvat tevens de opstallen zodat aan 5:99 BW niet wordt toegekomen.[600] Die visie is ook in de rechtspraak de heersende geworden.

De rechtbank Rotterdam oordeelde in 2013 meerdere keren over de verhouding tussen de twee vergoedingsrechten. In de eerste zaak hadden partijen bij vestiging in 1993 een aanvullende overeenkomst gesloten betreffende een vergoeding bij beëindiging van het erfpachtrecht voor de door de erfpachter gestichte woning.[601] Nadat het erfpachtrecht wegens ernstig tekortschieten van de erfpachter was opgezegd kwam de vraag aan de orde hoe de vergoeding moest worden berekend. Op grond van literatuur en jurisprudentie kwam de rechtbank tot de conclusie dat art. 5:87 lid 2 BW derogeerde aan art. 5:99 BW, waarna de vergoeding op grond van art. 5:87 lid 2 BW werd berekend.[602] De aanvullende overeenkomst werd daarbij buiten beschouwing gelaten omdat partijen daarmee bedoeld hadden af te wijken van art. 5:99 BW en die bepaling niet van toepassing was. Voor zover partijen tevens hadden bedoeld een eigen regeling van de vergoeding ex art. 5:87 lid 2 BW te bieden, was deze nietig op grond van art. 5:87 lid 3 BW.[603] Voor de berekening van de vergoeding nam de rechtbank de formulering van Pleysier over en in die berekening moest de waarde van de opstal worden meegerekend:

> "Voor de berekening van de aan eiser in conventie, verweerder in reconventie toekomende vergoeding dient, zo blijkt uit de hiervoor aangehaalde literatuur, de waarde van de erfpacht te worden bepaald aan de hand van *de opbrengst die een derde zou overhebben voor een erfpachtsrecht op het registergoed, onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur*. Voorts dient de waarde van de woning van eiser in conventie, verweerder in reconventie geïncorporeerd te worden in de waarde van de erfpacht."[604]

Deze vergoeding kon in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn en de rechtbank oordeelde dat in

599 De Vries & Pleysier 2002, p. 124-125.

600 Vonck 2013, p. 267-277, onder verwijzing naar het vonnis van de Rb. Middelburg 12 juli 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY5812 over een opzegging op grond van art. 5:87 lid 2 BW. Als die grondslag wordt toegewezen is er geen behoefte meer aan een verklaring voor recht dat art. 5:99 BW niet van toepassing is, een oordeel waar Vonck het niet mee eens is.

601 Rb. Rotterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6732, *RVR* 2013/120 (*erfpachter/erfverpachter*).

602 Rb. Rotterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6732, r.o. 4.15-4.16. Vergelijkbaar Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898 (onder het kopje 'vergoeding artikel 5:87 lid 2 BW en artikel 5:99 BW'), Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047, r.o. 7.18 en Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10874, r.o. 4.21.

603 Rb. Rotterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6732, r.o. 4.17. De overeenkomst week ten nadele van de erfpachter af van de wettelijke regeling nu deze de erfpachter slechts recht gaf op de helft van de stichtingskosten van de woning. Vonck 2014 komt in zijn bespreking van het vonnis tot het oordeel dat de onderlinge regeling in afwijking van art. 5:99 BW wel relevant is voor de berekening van de waarde van het erfpachtrecht ex art. 5:87 lid 2 BW, maar dat in casu de onderlinge regeling niet geldig is omdat deze niet aan de vereisten van art. 5:99 BW voldoet.

604 Rb. Rotterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6732, r.o. 4.18. Nadruk toegevoegd.

dit geval rekening moest worden gehouden met de hoogte van de canon.[605] De rechtbank berekende zelf de waarde van het erfpachtrecht verminderd met de te weinig ontvangen canon en gaf partijen de gelegenheid op basis daarvan een schikking te betrachten, bij gebreke waarvan de rechtbank een deskundige zou benoemen om de waarde van het erfpachtrecht vast te stellen. Naar mijn mening legt de rechtbank aan de berekening van de waarde van het erfpachtrecht teveel veronderstellingen ten grondslag, zodat de uitkomst niet naar andere gevallen kan worden vertaald. Partijen waren het kennelijk eens over de marktwaarde van de opstal en de hoogte van een zakelijke canon, maar uit de uitspraak blijkt niet waarop deze bedragen gebaseerd waren. De berekening van de zakelijke canon lijkt verder in strijd met de contractvrijheid, die partijen de vrijheid geeft een niet-zakelijke canon af te spreken, zeker in het geval van particuliere erfpacht. Zoals het hier wordt gesteld lijkt het of de erfverpachter recht heeft op een zakelijke canon, ook indien deze daarvan vrijwillig afziet.

De rechtbank Rotterdam oordeelde eveneens in 2013 dat art. 5:87 lid 2 BW onmiddellijke werking heeft en van dwingend recht is zodat een van deze regeling afwijkend beding uit de algemene erfpachtvoorwaarden 1931 hiervoor moet wijken.[606] De rechtbank kwam terug op haar bindende eindbeslissing uit een tussenvonnis dat bij de vaststelling van de waarde van het erfpachtrecht rekening gehouden moest worden met de aanwezigheid van een bedrijfspand omdat 'de erfpachter krachtens art. 5:99 BW bij het einde van de erfpacht aanspraak kan maken op de waarde van de aanwezige opstallen.' De rechtbank kwam op deze beslissing terug omdat art. 5:99 BW op grond van art. 170 Overgangswet NBW in dit geval niet van toepassing was en ook contractueel geen opstalvergoeding was afgesproken.[607] De vraag werd daarmee of er een andere grondslag was om bij het vaststellen van de waarde van het erfpachtrecht in de zin van art. 5:87 lid 2 BW rekening te houden met het feit dat er opstallen op de grond stonden die de erfpachter bij aanvang van het recht verplicht had gesticht zonder dat hij het recht had de opstallen bij het einde van het recht weg te nemen. Naar het oordeel van de rechtbank diende de te benoemen deskundige de volgende maatstaf voor de waardebepaling te hanteren:

> "Waar het om gaat is dat de waarde wordt vergoed die het recht van erfpacht ten tijde van de opzegging had. Die prijs moet worden bepaald naar de waarde in het economisch verkeer, en

605 Rb. Rotterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6732, r.o. 4.22: "Het bedrag dat [eiser in conventie, verweerder in reconventie] gedurende de looptijd van de erfpacht te weinig aan canon heeft betaald, dient daarom in mindering te worden gebracht op de erfpachtwaarde die [gedaagde in conventie, eiseres in reconventie] hem dient te vergoeden, *als ware het dat partijen zijn overeengekomen om de betaling van een deel van de canon op te schorten tot het tijdstip van beëindiging van de erfpacht*." Nadruk toegevoegd. De laatste zin vormde een verwijzing naar Van Velten 1993 die betoogde dat bij de berekening van de opstalvergoeding geen rekening diende te worden gehouden met de hoogte van de canon, maar dat partijen er beter aan deden de canon op een zakelijke hoogte te stellen, waarbij de erfpachter de bevoegdheid zou krijgen om de betaling van een deel daarvan op te schorten tot het tijdstip van beëindiging van de erfpacht, waarna die vergoeding zou kunnen worden verrekend met de vergoeding voor de opstalwaarde.

606 Rb. Rotterdam 31 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7762 (*Rotterdam/erfpachter*). Het tijdelijk erfpachtrecht van het perceel gemeentegrond met bestemming slachthuis was na de ontdekking van een hennepkwekerij in het pand opgezegd wegens ernstig tekortschieten van de erfpachter, Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047.

607 Rb. Rotterdam 31 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7762, r.o. 2.3-2.4.

> daarvoor is de gekozen maatstaf de opbrengst die een derde voor het recht zal overhebben. Dat zal feitelijk overigens neerkomen op de verkoopprijs."[608]

Impliciet leek daarin de waarde van de opstal besloten te liggen. De rechtbank benoemde een deskundige die rekening diende te houden met het feit dat de erfpachter geen recht had op een opstalvergoeding.[609] In de waarde van het recht lag de aanwezigheid van een opstal besloten:

> "De vergoeding die de Gemeente ex artikel 5:87 lid 2 BW dient te voldoen ziet zowel op het gebruiksrecht van de in erfpacht uitgegeven grond als op de daarop aanwezige opstal. Een derde verkrijgt immers een erfpachtrecht op de grond met opstal en zal daarvoor een hogere prijs willen betalen dan voor een erfpachtrecht op de grond zonder opstal. In zoverre wordt de opstal dus bij de vergoeding ex artikel 5:87 lid 2 BW betrokken."[610]

In dit geval was ook nog relevant dat de bestaande bebouwing samen met de bebouwing op het naastgelegen perceel was verhuurd aan een derde. Dat de erfpachter bij aanvang van het tijdelijk recht verplicht was geweest de opstallen te stichten en voor het einde van het recht geen opstalvergoeding en geen wegneemrecht waren afgesproken betekende niet dat de erfverpachter bij het einde van het recht ongerechtvaardigd werd verrijkt nu die verrijking op een contractuele grondslag berustte.[611] In het eindarrest werd de waarde van het erfpachtrecht zoals vastgesteld door de door de rechtbank benoemde deskundige, door de rechtbank marginaal getoetst en overgenomen.[612] De achterstallige canon werd op de vergoeding in mindering gebracht. Deze uitspraken maken duidelijk dat in de vergoeding van de waarde van het erfpachtrecht de aanwezigheid van een opstal is opgenomen.

Zolang de opstalvergoeding of de waardevergoeding niet is vastgesteld en uitbetaald heeft de erfpachter wiens recht geëindigd is op grond van art. 5:100 lid 1 BW een retentierecht op de onroerende zaak. Dit houdt in dat de erfpachter de zaak mag terughouden en dus nog niet aan de erfverpachter hoeft over te dragen. Voor het overige is het recht geëindigd en is de voormalige erfpachter niet meer beschikkingsbevoegd. Hij mag de zaak niet aan derden in gebruik geven en indien de zaak is verhuurd zijn de huurpenningen vanaf de datum waarop het erfpachtrecht is geëindigd voor de erfverpachter in diens hoedanigheid van opvolgend verhuurder nu een retentierecht geen aanspraak geeft op de burgerlijke vruchten van de teruggehouden zaak. De erfpachter dient als retentor ex art. 6:27 BW als een zorgvuldig schuldenaar voor de zaak zorg te dragen. Indien hij kosten

608 Rb. Rotterdam 31 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7762, r.o. 2.8.
609 Rb. Rotterdam 5 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1504 (*Rotterdam/erfpachter*).
610 Rb. Rotterdam 5 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1504, r.o. 2.5.
611 Rb. Rotterdam 5 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1504, r.o. 2.10: "Voor zover al sprake zal zijn van een verrijking omdat de Gemeente eigenaar is van de opstallen, vloeit deze verrijking voort uit de tussen de eigenaar en de erfpachter gemaakte afspraken, zoals deze zijn neergelegd in de Algemene Bepalingen, namelijk dat geen recht op vergoeding van de opstallen bestaat."
612 Rb. Rotterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:678 (*Rotterdam/erfpachter*).

maakt ter uitvoering van die zorgplicht dient de grondeigenaar die op grond van art. 6:63 BW te betalen.[613]

6.7.6 Samenvatting en conclusie vergoedingen bij einde recht

Of een erfpachter bij het einde van het erfpachtrecht recht heeft op een vergoeding voor het verlies van zijn recht en/of van de opstallen wordt bepaald door de wet en de erfpachtvoorwaarden uit de vestigingsakte. In de jurisprudentie wordt als maatstaf voor de waardevergoeding van art. 5:87 lid 2 BW de marktwaarde van het recht ten tijde van de beëindiging gehanteerd, tenzij partijen in de vestigingsakte anders overeen zijn gekomen. De maatstaf voor de opstalvergoeding van art. 5:99 BW is de marktwaarde van de opstallen, tenzij partijen in de vestigingsakte anders overeen zijn gekomen. Art. 5:87 lid 2 BW derogeert aan art. 5:99 BW zodat bij tussentijdse beëindiging wegens ernstig tekortschieten niet wordt toegekomen aan art. 5:99 BW. Bij de berekening van de vergoeding op grond van art. 5:87 lid 2 BW moet rekening gehouden worden met de erfpachtvoorwaarden ten tijde van de opzegging, waaronder de resterende duur van het recht, de hoogte van de canon, de bestemming van het perceel en of de erfpachter recht heeft op een opstalvergoeding, en met de waarde van de aanwezige opstallen. De berekening van de vergoeding op grond van art. 5:99 BW betreft uitsluitend de marktwaarde van de opstallen, werken en beplantingen. Voor de berekening wordt door de rechter meestal een deskundige benoemd.

Een knelpunt vormen rechten die zijn gevestigd voor 1 januari 1992. De toenmalige vervallenverklaring van het recht door de rechter van art. 780 en 781 OBW is vervangen door het dwingendrechtelijke art. 5:87 lid 2 BW en deze waardevergoeding is ook van toepassing op oude rechten. Art. 170 Overgangswet NBW bepaalt echter dat de opstalvergoeding van art. 5:99 BW niet van toepassing is op oude rechten en indien de erfpachtvoorwaarden geen recht op een opstalvergoeding bevatten, kan het gebeuren dat een erfpachter na afloop van een tijdelijk recht met lege handen achterblijft. Door de rechter worden de omstandigheden van het geval steeds vaker in aanmerking genomen, maar dat leidt op dit punt zelden tot een opzij zetten van de wettelijke regeling, mede omdat de erfpachter gedurende de looptijd van zijn recht bekend is met het ontbreken van een opstalvergoeding.

6.8 Samenvatting en conclusies einde erfpachtrecht

Erfpachtverhoudingen kunnen op vele manieren tot een einde komen. In alle gevallen wordt het gebruik van de onroerende zaak beëindigd en wordt tussen partijen afgerekend volgens de bepalingen uit de wet en de erfpachtvoorwaarden uit de vestigingsakte. De lange duur van erfpachtrechten leidt tot bijzondere

613 Rb. Arnhem 5 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW7233 (*De Waalboog/erfpachters*). Heesakkers 2015, p. 6 is van mening dat het retentierecht van de erfpachter niet de bevoegdheid de onroerende zaak te gebruiken omvat. De erfpachter hoeft deze alleen maar niet af te geven en heeft op grond van art. 3:290 BW wel een zorgplicht ten aanzien van de zaak.

vraagstukken waarbij de ongelijke positie van partijen ten opzichte van elkaar veelvuldig tot uiting komt.

Het grootste knelpunt blijkt de waardeontwikkeling van de onroerende zaak die niet het gevolg is van handelingen van partijen, maar van externe oorzaken zoals de geldontwaarding of marktontwikkelingen. In de berekening van de waarde- of de opstalvergoeding en in de koopprijs voor de blote eigendom komt tot uiting aan welke partij de meerwaarde in welke mate moet worden toegerekend. Deze toedeling vormt de achtergrond van veel erfpachtconflicten over beëindiging van het recht. Dit soort conflicten is deels het gevolg van de lange duur waarvoor erfpachtrechten worden gevestigd en zij tonen de ongelijke positie van partijen die gedurende de looptijd van de rechtsverhouding veelal impliciet blijft. Over de toedeling van de waardeontwikkeling van de onroerende zaak als gevolg van externe oorzaken zijn nog geen algemene uitspraken mogelijk. Het aanhoudende conflict tussen erfpachters op de Waddeneilanden en Staatsbosbeheer is nog onbeslist. Daarmee vergelijkbaar zijn de conflicten tussen erfpachters en de gemeenten Amsterdam en Utrecht over eeuwigdurende afkoop van de canon, waarbij de erfpachters aanvoeren dat de gemeente een te groot waardeaandeel aan zichzelf toerekent.

Bij de toetsing of een erfpachtrecht terecht werd beëindigd en of daarbij op correcte wijze al dan niet een vergoeding is betaald gelden primair de vereisten uit de wet en de afspraken uit de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden. Maar daarnaast wordt in vele gevallen door de rechter beoordeeld of die uitkomst in de omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is. Daarbij worden de aanzienlijke belangen van beide partijen bij beëindiging of voortzettiing van het gebruiksrecht tegen elkaar afgewogen. Indien de erfverpachter een overheidsorganisatie is wordt het handelen daarvan tevens getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Waar de wet ruimte biedt voor contractvrijheid staat niets een toetsing aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de weg.

Op grond van de wet eindigt een tijdelijk erfpachtrecht door tijdsverloop en indien geen nadere afspraken zijn gemaakt is dat een hard gegeven dat vanaf het begin van het recht bij beide partijen bekend mag worden verondersteld. Indien partijen voor of na de einddatum onderhandelen over verlenging of heruitgifte wordt een beëindiging wegens het mislukken van die onderhandelingen getoetst aan alle omstandigheden van het geval, als uitvloeisel van het feit dat op die precontractuele onderhandelingen het verbintenissenrecht van toepassing is. De belangen van de erfverpachter en de erfpachter bij voortzetting of beëindiging van het recht worden tegen elkaar afgewogen, bijvoorbeeld bij de toets van de redelijkheid van een voorstel tot verlenging. Daarbij kan met name de voorgestelde canonverhoging een knelpunt vormen. Indien het erfpachtrecht tijdens die onderhandelingen op grond van art. 5:98 BW doorloopt blijven de bestaande rechten en verplichtingen gelden. Indien het erfpachtrecht op de einddatum is beëindigd, maar het gebruik tijdens de onderhandelingen wordt voortgezet geschiedt dat zonder goederenrechtelijke grondslag en wordt de gebruiksvergoeding meestal ter hoogte van de canon bepaald.

De erfpachter is meestal niet bevoegd zijn recht op te zeggen omdat die bevoegdheid, hem in art. 5:87 lid 1 BW toegekend, in de vestigingsakte doorgaans wordt uitgesloten. Onder omstandigheden kan het echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat de erfpachter geen mogelijkheid heeft zich van zijn recht te ontdoen. Daarbij kan met name de hoogte van de canon een knelpunt vormen. Erfpachters van rechten gevestigd voor 1992 waarbij in de vestigingsakte niets is bepaald over opzegging of afstand door de erfpachter, zijn naar mijn mening bevoegd tot opzegging omdat zij onder het OBW bevoegd waren eenzijdig afstand van hun recht te doen. In de praktijk heeft de erfpachter meestal meer te winnen bij het behoud van zijn gebruiksrecht dan bij het verlies ervan zodat het vraagstuk opzegging door de erfpachter zich niet vaak voordoet.

De wettelijke opzeggingsgrond wanbetaling van de canon gedurende minimaal twee achtereenvolgende jaren wordt strikt toegepast. De betaling van het achterstallige bedrag nadat het exploot van opzegging is uitgebracht, is verschuldigd betaald, maar verandert niets aan de bevoegdheid tot opzegging. Het is aan de erfverpachter en niet aan de rechter te bepalen hoe coulant hij hiermee omgaat. De opzeggingsgrond ernstig tekortschieten in de nakoming van zijn overige verplichtingen uit het erfpachtrecht biedt meer ruimte voor beoordeling van de omstandigheden van het geval. De door Vonck geïdentificeerde criteria worden door de jurisprudentie bevestigd. Bij schending van de afgesproken bestemming van de onroerende zaak, een essentiële verplichting voor de erfpachter, is sneller sprake van ernstig tekortschieten dan bij schending van een ondergeschikte verplichting uit de vestigingsakte. In geval illegale hennepteelt wordt aangetroffen is het tekortschieten altijd ernstig en verwijtbaar en heeft de erfpachter geen recht op een tweede kans. Bij schending van de zeer strak geformuleerde verplichting tot zelfbewoning van MGE-rechten is altijd sprake van ernstig tekortschieten, mede gezien de voordelen die deze constructie voor de erfpachter met zich mee brengt. Bij schending van de wettelijke onderhoudsverplichting hangt het ervan af hoe ernstig de achterstand is en of de erfpachter de verplichting naar verwachting in de toekomst wel zal nakomen. Overheidsorganisaties kunnen een erfpachtrecht opzeggen in het algemeen belang indien dat in de vestigingsakte is bepaald en zij maken daar regelmatig gebruik van bij de herontwikkeling van gebieden. De belangen van de erfpachter zijn veelal ondergeschikt aan het op democratische wijze tot stand gekomen besluit tot herontwikkeling en in de regel wordt de erfpachter volledig schadeloos gesteld. Opzegging in het algemeen belang vormt geen doorkruising van de Onteigeningswet en het algemeen belang van de erfverpachter kan ook een financieel belang zijn zoals een marktconforme canon. De erfpachter kan tegen een onrechtmatige opzegging ageren uit zijn goederenrechtelijk recht of uit onrechtmatige daad.

Aankoop van de blote eigendom door de erfpachter kan een oplossing vormen voor conflicten tussen erfpachter en erfverpachter, mits partijen het eens worden over de koopprijs. Die prijs vormt de waarde van hetgeen de erfverpachter in zijn bezit heeft zodat ook hier het knelpunt naar voren komt over de toedeling van de waardeontwikkeling van de onroerende zaak als gevolg van externe oorzaken. De toetsing vindt in beginsel plaats naar alle omstandigheden van het geval, maar welke factoren de doorslag moeten geven is in de rechtsontwikkeling nog onbe-

slist. Er wordt wel een onafhankelijke en fictieve derde geïntroduceerd om de redelijkheid van een koopaanbod naar objectieve maatstaven te kunnen beoordelen. De vraag is dan of de erfverpachter met een onafhankelijke derde dezelfde afspraken over aankoop of verlenging zou hebben gemaakt als met de zittende erfpachter. Diezelfde onafhankelijke derde wordt ook wel opgevoerd bij de vaststelling van de marktconforme waarde van het erfpachtrecht in de zin van art. 5:87 lid 2 BW. Omdat bij het hanteren van een objectieve maatstaf wordt afgezien van de omstandigheden van het geval en gezien de veelheid aan erfpachtvoorwaarden de situatie per geval zal verschillen, zal een dergelijke belangenafweging naar mijn mening licht in het voordeel van de erfverpachter en zijn wens tot marktconforme waardes uitvallen.

Indien de erfpachter recht heeft op vergoeding van de waarde van zijn recht of de waarde van de opstallen wordt deze in beginsel naar marktwaarde op het moment van beëindigen berekend. Inmiddels bestaat er enige consensus over de maatstaf voor de waardeberekening, wat niet wegneemt dat daarbij de omstandigheden van het geval een rol kunnen spelen. Doorgaans worden deskundigen ingeschakeld voor de berekening van de vergoeding. Voor erfpachters van oude rechten zonder recht op een opstalvergoeding geldt de harde regel van het overgangsrecht.

Dit overzicht over wijzen waarop erfpachtrechten kunnen eindigen zet de mogelijkheden en maatstaven op een rij en toont dat waar de wettelijke regeling ruimte laat voor contractvrijheid het mogelijk is een voorgenomen beëindiging te beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het geval. Waar de wettelijke regeling een handelwijze dwingend voorschrijft ontbreekt die mogelijkheid en kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden rekening worden gehouden met ontwikkelingen die zich tijdens een langdurig erfpachtrecht hebben voorgedaan en met de ongelijke positie van partijen. Een majeur knelpunt bij het einde van het recht vormt toedeling van de waardeontwikkeling die de onroerende zaak gedurende het recht ondergaat als gevolg van externe factoren. Dit is au fond hetzelfde knelpunt als bij canonherziening. In de rechtsontwikkeling is hiervoor nog geen definitieve oplossing gevonden.

7 Conclusies

In dit hoofdstuk worden de grote lijnen van het onderzoek met elkaar in verband gebracht en beschouwd in hun betekenis voor de rechtsontwikkeling. Daarmee wordt tevens antwoord gegeven op de onderzoeksvraag.

7.1 De verbintenisrechtelijke dimensie van de erfpachtverhouding

Bij de vestiging van een erfpachtrecht ontstaat een rechtens relevante betrekking tussen de personen die daarna met hun hoedanigheid van erfverpachter en erfpachter worden aangeduid. De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter staat in dit onderzoek centraal en wordt daarin niet beschouwd als een rechtsverhouding van louter goederenrechtelijke of louter verbintenisrechtelijke (in een goederenrechtelijk jasje) aard, maar als een rechtsverhouding waarin naast een goederenrechtelijke altijd ook een verbintenisrechtelijke kant te identificeren is, als twee dimensies van dezelfde rechtsverhouding. De goederenrechtelijk dimensie bestaat uit wat eerder de rechtsverhouding tussen persoon en goed werd genoemd, maar wat beter omschreven kan worden als een verzameling wettelijke bevoegdheden en verplichtingen toegekend aan een persoon en betrekking hebbend op het gebruik van een onroerende zaak. Dit is de kant van het erfpachtrecht als absoluut recht die in alle handboeken en besprekingen de aandacht krijgt. De bevoegdheden en verplichtingen die volgen uit het erfpachtrecht zijn echter primair van toepassing in de verhouding tot de bepaalde andere gerechtigde en werken daarnaast in verhouding tot alle andere personen die dat gebruik van die onroerende zaak dienen te eerbiedigen. Uit die bevoegdheden en verplichtingen kunnen verbintenissen voortvloeien en het gaat in dit onderzoek om de verbintenissen van de hoofd- en beperkt gerechtigde jegens elkaar. Die verbintenisrechtelijke dimensie komt met name in beeld als zich wijzigingen voordoen gedurende de looptijd van erfpachtrechten en bij de verlenging of de beëindiging van rechten. Onderzocht is hoe die verbintenisrechtelijke dimensie in de loop der tijd is beschouwd en welke rol deze speelt in de rechtspraak over erfpachtverhoudingen. In detail is de verbintenisrechtelijke dimensie onderzocht in recente jurisprudentie over algemene erfpachtvoorwaarden, het toestemmingsvereiste bij erfpacht, verschillende vormen van canonherziening en het beëindigen van erfpachtrechten. In meer of mindere mate is daarbij de goederenrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding betrokken.

Rechtspraak is een uitermate rijke bron van gegevens, met name over de uitoefening van bevoegdheden en verplichtingen en dus over de verbintenissen die daarbij ontstaan, maar betreft altijd een uitspraak in een concreet geval wat maakt dat het trekken van algemene conclusies uit rechterlijke uitspraken met enige voorzichtigheid dient te gebeuren. Uit rechtspraak blijkt in ieder geval dat juist in concrete geschillen tussen de betrokkenen bij een zakelijk recht de verbintenisrechtelijke dimensie tot uiting komt en dat ieders gerechtigdheid tot een onroerende zaak gepaard gaat met bevoegdheden en verplichtingen jegens elkaar. Het gaat om de erkenning en kwalificatie van de verbintenisrechtelijke dimensie bij erfpacht en om deze een plaats te geven in het stelsel van het vermogensrecht. Die kwalificatievraag werd vanaf de codificatie van het burgerlijk recht in het OBW gesteld ten aanzien van de toen nog verplichte canon en opgelost door deze als kwalitatieve verplichting voor de erfpachter te benoemen. Ik vind het verduidelijkend om daartegenover een bevoegdheid van de erfverpachter tot canonheffing te stellen, als de bron van de verbintenis tot canonbetaling.

De problematiek van de verbintenisrechtelijke dimensie doet zich voor in de praktijk. Geschillen over rechtsfeiten zoals de betaling voor het gebruik van een perceel grond, over wie tot welk onderhoud van de grond verplicht is, over wanneer een gebruiksrecht eindigt en of de eigenaar ontruiming kan vorderen doen zich in de praktijk voor en moeten berecht worden ondanks dat deze feiten niet in het wettelijk stelsel lijken te passen. Deze rechtsfeiten stoelen op het (vermeende) bestaan van een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is en deze jegens gene tot die prestatie verplicht is. De wetgever van het OBW vond het niet nodig het benoemde contract van erfpachtgunning wettelijk te regelen, maar dat betekent niet dat veronachtzaamd is dat uit een erfpachtrecht verbintenissen kunnen ontstaan. Al is het alleen maar omdat de overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht voor partijen ook na vestiging nog obligatoire verbintenissen kan bevatten die niet in het erfpachtrecht zijn opgenomen. De inhoud van het recht wordt primair bepaald door partijen, de partijautonomie is door de wettelijke regeling slechts beperkt aan banden gelegd. Het wettelijk stelsel van het vermogensrecht vormt een groot goed, een hulpmiddel om greep te krijgen en te houden op de grote verzameling regels van vermogensrecht en het NBW is voldoende flexibel ingericht met schakelbepalingen en open normen om dwarsverbanden te kunnen incorporeren en daarmee ruimte te bieden aan de verbintenisrechtelijke dimensie van erfpachtverhoudingen.

Verbintenissen in erfpachtverhoudingen volgen uit bevoegdheden en verplichtingen geregeld in de wet, de vestigingsakte, de algemene erfpachtvoorwaarden en/of in overeenkomsten tussen partijen. In par. 7.2 volgt een samenvatting van bevindingen op het gebied van algemene erfpachtvoorwaarden, toestemming, canonherziening en het beëindigen van erfpachtrechten waarmee vormgegeven wordt aan het door Snijders voorgestelde 'fijnmazig systeem van regels en uitzonderingen'.[1] Daarbij heb ik dankbaar voortgebouwd op de analyses en criteria on-

1 Snijders & Rank-Berenschot 2017, p. 55-56.

derscheiden in het onderzoek naar erfpachtvoorwaarden van Vonck.[2] Bij de rechterlijke toetsing staan de open normen centraal. De kernvraag is steeds hoe de kenbaarheid van de bevoegdheden en verplichtingen die volgen uit de goederenrechtelijke dimensie van het erfpachtrecht zich verhoudt tot de normen waarmee de uitoefening van die bevoegdheden en verplichtingen door bepaalde personen in bepaalde omstandigheden, de verbintenisrechtelijke dimensie, worden beoordeeld. De uitoefening van bevoegdheden en verplichtingen uit erfpachtrechten wordt in de rechterlijke toetsing van die uitoefening, onder invloed van de algemene voorwaardenregeling en Europees consumentenrecht, steeds vaker beoordeeld naar (een verstoring van) het evenwicht tussen de belangen van betrokken partijen. Die belangenafweging is en was ongewoon in het goederenrecht. In par. 7.3 onderzoek ik nader de gevolgen van de in dit onderzoek gesignaleerde relativering van de goederenrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding. Hierbij komt de vraag aan de orde of de werking van redelijkheid en billijkheid in erfpachtverhoudingen is uitgebreid sinds het onderzoek van Struycken.[3]

In verschillende hoofdstukken kwam de vraag aan de orde aan wie de waardeveranderingen van de onroerende zaak toekomen gedurende de looptijd van het erfpachtrecht. Dat kon gaan om de periodieke canonverhoging bij een voortdurend recht, maar ook om de waarde van de bloot eigendom bij aankoop daarvan door de erfpachter of om de vergoeding van de waarde van het erfpachtrecht na opzegging op grond van art. 5:87 lid 2 BW. Op dit gebied bestaat geen consensus en in de rechtspraak zijn hierover ook verschillende oordelen te vinden. In par. 7.4 komen de verschillende bevindingen met betrekking tot waardeverdelingsvraagstukken samen en probeer ik de betekenis voor de rechtsverhouding te beschrijven. Meer dan een aanzet om het vraagstuk in kaart te brengen kan dit niet zijn.

Ten slotte wil ik kort reflecteren op de vraag of nadere regulering van onderdelen van de erfpachtverhouding gewenst is. Voor en na 1992 is van verschillende zijden opgeroepen tot meer wetgeving. Die oproepen zijn door de wetgever steeds afgewezen onder verwijzing naar de partijautonomie, de voorkeur voor deregulering en het vermogen van de sector tot zelfregulering. Voor een wijziging van het BW dient een aantoonbare maatschappelijke noodzaak te bestaan en die doet zich, ondanks herhaalde protesten van erfpachters tegen zowel stedelijke als particuliere erfpacht, naar de mening van de wetgever niet voldoende voor. Ten aanzien van particuliere erfpacht lijkt een vorm van zelfregulering in beperkte mate succesvol. In par. 7.5 worden de verschillende oproepen nader bekeken en wordt in het licht van de onderzoeksbevindingen beoordeeld of wijziging van titel 5.7 BW dringend noodzakelijk is. Het onderzoek wordt in par. 7.6 afgesloten met een samenvatting van de conclusies gevolgd door enige aanbevelingen voor vervolgstudie.

2 Vonck 2013.
3 Struycken 2007.

7.2 Samenvatting bevindingen

Het onderzoek heeft in kaart gebracht hoe de rechtsverhouding sinds 1798 is gekwalificeerd door de wetgever, de doctrine en de rechtspraak (par. 7.2.1). In de jurisprudentieonderzoeken stond enerzijds de beoordeling van de verbintenisrechtelijke dimensie centraal en is anderzijds een inventarisatie gemaakt van vraagstukken die zich voordoen op het gebied van algemene erfpachtvoorwaarden (par. 7.2.2), het toestemmingsvereiste (par. 7.2.3), canonherziening (par. 7.2.4) en beëindiging van erfpachtrechten (par. 7.2.5). De bevindingen worden hieronder samengevat en in de volgende paragrafen voorzien van duiding.

De afsluitende samenvattingen per hoofdstuk vormen het in par. 1.3 bedoelde gedetailleerde overzicht van uit de wet en de jurisprudentie afgeleide regels over algemene erfpachtvoorwaarden (par. 3.6), het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen (par. 4.8), de wijziging van de inhoud van het recht in de vorm van verschillende varianten van canonherziening (par. 5.8) en de beëindiging van erfpachtrechten (par. 6.8). In dit hoofdstuk worden de grote lijnen ten aanzien van de toetsingsmaatstaven getrokken en eventuele richtlijnen uit de jurisprudentie die voor de gehele rechtsverhouding gelden. Bij het overzicht wordt onderscheid gemaakt tussen de goederenrechtelijke gevolgen van een bepaald beding, afhankelijk van de correcte opname in de vestigingsakte of andere bronnen, en de verbintenisrechtelijke gevolgen van de toepassing van een beding op een bepaald moment waarbij een bevoegdheid of verplichting uit de vestigingsakte of een andere bron wordt omgevormd tot concrete verbintenissen van bepaalde personen jegens elkaar. Hierbij wordt tevens aangegeven in welke gevallen en op welke wijze het algemene verbintenissenrecht van Boek 6 BW van toepassing is.

7.2.1 Bevindingen hoofdstuk 2 De rechtsverhouding

In hoofdstuk 2 zijn de verschillende opvattingen over het bestaan van verbintenissen tussen erfverpachter en erfpachter bestudeerd vanuit de geschiedenis van de wet, de doctrine en de rechtspraak. Het burgerlijk wetboek heeft deze verbintenissen niet geregeld, maar de wettekst en het stelsel van het vermogensrecht naar OBW en NBW stonden ook niet eraan in de weg. Het strikte onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht was door de doctrine opgesteld vanuit de behoefte het recht overzichtelijk te presenteren. Hierin was geen plaats voor verbintenissen uit een zakelijk recht en een deel van de doctrine was dan ook van opvatting dat dergelijke verbintenissen niet konden bestaan. De erfpachtverhouding werd aan de andere zijde van het spectrum ook wel beschouwd als een in wezen verbintenisrechtelijke verhouding die door het stelsel van de wet en om rechtseconomische redenen was voorzien van een goederenrechtelijk kader. De rechtspraak paste gedurende de gehele bestudeerde periode verbintenisrechtelijke leerstukken zoals de goede trouw, de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de uitleg van overeenkomsten toe op de goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen erfpachter en grondeigenaar. De rechtspraktijk en de ervaring van de betrokken gerechtigden wezen daarmee in de richting van relativering van het dogmatisch strakke onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht, maar een deel van de doctrine blijft twijfelen of hier geen sprake is van strijd met

de goederenrechtelijke aard van beperkte rechten, mede in het belang van de rechtszekerheid.

Aansluitend op de visie van Eggens op eigendom en verbintenis als twee zijden van dezelfde medaille heb ik geprobeerd in dit onderzoek de verbintenisrechtelijke dimensie van het erfpachtrecht uit te werken en in kaart te brengen volgens de rechtspositieleer van Snijders en rekening houdend met de criteria voor zakelijke werking onderscheiden door Vonck. Hierbij zijn drie elementen van erfpachtrechten uitgewerkt waarin beide dimensies van de rechtsverhouding tot uiting komen, de elementen toestemming, canonherziening en beëindiging van het recht. Vervolgens is het ontstaan van de rechtsverhouding geschetst en de wijzen waarop uit zakelijk werkende erfpachtvoorwaarden verbintenissen kunnen voortvloeien. Vanuit deze uitgangspunten werd het kader voor het vervolg van het onderzoek ontwikkeld met zes deelvragen over de toetsing van erfpachtgeschillen op het gebied van toestemming, canonherziening en beëindiging van erfpachtrechten.

7.2.2 Bevindingen hoofdstuk 3 Algemene erfpachtvoorwaarden

Het onderzoek is gaandeweg uitgebreid met een afzonderlijke beschouwing van algemene erfpachtvoorwaarden vanwege de belangwekkende ontwikkelingen die zich op dat gebied voordoen. De algemene voorwaardenregeling raakt aan de bevoegdheid van de erfverpachter een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden toe te passen en vormt een sterk middel voor de erfpachter zich te verzetten tegen toepassing van een dergelijk beding. Op algemene erfpachtvoorwaarden is Boek 6 BW zonder meer van toepassing. Grote erfverpachters zoals gemeenten hebben vanaf het begin van de twintigste eeuw veel gebruikgemaakt van algemene erfpachtvoorwaarden. De in 1992 ingevoerde algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW is op die algemene erfpachtvoorwaarden van toepassing (met uitzondering van kernbedingen die duidelijk geformuleerd zijn) omdat de beschermingsgedachte achter de algemene voorwaardenregeling zich volgens de wetgever diende uit te strekken tot algemene erfpachtvoorwaarden, ook indien deze door een overheidsinstantie als erfverpachter werden gebruikt. Indien een beding uit algemene erfpachtvoorwaarden vanaf het moment van vestiging onredelijk bezwarend is voor de erfpachter kan deze het beding vernietigen op grond van de open norm van art. 6:233 sub a BW. Op algemene erfpachtvoorwaarden is, ongeacht hun inhoud, afd. 6.5.3 uit Boek 6 BW van toepassing en bij de rechterlijke toetsing staat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter centraal. De rechter maakt een vergelijking tussen de rechtspositie van de erfpachter met en zonder het beding aan de hand van alle kenbare belangen van partijen en met meewegen van alle omstandigheden van het geval, waaronder de belangen van derden. Valt die vergelijking in het nadeel van de erfpachter uit in de zin dat de gevolgen van het beding *onredelijk* bezwarend zijn, dan kan het beding niet worden toegepast.

Deze rechtsontwikkeling wordt versterkt onder invloed van het Europees consumentenrecht met de opkomst van de verplichte ambtshalve toetsing van bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden aan Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneer-

lijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Een richtlijnconforme toetsing van afd. 6.5.3 BW omvat een uitleg van de algemene voorwaardenregeling in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn en in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn steeds nauwkeuriger aanwijzingen gegeven voor de toepassing van de Europese norm, de indicatieve lijst van oneerlijke bedingen en de toetsing van de *aanzienlijke* verstoring van het evenwicht tussen partijen als gevolg van een bepaald beding. De toepassing van Richtlijn 93/13/EEG wordt primair bepaald door de hoedanigheid van partijen, een professionele erfverpachter en een consument-erfpachter. Voor rechtsopvolgers die een andere hoedanigheid hebben dan de oorspronkelijke erfpachter heeft naar Nederlands recht een voorzienbaarheidscriterium ingang gevonden. De temporele reikwijdte van Richtlijn 93/13/EEG maakt dat niet alle nog lopende erfpachtrechten onder het bereik van de richtlijn vallen, maar een vrijwillige toepassing op rechten gevestigd voor 31 december 1994 lijkt mogelijk. De richtlijnconforme toetsing kent ook een vergelijkingsmethode, maar de medio 2017 in drie erfpachtgeschillen toegepaste vergelijking met de wettelijke regelingen van toestemming voor overdracht van art. 5:91 BW of voor de wijziging van de inhoud van erfpachtrechten van art. 5:97 BW was niet altijd even succesvol. Een richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW leidt wel tot een beoordeling van erfpachtverhoudingen met meer aandacht voor het evenwicht tussen de belangen van erfpachter en erfverpachter, vormt een aanvulling op de wettelijke regeling en voegt daaraan een wezenlijk niveau van bescherming van de erfpachter-consument toe. Voor eenzijdige wijzigingsbedingen in algemene erfpachtvoorwaarden, waaronder canonverhogingsbedingen, kan het in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ruim uitgelegde transparantiegebod uit Richtlijn 93/13/EEG worden toegepast. De norm van het hof sluit aan bij de norm uit de bancaire richtlijn opgesteld door de NVB: in de vestigingsakte moet voor de erfpachter duidelijk en begrijpelijk zijn opgenomen wat de reden voor de wijziging is en op welke manier de wijziging van bijvoorbeeld de prijs zal worden berekend zodat hij vooraf een realistische inschatting kan maken van de economische gevolgen van het erfpachtrecht gedurende de gehele looptijd. Particuliere erfpachtvoorwaarden die niet voldoen aan de bancaire richtlijn en daarom hebben geleid tot een onoverdraagbaar erfpachtrecht, zijn vooralsnog door de rechter vernietigd.

Met de richtlijnconforme toetsing van bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden is de nadruk nog meer op de rechtsverhouding komen te liggen. Waar voorheen bij een beoordeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid uiteraard de belangen van partijen in de beoordeling werden betrokken, geldt nu tevens het vereiste dat er een *evenwicht* dient te bestaan tussen de rechten en verplichtingen die voor erfpachter en erfverpachter uit de vestigingsakte voortvloeien. De wetgever had de inhoud van het erfpachtrecht nadrukkelijk aan de partijautonomie overgelaten, maar in de gevallen waarin de erfpachter als een consument moet worden beschouwd en een groot deel van de erfpachtvoorwaarden in algemene voorwaarden is opgenomen is de ruimte voor die partijautonomie kleiner geworden. Hoe de belangen van derden bij goederenrechtelijke rechten zich verhouden tot dat evenwicht is nog onbekend.

7.2.3 Bevindingen hoofdstuk 4 Het toestemmingsvereiste

De rechtsfiguur toestemming maakt deel uit van de verbintenisrechtelijke dimensie binnen de rechtsverhouding en bestaat aan de ene kant uit de bevoegdheid van de erfverpachter toestemming voor een bepaalde (rechts)handeling te verlenen of te weigeren en aan de andere kant uit de verplichting van de erfpachter toestemming aan de erfverpachter te vragen om bepaalde (rechts)handelingen te kunnen verrichten. De bevoegdheid en de verplichting zijn complementair en volgen ten aanzien van bestemmingswijziging uit de wet en ten aanzien van andere (rechts) handelingen uit de vestigingsakte en/of de algemene erfpachtvoorwaarden. De wet schrijft voor overdracht en splitsing voor dat toestemming in de vestigingsakte moet zijn bedongen, daaronder wordt een toestemming bedongen in ingeschreven algemene erfpachtvoorwaarden begrepen. De erfverpachter heeft in beginsel een ruime vrijheid om de toestemming te verlenen of te weigeren. Een toestemmingsvereiste dat is opgenomen in de vestigingsakte en voldoende verband houdt met het gebruiksrecht heeft zakelijke werking en geldt ook voor rechtsopvolgers.

De inventarisatie van actuele rechtspraak over toestemming maakte onderscheid in de wettelijke vormen van toestemming (i) voor splitsing van een erfpachtrecht in meerdere rechten (ii) voor splitsing van een erfpachtrecht in appartementsrechten (iii) voor overdracht van een erfpachtrecht en (iv) voor het wijzigen van de bestemming of het gebruik van de onroerende zaak. Daarnaast kunnen in de erfpachtvoorwaarden nog andere vormen van toestemming zijn opgenomen. De titels 5.7 en 5.9 BW bevatten voor elk van deze vormen bepaalde regels, terwijl op toestemmingsbedingen die zijn opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden afd. 6.5.3 BW van toepassing is. Die regels zijn voor iedere vorm in de jurisprudentie aangevuld met algemene en soms met specifieke bepalingen voor wanneer het weigeren van toestemming of het verbinden van voorwaarden daaraan redelijk is.

De bescherming van de erfpachter is het grootst bij toepassing van de algemene voorwaardenregeling, op grond waarvan bedingen op hun inhoud worden getoetst en wegens onredelijke bezwarendheid voor de erfpachter kunnen worden vernietigd, maar treft niet het toestemmingsvereiste op zich omdat dat als wettelijke regeling buiten de algemene voorwaardentoets valt. Een onredelijke weigering van toestemming kan worden vervangen door de machtiging van de kantonrechter waarmee de erfpachter de (rechts)handeling alsnog kan verrichten, het toestemmingsbeding blijft dan als gevolg van de uitoefeningstoetsing buiten beschouwing. Niet ondenkbaar is dat de kantonrechter het toestemmingsbeding uit algemene erfpachtvoorwaarden vernietigt omdat het onredelijk bezwarend is voor de erfpachter, maar primair wordt een uitoefeningstoets uitgevoerd. Uit het jurisprudentieonderzoek van dit hoofdstuk naar het redelijkheidsoordeel van de kantonrechter over toestemming bleek dat de erfverpachter bij zijn beslissing de toestemming te weigeren of daaraan voorwaarden te verbinden de belangen van de erfpachter aantoonbaar dient mee te wegen. Voor de toepassing van het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen gelden in ieder geval de volgende drie criteria. Het weigeren van toestemming voor splitsing, overdracht of be-

stemmingswijziging van een erfpachtrecht of het verbinden van voorwaarden aan die toestemming is ten eerste onredelijk indien het gevolg van de weigering of de voorwaarde is dat het erfpachtrecht onoverdraagbaar wordt, wat in strijd is met het goederenrechtelijk karakter van het erfpachtrecht. Het weigeren van toestemming is ten tweede onredelijk indien de erfverpachter daarbij handelt in strijd met de bedoeling van de wetgever en voorwaarden stelt die geen verband houden met het afgesproken gebruik van de onroerende zaak. Ten derde kan sprake zijn van onredelijkheid indien de erfverpachter of de erfpachter in strijd met andere bepalingen uit de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden handelt. De bedoeling van de contracterende partijen met een bepaald toestemmingsbeding wordt uitgelegd naar objectieve maatstaven aan de hand van de tekst van het beding in het licht van de overige inhoud van de akte.

De rechter voert een volle redelijkheidstoetsing uit van een weigering toestemming te verlenen of van een aan toestemming verbonden voorwaarde en die toetsing geschiedt aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Toestemming voor bestemmingswijziging ex art. 5:89 lid 2 BW wordt getoetst naar analogie van de redelijkheidstoetsing van art. 5:91 lid 4 BW. Het verrichten van een rechtshandeling zonder de vereiste toestemming kan grond vormen voor opzegging van het erfpachtrecht op de grond van art. 5:87 lid 2 BW en ook die opzegging wordt getoetst aan de hand van de omstandigheden van het geval en met meewegen van de betrokken belangen. De inhoud van de redelijkheidstoetsing is in de jurisprudentie tot stand gekomen en vertoont kenmerken van een toets aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW, eventueel in de vorm van misbruik van bevoegdheid. Dat betekent dat goederenrechtelijke verplichtingen mede worden beoordeeld aan de hand van de verbintenisrechtelijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid. In het geval dat overheidsorganisaties optreden als erfverpachter worden deze maatstaven op grond van art. 3:14 BW aangevuld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De in de recente jurisprudentie ontwikkelde regels op het gebied van toestemming betreffen de volle toetsing door de rechter van de redelijkheid van de voorwaarde verbonden aan toestemming en/of het weigeren van toestemming en het verlenen van een machtiging tot overdracht onder voorwaarden. Indien het toestemmingsbeding is opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden komt de toetsing aan afd. 6.5.3 BW in beeld, ambtshalve richtlijnconform uitgelegd in het geval van consumentenovereenkomsten. De vraag kan gesteld worden of het redelijk is dat aan het verschil in vindplaats en daarmee aan de mate waarin de erfpachter met de voorwaarde bekend wordt verondersteld, een dergelijk verschil in toetsing, en daarmee aan bescherming van de erfpachter tegen onredelijke voorwaarden, wordt verbonden.

Bij de onderzochte uitspraken in hoofdstuk 4 ging het zelden om een expliciet in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden opgenomen voorwaarde voor toestemming, maar stond de vraag centraal of de erfverpachter op een redelijke wijze gebruikmaakte van zijn toestemmingsbevoegdheid. Overheidsinstanties als erfverpachter deden daarbij vaker, maar niet altijd terecht, een beroep op de algemene erfpachtvoorwaarden dan particuliere erfverpachters. Slechts in één geval stond de voorwaarde voor toestemming expliciet in de algemene erfpacht-

voorwaarden en werd deze bepaling vernietigd op grond van een richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 sub a BW.[4] In beginsel worden toestemmingsvoorwaarden die niet berusten op de algemene erfpachtvoorwaarden getoetst aan art. 5:91 lid 4 BW of aan art. 6:248 lid 2 BW. Het belangrijkste verschil tussen inhoudstoetsing aan afd. 6.5.3 BW en uitoefeningstoetsing betreft het rechtsgevolg, de voorwaarde kan in het eerste geval worden vernietigd en in het tweede geval alleen in dat geval buiten toepassing worden gelaten.

7.2.4 Bevindingen hoofdstuk 5 Canonherziening

De canon kan beschouwd worden als de prijs die de erfpachter voor het gebruiksrecht betaalt aan de erfverpachter. Vanaf het midden van de twintigste eeuw zijn erfverpachters op grote schaal overgestapt van een vaste op een variabele canon. Met name gemeenten als erfverpachter gingen gedurende de looptijd van het recht de canon periodiek opnieuw berekenen om aan een van de doelstellingen van stedelijke erfpacht te voldoen, het tussentijds incasseren van de waardevermeerdering van de grond.[5] De wetgever heeft bewust aan de partijautonomie overgelaten of de canon gedurende de looptijd van het recht op enig moment opnieuw zal worden vastgesteld en op welke wijze de canon bij deze herziening zal worden berekend. Wegens het gebrek aan een vaste en algemeen erkende norm voor het bepalen van een redelijke erfpachtcanon leidt uitoefening van de bevoegdheid tot canonherziening van de erfverpachter veelvuldig tot geschillen. Omdat de canon wettelijk geregeld is voldoet de herziening van de canon aan het voldoende verband vereiste en heeft een canonherzieningsbeding zakelijke werking. Een herziening van de canon vormt een wijziging van de inhoud van de rechtsverhouding die moet plaatsvinden bij notariële akte die wordt ingeschreven in de openbare registers. Canonherzieningsbedingen zijn meestal opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden en kunnen dan worden getoetst aan afd. 6.5.3 BW, bij consumentenverhoudingen ambtshalve richtlijnconform uitgelegd.

In de inventarisatie van actuele rechtspraak zijn verschillende vormen van canonherziening onderscheiden. De twee uitersten worden gevormd door een herziening zonder enige voorafgaande afspraak en de herziening die naar procedure en inhoud conform een gedetailleerde voorafgaande afspraak wordt toegepast. Uit de jurisprudentie blijkt dat een canonherziening zonder grondslag in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onredelijk bezwarend is voor de erfpachter. De uitoefening van een bedongen bevoegdheid tot canonherziening wordt eveneens getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW, ook indien in de erfpachtvoorwaarden duidelijke bepalingen over canonherziening zijn opgenomen, met concrete voorschriften over de berekeningen en de te hanteren maatstaven daarvoor. Indien een canonherziening conform de afspraken is uitgevoerd, de belangen van de erfpachter aantoonbaar

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*).

5 Een belangrijk motief voor de invoering van een erfpachtstelsel was dat de waardestijging van de grond aan de gemeenschap ten goede zou komen en de inkomsten werden ook gebruikt ten behoeve herstructureringsprojecten, zie voor Amsterdam bijvoorbeeld Jesterhoudt 2012, p. 118-121. Met de invoering van eeuwigdurende erfpacht is deze doelstelling ook in Amsterdam verlaten.

zijn meegewogen en er zich geen onvoorziene omstandigheden voordoen, dient de herziene canon door de erfpachter te worden betaald.

Bij alle varianten kan een tussentijdse canonherziening geschieden in de vorm van indexering. Dit wordt beschouwd als een aanvaardbare en voorzienbare vorm van canonaanpassing, mits geen sprake is van dubbele inflatievergoeding en een algemeen aanvaarde index wordt toegepast. Bij tijdelijke rechten kan de canon tussentijds worden herzien en bij verlenging van het recht aan het einde van de looptijd. Bij verlenging van een tijdelijk recht dient de erfverpachter op grond van de bestaande rechtsverhouding rekening te houden met de belangen van de zittende erfpachter. Bij rechten voor onbepaalde duur met afzonderlijke canontijdvakken, voortdurende erfpacht genoemd, wordt de canon aan het einde van een tijdvak herzien. Vanaf het ontstaan van stedelijke erfpacht werd voorzien dat bij de aanvang van een nieuw tijdvak van voortdurende rechten erfpachters bezwaren zouden hebben tegen canonstijging. Deze herzieningen van de canon werden veelal door deskundigen bij bindend advies vastgesteld en dan door de rechter marginaal getoetst indien het advies een leemte in de rechtsverhouding invulde. Indien het bindend advies beschouwd moet worden als geschilbeslechting vindt een volle toetsing plaats aan de hand van de belangen van partijen en alle omstandigheden van het geval. Een recente ontwikkeling bij stedelijke erfpacht is de omzetting van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht zonder canonherziening. Op termijn worden de problemen die bij canonherziening ontstaan daarmee opgelost, maar de overgangsregelingen, waarbij de canon eenmalig 'voor eeuwig' wordt afgekocht, zorgen nog voor veel hoofdbrekens. Voor bedrijfsmatige erfpachtrechten geldt de omzetting naar eeuwigdurende erfpacht niet en blijven de problemen met canonherziening onveranderd bestaan.

Voor particuliere erfpacht hebben de hypotheekbanken bij wijze van zelfregulering een bancaire richtlijn ontwikkeld, aan de hand waarvan de risico's bij de financiering van erfpachtrechten beoordeeld kunnen worden. Daarbij wordt met name gelet op erfpachtvoorwaarden omtrent canonherziening omdat deze op de lange duur van invloed zijn op de woonlasten en onvoorzienbare wijzigingen van het recht die tot canonverhoging kunnen leiden zijn voor financiers onaanvaardbaar. Een erfpachtrecht dat niet voldoet aan deze richtlijn is minder goed overdraagbaar en het beding dat daar de oorzaak van is, is alleen al daarom onredelijk bezwarend voor de erfpachter en vernietigbaar. Bij de beoordeling van canonherzieningsbedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden aan de hand van Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten vormt het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen die voor partijen uit het erfpachtrecht voortvloeien een nieuw criterium, waaraan de erfpachter van een recht met een woonbestemming verhoogde bescherming aan kan ontlenen.

Het jurisprudentieonderzoek naar canonherzieningsbepalingen en hun relationele werking heeft de goederenrechtelijke regel bevestigd dat de bevoegdheid tot canonherziening bij aanvang van het recht in de vestigingsakte en/of in de algemene erfpachtvoorwaarden moet zijn bedongen om zakelijke werking te hebben. Alleen dan kan daaruit voor de erfpachter de verbintenis tot betaling van de herziene canon voortvloeien. Een canonherzieningsbepaling kan niet duidelijk ge-

noeg geformuleerd zijn, vanwege het tijdsverloop tussen vestiging en toepassing van het canonherzieningsbeding moeten deze bedingen vaak worden uitgelegd. Voor uitleg van notariële akten gelden objectieve maatstaven. Geschillen betreffen soms de bevoegdheid van de erfverpachter tot canonherziening, maar meestal gaan geschillen over de wijze waarop de erfverpachter zijn bevoegdheid tot canonherziening heeft uitgeoefend. Die uitoefening kan betrekking hebben op de afgesproken procedure of op de afgesproken wijze waarop de herziening van de canon zal worden berekend. Bij de toetsing van uitoefeningsgeschillen is een ontwikkeling te zien. Waar eerder strikt werd beoordeeld of de erfverpachter de afspraken over canonherziening was nagekomen, worden tegenwoordig steeds vaker de omstandigheden van het geval mede in aanmerking genomen, wordt veelvuldig een beroep gedaan op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, bij gemeentelijke erfverpachters versterkt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De bronnen voor deze toetsing komen daarmee niet meer uitsluitend uit het goederenrecht, maar deels uit het algemeen verbintenissenrecht van Boek 6 BW en uit het bestuursrecht. Die uitvoeriger toets doet meer recht aan de belangen van de erfpachters, maar de verwachtingen moeten ook weer niet te hoog gesteld worden. Erfpachters zijn bij vestiging vaak akkoord gegaan met canonherzieningsbedingen waarvan zij de gevolgen niet konden overzien, waarvan de bewoordingen bij toepassing moeten worden uitgelegd om de partijbedoeling te achterhalen, die mogelijk niet meer passen bij de eisen van de tijd omdat bijvoorbeeld de rentestand sterk gewijzigd is of een bepaalde index is vervangen, maar die desalniettemin een geldige grondslag voor herziening vormen en door de erfverpachter met recht kunnen worden toegepast. De vraag wat een objectief redelijke herziening zou zijn kan nog niet worden beantwoord. In het algemeen is ook de rechter niet in staat de hoogte van een herziene canon vast te stellen en worden daartoe onafhankelijke deskundigen benoemd. Twee variabelen maken dat er nog geen algemene uitspraken over canonherziening mogelijk zijn: de vele verschillende canonherzieningsbedingen uit erfpachtvoorwaarden en de verschillende inzichten onder deskundigen over wat onder een redelijke canon moet worden verstaan.

Bij de beoordeling of een canonherziening redelijk is gaat het niet om de verhoging van de canon op zich, een canonexplosie hoeft naar omstandigheden niet onredelijk te zijn, maar om de wijze waarop de bevoegdheid tot canonherziening is uitgeoefend door de erfverpachter of door de ingeschakelde deskundigen. Criteria die een rol spelen bij de beoordeling van canonherziening zijn de grondslag in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden van de bevoegdheid van de erfverpachter om eenzijdig de canon te herzien, de voorzienbaarheid van de herziening in de zin dat een frequentie voor periodieke canonherziening is gegeven en/of duidelijk is omschreven bij welke gelegenheden de canon kan worden herzien, de bepaalbaarheid van de herziening in de zin dat de hoogte na herziening berust op een objectieve grondslag, onafhankelijk van de erfverpachter. Ten slotte dient de erfverpachter een redelijk gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot herziening en dient de herziening zelf ook redelijk te zijn. Omdat in de praktijk een veelheid aan wijzigingsbedingen voorkomt en er geen consensus bestaat over de juiste waarderingsmethodes voor grond, canon en erfpachtrecht, zijn zowel de canonherziening zelf als de toetsing ervan geen eenvoudige

zaak. Beoordeeld dient te worden of het resultaat getuigt van een evenwichtige belangenafweging, of de erfverpachter aan zijn zorgplicht ten opzichte van de erfpachter die in een gebonden positie verkeert heeft voldaan, of het resultaat niet nadelig is voor de erfpachter en of de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht geen geweld wordt aangedaan. Als gevolg van de door middel van zelfregulering tot stand gekomen bancaire richtlijn worden particuliere erfverpachters hierbij strenger beoordeeld dan overheden als erfverpachter.

7.2.5 Bevindingen hoofdstuk 6 Beëindiging van erfpachtrechten

Aan de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter kan op verschillende manieren een einde komen en deze vormen van beëindiging worden in hoofdlijnen door het goederenrecht geregeld terwijl partijen in de vestigingsakte op onderdelen afwijkende of aanvullende afspraken kunnen maken ten aanzien van de duur van het recht en de wijze van beëindiging. De rechtsverhouding blijft bestaan zolang dat voor de afwikkeling ervan nodig is. In dit hoofdstuk stond de vraag centraal of erfverpachter en erfpachter onderling en de rechter bij de beëindiging van een erfpachtrecht rekening moesten houden met de gerechtvaardigde belangen van beide partijen, zoals volgt uit de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Na afloop van de afgesproken duur van het recht eindigt het recht op dat moment indien de erfverpachter expliciet en meestal voorafgaand aan het beëindigingsmoment had doen blijken het recht als geëindigd te beschouwen. Typerend voor erfpacht is de lange duur waarvoor gebruiksrechten worden gevestigd zodat bij beëindiging meestal niet dezelfde personen betrokken zijn als bij aanvang. Naar verwachting gingen geschillen vaak over de juiste uitoefening van een bevoegdheid tot beëindiging van het recht en stond de goederenrechtelijke dimensie van het recht meer op de voorgrond dan bij toestemming of canonherziening. Bij de toetsing of een erfpachtrecht terecht is beëindigd en of daarbij op correcte wijze al dan niet een vergoeding is betaald gelden primair de vereisten uit de wet en de afspraken uit de vestigingsakte en de algemene erfpachtvoorwaarden. Maar daarnaast wordt in vele gevallen door de rechter beoordeeld of die uitkomst in de omstandigheden van het geval en gezien de belangen van beide partijen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar is. Indien de erfverpachter een overheidsorganisatie is wordt het handelen daarvan tevens getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Op de precontractuele onderhandelingen over verlenging van een tijdelijk recht nadat de duur is verstreken is het verbintenissenrecht mede van toepassing naast de rechten die volgen uit het doorlopen van het erfpachtrecht tijdens die onderhandelingen op grond van art. 5:98 BW. Bij de beoordeling van een voorstel tot verlenging staat veelal de verhoogde canon centraal.

Of een erfpachter bevoegd is zijn recht op te zeggen wordt bepaald door wat daarover in de vestigingsakte of de algemene erfpachtvoorwaarden is opgenomen. Onder omstandigheden kan een opzegverbod voor de erfpachter echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Beperkte rechten dienen overdraagbaar te zijn en het beginsel dat een gerechtigde afstand van zijn recht moet kunnen doen ligt mede ten grondslag aan art. 5:97 BW dat opheffing van een recht door de rechter mogelijk maakt indien voortzetting naar maatsta-

ven van redelijkheid en billijkheid niet van partijen gevergd kan worden. Opzegging van het recht door de erfverpachter komt vaker voor dan opheffing door de rechter. De opzegging wegens wanbetaling van de canon geldt op grond van art. 5:87 lid 2 BW en wordt beoordeeld naar het moment van opzeggen, een latere betaling tast de bevoegdheid tot opzeggen niet aan. De opzegging wegens ernstig tekortschieten door de erfpachter in de nakoming van zijn overige verplichtingen wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. De jurisprudentie bevestigt het eerdere criterium dat de schending van een essentiële verplichting voor de erfpachter, zoals het gebruik conform de afgesproken bestemming van de onroerende zaak, eerder leidt tot ernstig tekortschieten dan schending van een ondergeschikte verplichting. Net als in het huurrecht vormt het aantreffen van illegale hennepteelt een ernstig tekortschieten dat opzegging rechtvaardigt. Schending van de zelfbewoningsplicht bij erfpachtrechten onder een MGE-regime vormt een ernstig tekortschieten omdat daarmee de doelstelling van de uitgifte wordt doorkruist. Bij schending van de wettelijke onderhoudsverplichting hangt het ervan af hoe ernstig de achterstand is en of de erfpachter de verplichting naar verwachting in de toekomst wel zal nakomen. Overheidsorganisaties kunnen een erfpachtrecht opzeggen in het algemeen belang indien die opzeggingsgrond in de vestigingsakte is opgenomen en zij maken daarvan regelmatig gebruik bij de herontwikkeling van gebieden.

Een erfpachtrecht gaat teniet door vermenging. De aankoop van de blote eigendom door de erfpachter kan een oplossing vormen voor conflicten tussen erfpachter en erfverpachter, maar strandt nogal eens op de koopprijs en het gebrek aan consensus over de waarde van bloot eigendom en hoe die waarde moet worden vastgesteld. Geschillen worden beoordeeld naar alle omstandigheden van het geval, maar welke factoren de doorslag moeten geven is in de rechtsontwikkeling nog onbeslist. Er wordt wel een onafhankelijke en fictieve derde geïntroduceerd om de redelijkheid van een koopaanbod naar objectieve maatstaven te kunnen beoordelen. De concrete omstandigheden worden dan vergeleken met de maatstaf. Bij het vaststellen van de vergoeding bij het einde van het recht bieden art. 5:99 en 5:87 lid 2 BW niet meer dan de grondslag, hoe de vergoeding bepaald moet worden werd overgelaten aan de rechtspraak. Het uitgangspunt wordt gevormd door de marktwaarde van de opstallen of het erfpachtrecht op het moment dat het recht eindigt en doorgaans worden deskundigen ingeschakeld om de hoogte van de vergoeding te berekenen. Bij de beoordeling van geschillen over de vergoeding kunnen de omstandigheden van het geval een rol spelen. In het algemeen blijkt dat waar de wettelijke regeling ruimte laat voor contractvrijheid het mogelijk is een voorgenomen beëindiging te beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het geval. Waar de wettelijke regeling een handelwijze dwingend voorschrijft ontbreekt die mogelijkheid en kan alleen in uitzonderlijke omstandigheden rekening worden gehouden met ontwikkelingen die zich tijdens een langdurig erfpachtrecht hebben voorgedaan en met de ongelijke posities van partijen. Een koopaanbod is meestal een puur obligatoire aangelegenheid. Alleen bij MGE-rechten is in de erfpachtvoorwaarden een gedetailleerde regeling neergelegd voor de terugkoop en de daarbij behorende afrekening.

7.3 Redelijkheid en billijkheid in erfpachtverhoudingen

Dit onderzoek bevestigt dat de eisen en maatstaven van redelijkheid en billijkheid de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter mede beheersen en preciseert in welke mate dat het geval kan zijn. Bij de vestiging van bevoegdheden en verplichtingen als inhoud van een erfpachtrecht overheerst de goederenrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding, terwijl bij de uitoefening van die bevoegdheden en verplichtingen de verbintenisrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding op de voorgrond staat. Waar bij vestiging in abstracte bewoordingen aan partijen bevoegdheden met betrekking tot het gebruik van de onroerende zaak worden toegekend of verplichtingen worden opgelegd, in de vorm van geboden en verboden en meer of minder gedetailleerde afspraken over de inhoud van het erfpachtrecht, volgen in de loop van de tijd uit die abstracte bevoegdheden en verplichtingen concrete verbintenissen van betrokkenen jegens elkaar. Je zou kunnen zeggen dat de goederenrechtelijke dimensie de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter in uitsluitend die hoedanigheid omvat, terwijl de verbintenisrechtelijke dimensie zich afspeelt tussen concrete personen die op enig moment in die hoedanigheden optreden en op wie een concrete verbintenis rust die volgt uit het erfpachtrecht. En uit die verbintenissen die zich gedurende de looptijd van het recht manifesteren aan de hand van gebeurtenissen die zich concreet voordoen, kunnen conflicten volgen, bijvoorbeeld omdat de inhoud van een specifieke verbintenis onduidelijk geformuleerd is en uitleg behoeft. Of omdat de erfpachter het niet eens is met de vijfjaarlijkse canonverhoging die de erfverpachter in strijd met de vestigingsakte voorstelt. De bevoegdheid van de erfverpachter tot canonverhoging volgt uit het erfpachtrecht, terwijl de verplichting die verhoogde canon te betalen een verbintenis voor de erfpachter is. De onderhoudsplicht voor de erfpachter op grond van art. 5:96 BW kan bijvoorbeeld in de vestigingsakte worden gespecificeerd tot een aantoonbare jaarlijkse inspectie en onderhoudsplicht van een tot het in erfpacht uitgegeven perceel behorend bosgebied, eventueel op straffe van een boete. Uit die verplichting volgt voor de erfpachter de jaarlijks terugkerende verbintenis die inspectie en dat bosonderhoud uit te voeren en daarover aan de erfverpachter te rapporteren. Ook zonder de verplichte rapportage aan de erfverpachter kan op de erfpachter de genoemde jaarlijkse onderhoudsverplichting rusten en blijkt het verbintenisrechtelijke karakter uit het feit dat alleen de erfverpachter kan ageren bij niet nakomen.

De betrokken personen dienen bij de uitoefening van hun kwalitatieve bevoegdheden en verplichtingen uit het beperkt recht van erfpacht, dus bij de nakoming van op hen rustende en uit het recht voortvloeiende verbintenissen, rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Geschillen over de uitoefening van erfpachtrechten worden in meer of mindere mate mede getoetst aan de omstandigheden van het geval, afhankelijk van de dimensie van de rechtsverhouding die overheerst. Een vreemde eend in deze systematiek vormt de inhoudstoetsing van bedingen uit algemene erfpachtvoorwaarden volgens de algemene voorwaardenregeling uit Boek 6 BW, die een bijzondere uitwerking van de maat-

staven van redelijkheid en billijkheid vormt.[6] Omdat canonherzieningsbedingen vrijwel altijd zijn opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden zijn deze regelmatig voorwerp van toetsing aan de algemene voorwaardenregeling. Bij de uitoefening van het toestemmingsvereiste wordt op grond van art. 5:91 lid 4 BW een redelijkheidstoetsing uitgevoerd, eventueel versterkt door een richtlijnconforme interpretatie. Op canonherzieningsbedingen en afspraken ten aanzien van de beëindiging van het recht opgenomen in de vestigingsakte zijn de verbintenisrechtelijke leerstukken uitleg en de aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid eveneens van toepassing. Dat is in sterke mate het geval bij bedingen die door de wetgever aan de contractvrijheid en de partijautonomie zijn overgelaten, zoals canonherzieningsbedingen, en in mindere mate bij bedingen waarvoor een eventueel dwingende wettelijke regeling geldt, zoals de bepalingen over opzegging en de vergoedingen na het einde van het recht. Hieronder bespreek ik de toegenomen werking van de redelijkheid en billijkheid uit mijn bevindingen in relatie tot die van twee eerdere onderzoeken naar respectievelijk het goederenrechtelijk stelsel van beperkte rechten en de vraag welke beperkingen dat stelsel stelt aan de partijvrijheid ten aanzien van de inhoud van erfpachtrechten.

7.3.1 Bevindingen in het licht van Struycken 2007

Struycken constateerde dat de redelijkheid en billijkheid, inclusief de toepassing ervan in de leerstukken imprévision en misbruik van recht, in de relationele benadering van goederenrechtelijke verhoudingen werden beschouwd als correctie-instrumenten.[7] Het vermogensrecht bood zo'n tien jaar geleden al meer ruimte dan eerder voor toetsing van de wijze waarop een bevoegdheid met betrekking tot een goed werd uitgeoefend.[8] Uit mijn onderzoek blijkt dat de relativerende tendens in oordelen over de uitoefening van bevoegdheden verbonden aan beperkte rechten een stevige positie heeft verkregen. Dit blijkt uit het feit dat in het overgrote deel van de besproken jurisprudentie de uitoefening van bevoegdheden en verplichtingen mede werd getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Struycken zag als een van de gevolgen van deze tendensen voor het gesloten stelsel van beperkte rechten, de *numerus clausus*, dat de nadruk verschoof van de vestiging van het recht naar de uitvoering. In die situatie konden de genoemde instrumenten een nuttige functie vervullen door na verloop van tijd verplichtingen uit goederenrechtelijke rechten te corrigeren die een disproportionele last waren geworden en die de overdraagbaarheid van het recht ernstig beperkten. Een ander gevolg was dat de toepassing van deze instrumenten had geleid tot een

6 Schelhaas 2017, p. 111-115.

7 Struycken 2007, p. 742-743. De relationele of relativerende benadering biedt ruimte voor, p. 743: 'invulling en afbakening van de bevoegdheden van de goederenrechtelijk gerechtigde op een wijze die meer gesubjectiveerd is en toegesneden op concrete gevallen, meer afhankelijk van de omstandigheden van het geval op het moment en vooral meer bepaald door de verhouding tot de 'wederpartij' die betrokken is geraakt bij het goed van de gerechtigde.' Aan de opvattingen van Struycken is ook aandacht besteed in par. 2.3.9.

8 Struycken 2007, p. 745: "De redelijkheid en billijkheid en het daarmee verwante leerstuk misbruik van bevoegdheid creëren ook in het goederenrecht gedragsnormen die worden ingevuld op basis van de verhouding tot een ander in de omstandigheden van een concreet geval." Ook de rechter kan van dit instrument gebruik maken, p. 745: 'bij de afbakening van de onderlinge verhouding tussen goederenrechtelijk gerechtigden.'

verruiming van het stelsel van goederenrechtelijke rechten door bijvoorbeeld verplichtingen tot een doen tot onderdeel van een beperkt recht te maken. Deze ontwikkeling zou ten koste kunnen gaan van de voorspelbaarheid van het zakelijk recht en daarmee afbreuk kunnen doen aan de rechtszekerheid die de *numerus clausus* beoogde te bieden.[9] Derden dienden steeds ervan op aan te kunnen dat het recht werd uitgeoefend zoals het was ingeschreven in de openbare registers en dat daaraan bij toetsing door de rechter ook strikt de hand zou worden gehouden. Indien de toepassing van redelijkheid en billijkheid ertoe leidt dat de evenredigheid van de wederzijds betrokken belangen prevaleert boven de gemaakte afspraken uit de vestigingsakte, zal dat ten koste gaan van de rechtszekerheid en wordt afbreuk gedaan aan de goederenrechtelijke aard van beperkte rechten, aldus Struycken.[10]

De verwachting dat de instrumenten redelijkheid en billijkheid en misbruik van bevoegdheid in de rechtspraak over goederenrechtelijke verhoudingen een grotere rol zouden gaan spelen heeft zich verwezenlijkt. De toepassing van de redelijkheid en billijkheid concentreert zich bij erfpachtverhoudingen op de fase van de uitoefening van bevoegdheden en verplichtingen uit een zakelijk recht en kan tot gevolg hebben dat een bevoegdheid in de omstandigheden van het geval niet kan worden uitgeoefend of een verplichting niet behoeft te worden uitgevoerd. Bij dit eerste door Struycken voorziene gevolg staat de correctiefunctie van de redelijkheid en billijkheid voorop en worden de belangen van derden meegewogen als onderdeel van de omstandigheden waarin de uitoefening van de bevoegdheid aan de orde is. Daarmee is de rechtszekerheid gewaarborgd en vormt de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid geen bedreiging voor het gesloten stelsel van beperkte rechten.

De toepassing van de algemene voorwaardenregeling kan mogelijk ten koste gaan van de voorspelbaarheid van het zakelijk recht en afbreuk doen aan de rechtszekerheid. Onredelijke erfpachtvoorwaarden opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden kunnen worden vernietigd of buiten beschouwing gelaten, met name indien deze bedingen een belemmering vormen voor de overdraagbaarheid van het recht. De toetsing aan een richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 sub a BW heeft geen betrekking op kernbedingen, mits duidelijk geformuleerd, zodat over de kern van het erfpachtrecht uit de openbare registers zekerheid bestaat. De onroerende zaak waarop het recht is gevestigd, de duur en de aanvangscanon staan vast, maar dat laat onverlet dat een groot aantal bepalingen die betrekking hebben op modificatie van bijvoorbeeld de canon, doorgaans zijn opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden en dat derden die onbekend zijn met de toetsingsmaatstaven van het Hof van Justitie van de Europese Unie niet altijd op voorhand kunnen bepalen of een beding geldig kan worden toegepast. De ratio van bescherming tegen bedingen waarover tussen partijen niet is onderhan-

9 Struycken 2007, p. 750-751. De tendens die Struycken signaleert betreft de ontwikkeling naar generieke, alomvattende zekerheidsrechten, wat hij een bedreiging acht voor de rechtszekerheid waaraan het handelsverkeer behoefte heeft. Ten aanzien van beperkte rechten van erfpacht en opstal lijkt een vergelijkbare ontwikkeling zich niet voor te doen, partijen hebben een grote vrijheid ten aanzien van de inhoud van het recht en niet gebleken is dat de beperking dat verplichtingen tot een doen in verband moeten staan met wettelijk geregelde onderwerpen heeft geleid tot knelpunten in het maatschappelijk verkeer.

10 Struycken 2007, p. 752.

deld geldt evengoed voor derden zoals rechtsopvolgers en degenen met een beperkt recht op het erfpachtrecht. Uit recente jurisprudentie kan worden afgeleid dat de grens ook hier lijkt te bestaan in de overdraagbaarheid van het erfpachtrecht.

Het tweede door Struycken voorziene gevolg heeft zich naar mijn mening, naast de zojuist besproken toepassing van de algemene voorwaardenregeling, niet voorgedaan. De goederenrechtelijke imprévision wordt voor erfpachtrechten nog zeer terughoudend toegepast. Een op grond van art. 5:97 BW succesvolle wijziging of beëindiging van erfpachtrechten heeft zich nog niet voorgedaan zodat het door de wetgever beoogde vangnet voor de erfpachter niet de enige mogelijkheid vormt ingeval de erfpachtvoorwaarden te zwaar gaan drukken. In zekere zin is die functie overgenomen door de algemene voorwaardenregeling. De uitbreiding van de toepassing van de redelijkheid en billijkheid lijken ook niet geleid te hebben tot een overmaat van vrijheid in de fase van vestiging van beperkte rechten. Die vrijheid was immers al door de wetgever beoogd en nader bepaald door het voldoende verband-vereiste. Mijn onderzoek bevestigt dat goederenrechtelijke verplichtingen nog steeds conform afspraak dienen te worden nagekomen tenzij aan de uitoefening van die verplichtingen eisen worden gesteld die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zijn. Onredelijke erfpachtvoorwaarden kunnen bij zwaarwegende belangen gecorrigeerd worden.

7.3.2 Bevindingen in het licht van Vonck 2013

Het onderzoek van Vonck bouwt voort op dat van Struycken en richt zich onder meer op de ruimte die het stelsel van het goederenrecht biedt aan de partijvrijheid om aan een erfpachtrecht de voorwaarden te verbinden die partijen wenselijk achten. De wetgever heeft tamelijk veel ruimte voor de contractvrijheid beoogd. Het staat partijen vrij om voorwaarden, ook financiële voorwaarden, met zakelijke werking af te spreken en de aard van het recht vormt daar nauwelijks een beperking in, alleen de bepalingen van dwingend recht beperken de partijautonomie. Op de rechtsverhouding tussen erfverpachter en erfpachter is naar de mening van Vonck het verbintenissenrecht van toepassing omdat deze goederenrechtelijke rechtsverhouding eigenlijk van obligatoire aard is.[11] Dat blijkt met name uit de kwalitatieve aard van de canonverplichting en andere verplichtingen tot een doen die deel uitmaken van de goederenrechtelijke verhouding zoals onderhoudsplichten en bouwplichten.[12] Vonck onderschrijft daarmee de opvatting dat er sprake is van een obligatoire rechtsverhouding versterkt door een goederenrechtelijk verband wat met name blijkt in faillissement.

De partijvrijheid om de inhoud van het recht naar eigen inzicht te bepalen wordt door het goederenrechtelijk stelsel beperkt voor zover het de zakelijke werking van erfpachtvoorwaarden betreft. Om zakelijke werking te hebben dienen erf-

11 Vonck 2013, p. 147. De opvattingen van Vonck zijn ook besproken in par. 2.3.9.

12 Vonck 2013, p. 150-151. Het obligatoire karakter van de canonverplichting volgt uit de systematiek van titel 5.7 BW en dan 'ligt het in de rede om andere verplichtingen in de relatie tussen de erfpachter en de grondeigenaar eveneens als kwalitatieve verbintenissen aan te merken', p. 151.

pachtvoorwaarden die niet volgen uit de wet te voldoen aan het voldoende verband-vereiste, een nadere regeling te zijn van in de wet toegelaten voorwaarden en de machtsverhouding tot de onroerende zaak te betreffen.[13] Verplichtingen tot een doen die een aanvulling vormen op wettelijk geregelde voorwaarden vormen geen bedreiging voor het gesloten stelsel van goederenrechtelijke rechten, aldus Vonck in antwoord op de bedenkingen van Struycken. Voorbeelden vormen verplichtingen tot onderhoud van de onroerende zaak op grond van art. 5:96 BW, voorwaarden die aan toestemming kunnen worden verbonden op grond van art. 5:91 BW en nadere regelingen van de bestemming en het gebruik van de onroerende zaak op grond van art. 5:89 BW. Onder deze laatste vallen bijvoorbeeld verplichtingen om op de grond een gebouw te stichten.

Uit mijn onderzoek blijkt niet dat bij de toetsing van erfpachtvoorwaarden het voldoende verband-vereiste stringent wordt toegepast. Er wordt niet zozeer onderscheid gemaakt naar bedingen met en zonder zakelijke werking, maar er wordt in de rechtspraak veeleer beoordeeld of een bepaalde voorwaarde uit de ingeschreven erfpachtvoorwaarden kenbaar is en als dat het geval is dient daar ook de hand aan te worden gehouden. Anderzijds zijn maar weinig voorbeelden gepasseerd van bedingen die geen betrekking hebben op de machtsverhouding tot de onroerende zaak en ook de vraag of verplichtingen tot een doen met zakelijke werking deel uit kunnen maken van de inhoud van een erfpachtrecht komt in de rechtspraak vrijwel niet aan de orde. Mijn onderzoek richt zich meer op de toetsing van erfpachtvoorwaarden en daarbij komt het evenwicht tussen bevoegdheden en verplichtingen van partijen uit het recht ter sprake als het gaat om de vraag of op een bepaald beding een beroep mag worden gedaan. Zodra bedingen deel uitmaken van algemene erfpachtvoorwaarden kan daarop een toetsing aan art. 6:233 sub a BW worden uitgevoerd, bij consumentenverhoudingen versterkt met een interpretatie conform Richtlijn 93/13/EEG. Bij deze toets is niet relevant of de betreffende bepaling zakelijke werking heeft, al dient dat voor de toepasselijkheid van het beding wel eerst te worden vastgesteld. Indien een erfpachtvoorwaarde tot gevolg heeft dat het recht onoverdraagbaar wordt vormt dat aanleiding deze voorwaarde buiten toepassing te laten.

De door mij geconstateerde toegenomen werking van de redelijkheid en billijkheid bij de toetsing van onredelijke erfpachtvoorwaarden weerspreekt enerzijds de verwachting van Struycken dat dit zou leiden tot afbreuk aan de rechtszekerheid en bevestigt anderzijds de conclusie van Vonck over de ruime partijvrijheid om met zakelijke werking de inhoud van het recht grotendeels naar eigen inzicht te bepalen.

13 Vonck 2013, p. 158-166, het voldoende verband-vereiste maakt dat verplichtingen (tot een doen) steeds de machtsverhouding met betrekking tot de onroerende zaak moeten betreffen. Bovendien zijn aanvullende bedingen slechts toegelaten wanneer die een beding dat op grond van de wettekst mogelijk is nader regelen, p. 162.

7.4 Waardeverdeling

Erfpachtgeschillen gaan in overwegende mate over waardekwesties. In het geding kan bijvoorbeeld zijn de hoogte van de aanvangscanon, de canon bij herziening of de eeuwigdurende afkoop van de canon en de verhouding van die canon tot het gebruiksrecht. Het gaat in mindere mate om de waarde van de opstallen en het erfpachtrecht bij beëindiging of de waarde van de bloot eigendom bij aankoop daarvan door de erfpachter. Voor het vaststellen van de grondslagen van deze waardes en het uitvoeren van de nodige berekeningen is de expertise van deskundigen nodig.[14] Daarover gaat dit onderzoek niet en ook de rechter schakelt doorgaans een of meer deskundigen in voor deze berekeningen. Toch ontkom ik er niet aan om in de veelheid van argumenten aandacht te besteden aan waardetoedelingsvragen omdat deze de rechtsverhouding direct betreffen. De waardeverdeling betreft ook de vraag aan wie de waardeverandering toekomt die de onroerende zaak ondergaat gedurende de looptijd van het recht en daar zijn in de jurisprudentie verschillende opvattingen over geuit.

Als voorwaarde voor toestemming wordt vaak bedongen dat de gehele of gedeeltelijke waardestijging van de onroerende zaak aan de erfverpachter wordt overgedragen.[15] Zo blijkt uit het jurisprudentieonderzoek dat grote erfverpachters met behulp van het toestemmingsvereiste nieuw erfpachtbeleid wilden toepassen op bestaande rechten, wat onredelijk was indien daarvoor geen grondslag in de erfpachtvoorwaarden bestond. Een tussentijdse voordeeltoerekening aan de erfverpachter zonder expliciete grondslag in de erfpachtvoorwaarden, bij gelegenheid van een niet-voorzienbare gebeurtenis zoals overdracht door de erfpachter aan een rechtsopvolger, en waarbij de waardevermeerdering aantoonbaar door de erfpachter tot stand is gebracht is evident niet redelijk omdat de waarde daarmee voortijdig aan het vermogen van de erfpachter wordt onttrokken. De erfverpachter dient te wachten tot het recht geëindigd is en hij de onroerende zaak in vol eigendom terugkrijgt. De jurisprudentie over de toepassing van nieuwe algemene voorwaarden op bestaande rechten heeft dit uitgangspunt van vermogensrecht, onder meer vastgelegd in art. 5:89 lid 3 BW over het wegneemrecht van de erfpachter, bevestigd. Kennelijk was dat niet vanzelfsprekend. Over het wegneemrecht van de erfpachter is geen jurisprudentie gevonden. Bij splitsing van het recht en bestemmingswijzing van de onroerende zaak kan canonverhoging wegens waardevermeerdering door toedoen van de erfpachter gerechtvaardigd zijn, maar ook in dat geval dient de voorwaarde van canonverhoging expliciet in de vestigingsakte te zijn opgenomen.

Waardevermeerdering kan ook het gevolg zijn van factoren die onafhankelijk van betrokkenen optreden, zoals de stijging van grondprijzen in het algemeen of een gunstige ligging van het perceel ten opzichte van nieuw aangelegde infrastructuur of andere voorzieningen. Daarmee stijgt ook de marktwaarde van een gebruiksrecht op die grond en brengt het marktmechanisme mee dat die waarde-

14 Een voorbeeld van een onderzoek met een economische invalshoek is Nelisse 2008.
15 Zie par. 4.8.2 over de waardestijging van de onroerende zaak in het kader van oordelen over het toestemmingsvereiste.

stijging tot gevolg heeft dat een opvolgend erfpachter een hogere prijs voor het gebruiksrecht dient te betalen. Indien de erfverpachter een deel van die waardevermeerdering via een hogere canon aan zich wil trekken zonder dat deze handelwijze uit de vestigingsakte kenbaar is, wordt het marktmechanisme verstoord. Het erfpachtrecht zal in waarde dalen omdat tegenover de gunstige ligging dan hogere canonlasten staan. Is die handelwijze redelijk indien voor die waardetoedeling aan de erfverpachter een expliciete grondslag in de erfpachtvoorwaarden is opgenomen? De rechtspraak laat verschillen zien in de wijze waarop de vraag aan wie de waardevermeerdering van de onroerende zaak toekomt gedurende de looptijd van het gebruiksrecht wordt beantwoord. Aan de ene kant wordt de opvatting geuit dat de waardeverandering van de zaak behoort bij het gebruiksrecht van de erfpachter, terwijl aan de andere kant wordt betoogd dat de waardeverandering van de zaak behoort bij de bloot eigendom van de erfverpachter. De eerste visie lijkt meer aan te sluiten bij art. 5:89 lid 1 BW dat het genot van de erfpachter omschrijft als 'hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar' en de van oudsher gehoorde opvatting dat de bloot eigendom van de erfverpachter bestaat uit zijn recht op betaling van de canon en dat het gebruiksrecht op de zaak voor de duur van het recht is afgestaan aan een ander.[16] De tweede opvatting lijkt uit te gaan van het eigendomsrecht van de erfverpachter, en kent aan dat eigendomsrecht een andere status toe dan aan het gebruiksrecht van de erfpachter.[17] In deze opvatting blijft de waarde van de onroerende zaak verbonden aan de eigendom en heeft het gebruiksrecht een eigen, andere waarde. De vraag of de eigendom van de onroerende zaak is bezwaard met een gebruiksrecht of dat de onroerende zaak zelf is bezwaard met een gebruiksrecht van een ander en welke gevolgen dat heeft voor de waarde van de overblijvende bloot eigendom van de zaak is nog onbeslist.[18] Een dergelijke inhoudstoetsing van een waardetoedelingsbeding komt ook weinig voor. Indien dit soort bedingen voorkomen in algemene erfpachtvoorwaarden kunnen zij worden getoetst aan de afd. 6.5.3 BW, richtlijnconform uitgelegd. Ten aanzien van woningen, waar sprake is van consumentenverhoudingen, is de tussentijdse toedeling van waardevermeerdering aan de erfverpachter op grond van het Europees recht niet redelijk indien de werking van het beding tot gevolg heeft dat het erfpachtrecht onverkoopbaar wordt. Ten aanzien van bedrijfsmatige toepassingen zou, afhankelijk van het evenwicht binnen de rechtsverhouding, voor kleine bedrijven een reflexwerking van Richtlijn 93/13/EEG moeten worden aangenomen.

De kritiek in de literatuur spitst zich vooral toe op de voorwaarde canonverhoging bij overdracht die uitsluitend is gericht op het tussentijds door de erfver-

16 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 15 februari 1905, *W.* 8193 (*Van Beek c.s./Vonk c.s.*), p. 4 linkerkolom: '(...) dat het toch de erfpacht is, die alle rechten uitoefent, welke aan het eigendom van het erf verknocht zijn, en de grondeigenaar alleen recht heeft op den vastgestelden jaarlijkschen canon (...).' Zie ook Pitlo 1949, p. 327: "Economisch is de erfpachter eigenaar en is den ander niets anders gebleven dan het recht jaarlijks een bepaald bedrag te ontvangen. Juridisch is de oorspronkelijke eigenaar eigenaar gebleven, (…)."

17 Vgl. de verschillende opvattingen over de verhouding tussen eigendom en beperkte rechten zoals verwoord bij Mollema 2013, p. 172-179. Mollema beschouwt de eigendom als de juridische kant van de zaak en in haar visie rust het beperkt recht zowel op de eigendom als op de zaak. Vgl. ook Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139 (*Belangenvereniging Erfpacht Zaanstad c.s./Zaanstad*), r.o. 4.43 waarin gesteld wordt dat de waardeverandering van de grond toekomt aan de gerechtigde tot de bloot eigendom.

18 Aansluitend bij de visie dat rechtsbetrekkingen alleen tussen personen kunnen bestaan en plaatsvinden in de sfeer van het recht ga ik ervan uit dat het eigendomsrecht van een onroerende zaak wordt bezwaard met een erfpachtrecht en niet de onroerende zaak zelf.

pachter innen van de waardevermeerdering van de onroerende zaak en die geen verband houdt met het gebruik van de grond. Een dergelijke voorwaarde is onredelijk, tenzij de erfverpachter bij de uitgifte het tussentijds innen van rendement heeft opgenomen in de vestigingsakte en dit rendement de enige doelstelling van uitgifte vormt. In alle gevallen heeft te gelden dat een partijafspraak geen onevenredige verzwaring van de lasten van een der partijen bij de rechtsverhouding tot gevolg mag hebben. Daarnaast mag naar mijn mening ook ten aanzien van dergelijke financiële voorwaarden de bedoeling van de wetgever niet uit het oog verloren worden.

Ook bij het einde van het recht blijkt het grootste knelpunt de waardeontwikkeling van de onroerende zaak die niet het gevolg is van handelingen van partijen, maar van externe oorzaken zoals de geldontwaarding of marktontwikkelingen.[19] In de berekening van de waarde- of de opstalvergoeding en in de koopprijs voor de blote eigendom komt tot uiting aan welke partij de meerwaarde in welke mate moet worden toegerekend. Deze toedeling vormt de achtergrond van veel erfpachtconflicten over beëindiging van het recht. Dit soort conflicten zijn onder meer het gevolg van de lange duur waarvoor erfpachtrechten worden gevestigd omdat over een lange periode vele waardefluctuaties kunnen optreden. In de jurisprudentie wordt als maatstaf voor de waardevergoeding van art. 5:87 lid 2 BW de marktwaarde van het recht ten tijde van de beëindiging gehanteerd en als maatstaf voor de opstalvergoeding van art. 5:99 BW is de marktwaarde van de opstallen, tenzij partijen in de vestigingsakte anders overeen waren gekomen. Bij de berekening van de vergoeding op grond van art. 5:87 lid 2 BW moet rekening gehouden worden met de erfpachtvoorwaarden ten tijde van de opzegging, waaronder de resterende duur van het recht, de hoogte van de canon, de bestemming van het perceel en of de erfpachter recht heeft op een opstalvergoeding, en met de waarde van de aanwezige opstallen. De berekening van de vergoeding op grond van art. 5:99 BW betreft uitsluitend de marktwaarde van de opstallen, werken en beplantingen op het moment van beëindiging. Voor de berekening wordt door de rechter meestal een deskundige benoemd.

Over de toedeling van de waardeontwikkeling van de onroerende zaak als gevolg van externe oorzaken zijn nog geen algemene uitspraken mogelijk. Het aanhoudende conflict tussen erfpachters op de Waddeneilanden en Staatsbosbeheer is nog onbeslist. Daarmee vergelijkbaar zijn de conflicten tussen erfpachters en de gemeenten Amsterdam en Utrecht over eeuwigdurende afkoop van de canon, waarin de erfpachters aanvoeren dat de gemeente een te groot waardeaandeel aan zichzelf toerekent.

Aankoop van de blote eigendom door de erfpachter kan een oplossing vormen voor conflicten tussen erfpachter en erfverpachter, mits partijen het eens worden over de koopprijs. Die prijs dient te bestaan uit de waarde van hetgeen de erfverpachter in zijn bezit heeft waarmee ook hier het knelpunt naar voren komt over de toedeling van de waardeontwikkeling van de onroerende zaak als gevolg van

19 Zie par. 6.5 over aankoop bloot eigendom en par. 6.7 over vergoeding van de waarde van de opstal en het recht bij beëindiging van erfpachtrechten.

externe oorzaken. Als de waardevermeerdering aan de bloot eigendom wordt toegekend zal de prijs vele malen hoger zijn dan wanneer de waardevermeerdering aan het gebruiksrecht van de erfpachter wordt toegekend. Meestal zal de erfpachter de marktwaarde hebben betaald bij aanschaf van het erfpachtrecht en die behoort als het een woning betreft iets lager te liggen dan de koopprijzen voor woningen op eigen grond, maar dat is lang niet altijd het geval.[20] De toetsing vindt in beginsel plaats naar alle omstandigheden van het geval, maar welke factoren de doorslag moeten geven is in de rechtsontwikkeling nog onbeslist. De introductie van een onafhankelijke en fictieve derde om de redelijkheid van een koopaanbod de marktconforme waarde van het erfpachtrecht in de zin van art. 5:87 lid 2 BW naar objectieve maatstaven te kunnen beoordelen heeft het nadeel dat wordt afgezien van de omstandigheden van het geval.

Waardevragen raken aan de kern van de rechtsverhouding. Bij de vestiging van een erfpachtrecht blijft de eigendom van de grond aan de erfverpachter en verkrijgt de erfpachter het recht de grond te gebruiken. Of de waardeveranderingen die de onroerende zaak als geheel gedurende het recht ondergaat als gevolg van externe factoren behoren tot de bloot eigendom of tot het gebruiksrecht is nog onbeslist. Indien op de grond een gebouw is gesticht en de erfpachter op grond van een afhankelijk opstalrecht de eigendom van het gebouw bezit resteert bij de erfverpachter de bloot eigendom van de grond. Is geen afhankelijk opstalrecht gevestigd, dan omvat het gebruiksrecht niet alleen de grond, maar ook de opstal, en behoort de eigendom van grond en opstal toe aan de erfverpachter en komen de investeringen van de erfpachter in de opstal na afloop van het gebruiksrecht toe aan het eigendomsrecht van de erfverpachter. Dit essentiële verschil aan wie de eigendom van de opstal toekomt wordt nogal eens over het hoofd gezien. Het is zaak de rechten op een op de grond te stichten gebouw, inclusief waardeontwikkeling en wegneemrecht, bij vestiging goed vast te leggen en de eenvoudigste wijze om dat te doen is het vestigen van een opstalrecht op het gebouw ten behoeve van de erfpachter. Een deel van de problematiek van het Amsterdamse erfpachtstelsel wordt veroorzaakt door het ontbreken van opstalrechten, in Amsterdam omvat het gebruiksrecht niet alleen de grond maar ook de op die grond gestichte gebouwen.

Indien wordt vastgesteld dat de tussentijdse afdracht van de waardestijging van de onroerende zaak aan de erfverpachter een inbreuk op het recht van de erfpachter vormt kan een toets van de hierboven en in par. 4.8.2 beschreven voordeelstoerekening plaatsvinden aan de bescherming van het recht op eigendom zoals opgenomen in artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (art. 1 EP). Een recht van erfpacht valt net als een recht van bloot-eigendom en een recht van

20 Vgl. bijvoorbeeld HR 26 maart 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879, *NJ* 1999/446 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), r.o. 17 hof: "De grieven XI en XII nemen beide tot uitgangspunt dat de zittende erfpachters onder druk van de vrije markt voor hun tijdelijk recht aan hun voorganger een prijs hebben betaald die niet afweek van de prijs waarvoor anderen tezelfdertijd een vergelijkbare onroerende zaak in eigendom verwierven. Het hof gaat er veronderstellenderwijs vanuit dat dit uitgangspunt juist is. Dat uitgangspunt neemt echter niet weg dat de onroerende zaken van de gemeente bij afloop van het recht van de zittende erfpachter de waarde verkrijgen die het vrije verkeer daaraan bij dat einde toekent, en dat de gemeente als eigenaar krachtens haar recht van eigendom bevoegd is haar eigendom tegen die waarde bij heruitgifte te gelde te maken."

opstal onder de definitie van 'eigendom' in de zin van art. 1 EP.[21] Deze bepaling is gericht tot de Staten die bij het verdrag en het protocol zijn aangesloten en beschermt het ongestoord genot van een breed scala aan vermogensrechten van burgers en rechtspersonen tegen ontneming door de Staat zonder dat daar een vergoeding tegenover staat en tegen overheidsregulering. Het EVRM heeft geen directe horizontale werking,[22] maar verdragsbepalingen kunnen in beginsel wel doorwerken in verhoudingen tussen burgers onderling wat betekent dat ook in goederenrechtelijke verhoudingen rekening gehouden moet worden met art. 1 EP.[23] Het gaat dan om de vraag of een juridische handeling in strijd is met de beginselen die aan het EVRM ten grondslag liggen. De Nederlandse rechter is terughoudend en beperkt zich tot het betrekken van de grondrechten bij de toepassing van algemeen vermogensrechtelijke leerstukken zoals de redelijkheid en billijkheid. Dit wordt wel indirecte horizontale werking genoemd, het grondrecht wordt niet direct op het geschil toegepast, maar de verdragsnorm speelt een rol bij de toepassing van privaatrechtelijke begrippen.[24] Via de weg van art. 17 van het EU-Handvest kan ook horizontale werking worden gerealiseerd.[25]

Blijkens vaste rechtspraak van het EHRM wordt bij een beweerde schending van art. 1 EP eerst getoetst of sprake is van een eigendomsrecht en een inmenging daarop. Is dat het geval, dan wordt beoordeeld of er voor de inmenging een rechtvaardigingsgrond kan worden aangenomen. Een inmenging van de overheid dient: (i) bij wet te zijn voorzien (ii) een gerechtvaardigd belang te dienen (iii) proportioneel te zijn ('fair balance') en (iv) geen onevenredige last ('excessive burden') op de betrokkenen te leggen. Als we ervan uitgaan dat de waardeverandering van de onroerende zaak gedurende de looptijd van het erfpachtrecht onderdeel uitmaakt van het recht van de erfpachter, dan is de tussentijdse onttrekking daarvan door de erfverpachter in de vorm van canonherziening een inmenging die niet bij wet is voorzien. In het geval van stedelijke erfpacht kan de inmenging een algemeen belang dienen nu is vastgesteld dat dit ook een financieel belang kan zijn. Vervolgens wordt getoetst of de inmenging proportioneel is, dus of er een *fair balance,* een rechtvaardig evenwicht, bestaat tussen het algemeen belang van de overheidserfverpachter bij inmenging en de bescherming van het eigendomsrecht van de erfpachter. Ook bij deze toets wordt dus, net als bij de toets aan Richtlijn 93/13/EEG, gekeken naar een evenwicht tussen de belangen van partijen. Indien in de vestigingsakte afspraken zijn gemaakt over tussentijdse canonherziening om redenen van voordeelstoerekening moet worden getoetst of conform die afspraken is gehandeld en of die afspraken getuigen van een evenwichtige verdeling en daarmee redelijk zijn. Bij herziening van de erf-

21 Zie voor de reikwijdte van artikel 1 EP onder meer Barkhuysen 2004, p. 74-75 en Asser/Hartkamp *3-I* 2018/211-219.

22 Asser/Hartkamp *3-I* 2018/201-203. Het EHRM heeft geen directe horizontale werking aan het EVRM toegekend, het staat de nationale rechter vrij om in rechtsverhoudingen tussen particulieren aan verdragsbepalingen de in zijn ogen passende werking te verlenen. In privaatrechtelijke geschillen tussen een particulier en de overheid heeft het EVRM wel directe werking omdat de door het EVRM gewaarborgde rechten strekken tot bescherming van de burger tegen de overheid.

23 Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017/2c. Zie ook Milo 2007.

24 Asser/Hartkamp *3-I* 2018/226-231. Dit is een toepassing van art. 3:12 BW.

25 Art. 17 van het EU-Handvest heeft dezelfde inhoud en reikwijdte als art. 1 EP en wordt op dezelfde wijze uitgelegd. Het EU-Handvest vormt een codificatie van algemene beginselen van Unierecht en deze algemene beginselen kunnen direct horizontaal effect hebben, Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011, par. 3.2.2.

pachtcanon is veelal geen sprake van compensatie als rechtvaardigingsgrond en het enige wat de erfpachter tegen de inmenging kan doen is een beroep op de rechter. Een schending van art. 1 EP wordt echter niet snel aangenomen en is beperkt tot evident onredelijke of onevenredige gevallen. De rechtspraak ten aanzien van goederenrechtelijke rechten is nog uitsluitend casuïstisch.[26]

Het is mogelijk in de vestigingsakte te bepalen dat betrokkenen bij beëindiging van het erfpachtrecht gelijkelijk zullen delen in de waardeverandering die de onroerende zaak gedurende de looptijd van het recht zal ondergaan. Dit gebeurt bij erfpachtrechten gevestigd met toepassing van MGE-voorwaarden en wordt als redelijk beoordeeld nu de verdeling bij terugkoop inclusief de berekening ervan nauwkeurig in de vestigingsakte worden vastgelegd en daarbij geabstraheerd wordt van een door de erfpachter gecreëerde waardestijging. Buiten deze specifieke toepassing is een dergelijke gedeelde waardeverandering niet aangetroffen.

Het hof Den Haag oordeelde dat ten aanzien van canonverhoging bij de verlenging of heruitgifte van opstalrechten in beginsel moet worden uitgegaan van een evenwichtige toedeling van de waardestijging aan partijen, rekening houdend met hun ongelijke posities.[27] Deze uitspraak vormt een voorbeeld van de inkleuring van de open norm van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid door art. 1 EP. In erfpachtzaken ben ik geen geslaagd beroep op art. 1 EP tegengekomen. Eerst dient de vraag beantwoord te worden aan wie de waardestijging toekomt.

7.5 Nadere regulering van de rechtsverhouding

Hoewel het onderzoek zich primair richt op de kwalificatie van de rechtsverhouding, zijn in de loop van het onderzoek vele voorstellen om de wet te herzien de revue gepasseerd en die worden hier, in het licht van de bevindingen, nog eens kort langsgelopen. Het gaat mij met name om de vraag of de wetgever een taak heeft in de verduidelijking van de verbintenisrechtelijke dimensie van de rechtsverhouding bij erfpachtrechten of dat er andere en meer doeltreffende manieren zijn om die verduidelijking gestalte te geven zoals een vorm van zelfregulering of een meer verfijnde toetsingsmethodiek in rechte.

26 Milo 2007, Asser/Hartkamp *3-I* 2018/232-234.

27 Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), in reactie op het beroep van de opstalhouders op art. 1 EP zoals toegepast in EHRM 12 juni 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD001322108 (*Lindheim e.a./Noorwegen*). Het beroep van de opstalhouders gaat naar het oordeel van het hof niet op, maar het hof formuleert in r.o. 18 wel een algemeen uitgangspunt dat ook op de zaak van de opstalhouders van toepassing is: "Uit de enkele omstandigheid dat het EHRM blijkens zijn overwegingen aangeeft dat acht moet worden geslagen op de ongelijke posities van zittende erfpachter en eigenaar bij verlenging of heruitgifte, kan slechts worden afgeleid dat het EHRM als uitgangspunt neemt dat moet worden uitgegaan van een evenwichtige toedeling van de waardestijging bij verlenging van het contract." Het hof toetst vervolgens of de grondeigenaar voldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de zittende opstalhouders.

7.5.1 Voorstellen tot wetsherziening

In par. 5.3.5 is het voorstel van De Hoog besproken om een voorgenomen canonherziening verplicht te laten toetsen door de rechter aan landelijk vastgestelde normen voor bijvoorbeeld huur- of pachtprijzen.[28] Ook het in par. 5.4.3 besproken voorstel van Assink om in een wet de uitgangspunten voor vaststelling en herziening van de canon vast te leggen[29] dient om de positie van de erfpachter bij canonherziening te verbeteren. Van een andere orde is mijn voorstel uit par. 5.6.6.2 om de regeling van art. 3:84 lid 2 BW jo. art. 24 Kadw aan te passen om duidelijk te maken wanneer aan de dubbele bepaaldheidseis bij vestiging of overdracht van erfpachtrechten is voldaan. Dit sluit aan bij het voorstel van Vonck om de basisgegevens van erfpachtrechten vast te leggen in de basisregistratie kadaster.[30] In par. 6.2.4 is aandacht besteed aan het voorstel tot wijziging van art. 5:98 BW om de opzegging na einde tijdsverloop van een tijdelijk recht beter te regelen, inclusief de verplichte betekening aan degenen die op het erfpachtrecht een beperkt recht hebben.[31] De voorstellen om canonherziening nader te regelen lijken voor stedelijke erfpacht door de ontwikkeling van stelsels zonder canonherziening achterhaald, terwijl de voorstellen tot verduidelijking van enerzijds de kadastrale registratie en anderzijds de opzegging nadat de duur van een tijdelijk recht is verlopen dienen tot een betere werking van de huidige regeling. Dat betekent dat een aanpassing van wettelijke regels die niet aan hun functie kunnen voldoen aanbeveling verdient, maar dat een grondige wijziging van de wettelijke regeling niet opportuun is.

Belangenorganisaties van erfpachters en hypothecair financiers hebben naar aanleiding van discussies rond canonverhoging en problemen met de financiering van particuliere erfpacht aandacht gevraagd voor de positie van erfpachters en hun financiers en zij richten zich daarbij met name tot de wetgever. De Stichting Erfpachters Belang Amsterdam wil een wettelijke regeling van canonherziening en is van mening dat de informatieplicht van de erfverpachter onderworpen moet worden aan wettelijk gedragstoezicht door de Autoriteit Financiële Markten.[32] De Vereniging Eigen Huis pleit voor een wettelijke regeling van de basisrechten voor erfpachters waarin minimale criteria voor erfpachtvoorwaarden, een transparante vaststelling van de erfpachtcanon, een verbod op eenzijdige wijziging van erfpachtvoorwaarden en het recht op ongestoord woongenot zijn opgenomen.[33] De klachten van de belangenorganisaties van erfpachters betreffen dus vooral het eenzijdig wijzigen van de canon door de erfverpachter, de ondoorzichtige vaststelling van de erfpachtcanon en het gebrek aan toezicht op het handelen

28 De Hoog 2008, nr. 6. Eerder heeft Vermeulen 2010 een vergelijkbaar voorstel gedaan om de bescherming van de erfpachter meer in lijn met die van de huurder te brengen door de opzegging van een erfpachtrecht door de rechter te laten bekrachtigen.

29 Assink 1978.

30 Vonck 2013, p. 163. Omdat het aantal variaties in erfpachtrechten groot kan zijn stelt hij voor ‘de kern van individuele erfpachtverhoudingen beter kenbaar te maken, bijvoorbeeld door de grondbestemming, de duur van de erfpacht, de hoogte van de canon, herzieningsdata van de canon en vervreemdingsbeperkingen in de zin van art. 5:91 BW, behalve in de openbare registers ook in de basisregistratie kadaster kenbaar te maken’.

31 Bartels e.a. 2016.

32 Brief Stichting Erfpachters Belang Amsterdam van 26 september 2011 aan de Tweede Kamer, <www.erfpachtinamsterdam.nl/archief/2011-10-04_Brief-SEBA-aan-vaste-commissie-%20BIZA.pdf>.

33 Persbericht Vereniging Eigen Huis van 7 december 2011: ‘Erfpachtwet moet huishoudens beschermen’.

van erfverpachters. De minister schrijft in de erfpachtbrief aan de Tweede Kamer dat hij geen aanleiding ziet voor een wetswijziging en tijdens het Kamerdebat over deze brief, waar veel van de genoemde voorstellen aan de orde komen, herhaalt hij dat standpunt.[34] Een duurzame oplossing is niet aan de wetgever, maar een gezamenlijke taak voor erfpachters, erfverpachters, makelaars, taxateurs en notarissen, aldus de minister.[35] Een gelegenheidscoalitie van deze organisaties publiceerde in de jaren daarna de criteria voor de financiering van particuliere erfpachtrechten en koppelde daaraan opnieuw een verzoek om overheidsmaatregelen.[36] De klachten richten zich opnieuw tegen de eenzijdige wijziging van erfpachtvoorwaarden door erfverpachters en gepleit wordt voor een bescherming van erfpachters vergelijkbaar aan de bescherming van huurders, de mogelijkheid van een rechterlijk oordeel over erfpachtvoorwaarden en toezicht van de Autoriteit Financiële Markt op erfpachtrechten als een complex financieel product. In antwoord op Kamervragen zegt de minister toe dat de voorstellen met de betrokken partijen zullen worden besproken.[37] Eerder had de minister besloten niet in te gaan op het verzoek de bancaire richtlijn algemeen verbindend te verklaren omdat dit aan alle erfpachtrechten een identiek en daarmee een te strak keurslijf zou opleggen wat ten koste zou gaan van de flexibiliteit van het erfpachtrecht.[38] De huidige stellingname van de regering in de persoon van de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Financiën wordt samengevat in het antwoord dat op 19 december 2017 wordt gegeven op Kamervragen over erfpacht in Amsterdam.[39] De ministers verwijzen voor de bescherming van erfpachters naar titel 5.7 BW, de algemene voorwaardenregeling, de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, de informatieplicht van de erfverpachter, de makelaar en de notaris, het beroep op de civiele rechter en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ingeval de erfverpachter een overheidsorganisatie is. Erfpachtvoorwaarden dienen begrijpelijk te zijn, maar het is ook aan de erfpachter om zich goed te informeren over bijvoorbeeld de gevolgen van de overstapregeling naar eeuwigdurende erfpacht, aldus de ministers. Dat erfpacht naar de mening van de regering geen financieel product is

34 *Kamerstukken II* 2010/11, 32500 VII, 107, p. 8 (Erfpachtbrief van 23 mei 2011), *Kamerstukken II* 2011/12, 29453, 224 (Verslag AO Erfpacht 8 december 2011).

35 *Kamerstukken II* 2010/11, 32500 VII, 107, p. 4. De minister verwijst hiermee naar het overleg over de criteria voor de financiering van particuliere erfpacht.

36 Nederlandse Vereniging van Banken 30 januari 2014: 'Overheid kan erfpachters beter beschermen', <www.nvb.nl/nieuws/1128/overheid-kan-erfpachters-beter-beschermen.html>, ondersteund door onder meer Vereniging Eigen Huis 30 januari 2014: 'Bescherming erfpachter noodzakelijk', <www.eigenhuis.nl/actueel/201401301013-bescherming-erfpachter-noodzakelijk>, beide geraadpleegd op 11 juli 2018.

37 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1299, vraag 4 van het lid Paulus Jansen (SP) over de rechtsbescherming van erfpachters: "Wat gaat u doen met de volgende drie suggesties waarmee u volgens de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) erfpachters beter zou kunnen beschermen: mogelijk maken van wettelijke bescherming van de erfpachter (zoals bijvoorbeeld ook geldt voor huurders), aanpassing van de wetgeving om het voor erfpachters mogelijk te maken om de rechter te laten oordelen over de erfpachtconstructie en toezicht mogelijk maken van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) op erfpachtcontracten?" Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1149, vraag 7 van de leden Visser en Aukje deVries (beiden VVD) over het bericht dat tienduizenden huizen nog altijd onverkoopbaar waren door erfpacht: "Welke mogelijkheden zijn er voor de wetgever om dit probleem op te lossen, iets waar de NVB al herhaaldelijk om heeft gevraagd? Op welke wijze kunnen daarbij de rechten en plichten van alle betrokken partijen gewaarborgd worden in redelijkheid en billijkheid, onder meer vanuit het oogpunt van consumentenbescherming?"

38 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1149, antwoord op vraag 7 van de leden Visser en Aukje deVries (beiden VVD) over het bericht dat tienduizenden huizen nog altijd onverkoopbaar waren door erfpacht. Zie ook *Aanhangsel Handelingen II* 2012/13, 2464, antwoord op vraag 3 van het lid Paulus Jansen (SP) over particuliere erfpacht.

39 *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 1466, vragen van het lid Ronnes (CDA) over erfpacht in Amsterdam.

wordt in 2018 verduidelijkt in antwoord op een verzoek van een burger.[40] De belangenorganisaties komen met klachten, maar niet met concrete wetsvoorstellen en de regering als medewetgever ziet geen aanleiding voor wetswijziging en verwijst waar mogelijk naar zelfregulering.

7.5.2 Regulering

Regulering, het opstellen van regels, kan op twee manieren plaatsvinden. Betrokkenen in een bepaalde branche of sector kunnen zelf de regels opstellen waaraan zij behoefte hebben en zich vrijwillig aan die regels en het eventuele toezicht daarop onderwerpen. Deze manier van regels opstellen wordt private regelgeving of zelfregulering genoemd. De overheid stimuleert zelfregulering op terreinen waarop overheidsregulering niet strikt noodzakelijk is. De andere vorm van regulering bestaat uit het opstellen van algemeen verbindende voorschriften door de wetgever, dit leidt tot regels die gelden voor alle ingezetenen. Aan wet- en regelgeving ligt soms een (grond)wettelijke opdracht of een internationale verplichting ten grondslag. Voor erfpacht geldt het dwingende goederenrechtelijke kader, maar binnen dat kader hebben betrokkenen een grote vrijheid om het recht de door hen gewenste inhoud te geven. Overheidsingrijpen in de contractvrijheid van private partijen moet gebaseerd zijn op een wettelijk gelegitimeerd publiek belang.[41] Voorbeelden van dergelijke belangen zijn het beschermen van de zwakkeren in de samenleving en corrigerend optreden bij marktfalen, bijvoorbeeld bij informatieasymmetrie of oneerlijke handelspraktijken.[42] Overheidsregulering is pas gerechtvaardigd wanneer machtsverhoudingen zich zodanig ontwikkelen dat bepaalde groepen burgers in de knel komen en zichzelf onvoldoende kunnen beschermen tegen maatschappelijke krachten en ernstige bestaansrisico's. Bij het ontbreken van een dergelijk groot algemeen belang ligt zelfregulering van de betreffende sector meer voor de hand.[43] Het beperkte recht van erfpacht kan, afhankelijk van de door partijen gekozen bestemming van de onroerende zaak en de duur van het recht, een heel verschillende invulling krijgen. Er geldt bij erfpacht geen zwaarwegend algemeen belang dat overheidsingrijpen kan rechtvaardigen in de vorm van prijscontrole of het stellen van andere inhoudelijke eisen aan de overeenkomst. De behoefte aan zekerheid over de ontwikkeling van de canon zal in eerste instantie in de vorm van zelfregulering moeten worden gezocht.[44] Dat is in overeenstemming met het bepaalde in Aanwijzing voor de regelgeving 7 sub c:

---

40 *Kamerstukken II* 2017/18, niet-dossierstuk nr. 2018D31952 van 4 juni 2018 met als bijlage de brief aan de heer S. te R. over toezicht op erfpacht. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister van Financiën, reageerde hiermee op het voorstel om erfpachters te laten beschermen door een onafhankelijke autoriteit, hetzij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) hetzij de Autoriteit Financiële Markten (AFM). De minister wees beide voorstellen af: 'Erfpacht is geen consumentenkoop en valt dus niet onder het consumententoezicht van de ACM' (p. 1) en 'Erfpacht is geen financieel product maar een zakelijk recht en kan daarom niet worden aangemerkt als een financieel product en kan derhalve ook niet worden aangemerkt als een 'complex' financieel product. Een dergelijk zakelijk recht kan niet worden onderworpen aan de regels van de Wft' (p. 2). Dit standpunt strookte met eerdere beantwoording van Kamervragen over dit onderwerp.

41 Veerman 2009, p. 145-149.

42 Rinkes 2011.

43 Veerman 2009, p. 128-129. Kritisch over de overheidswetgever die zich afzijdig houdt of terugtrekt ten gunste van private regelgeving en daarmee de regie uit handen geeft is Giesen 2018.

44 Asser/Vranken 2005/78-94 pleit voor een aanvulling van het exclusieve schema van wetgeving en rechtspraak met private regelgeving omdat maatschappelijke veranderingen hierin sneller kunnen worden vastgelegd dan in het BW.

> "Alvorens tot het treffen van een regeling wordt besloten, [wordt] onderzocht (...) of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren dan wel daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is."[45]

De wetgever van het NBW had de voorstellen van erfpachters en financiers over een wettelijke regeling van de erfpachtcanon afgewezen omdat de vaststelling en wijziging van de canon beter door partijen onderling kon worden geregeld. Zoals hierboven gezien is dat nog steeds het standpunt van de regering op verzoeken van belangenorganisaties van erfpachters. Het aankomende voorstel tot wetswijziging naar aanleiding van de KNB-preadviezen 2016 kan worden beschouwd als een voorbeeld van de invloed van de doctrine op wetgeving.[46]

7.5.3 Zelfregulering

Onder zelfregulering wordt verstaan het opstellen van regels door organisaties die bedrijven in een branche of een sector vertegenwoordigen, waarbij de leden van die organisaties zich meer of minder vrijwillig aan die regels onderwerpen en soms ook toezicht op de naleving is geregeld.[47] Voorwaarden voor zelfregulering zijn dat de sector een zekere organisatiegraad heeft, over een zeker niveau van kennis beschikt en dat er draagvlak is voor de te ontwikkelen regels.[48] Een veelvoorkomende vorm van zelfregulering is het opstellen van algemene voorwaarden.[49] Voor erfpacht zijn op twee verschillende momenten modelvoorwaarden ontwikkeld. De VNG-modelvoorwaarden uit 1926 zijn besproken in par. 5.3.3. Met de komst in 1992 van de algemene voorwaarden-regeling in het BW werden diverse modelbepalingen voor algemene erfpachtvoorwaarden opgesteld door organisaties zoals de Vereniging van Grondbedrijven, de Vereniging Nederlandse Gemeenten en het Instituut voor Bouwrecht. Deze modelvoorwaarden voor gemeentelijke gronduitgifte dienden ter ondersteuning van (vooral) gemeentelijke erfverpachters en werden voornamelijk gebruikt door kleinere gemeenten. Grote gemeenten ontwikkelden hun eigen voorwaarden, die ook wel als voorbeeld dienden voor andere gemeenten. De pogingen van organisaties van erfverpachters om tot harmonisatie van erfpachtvoorwaarden te komen waren echter niet succesvol.[50] Vanuit de uitvoerders, de gemeentelijke grondbedrijven, kwam veel kritiek op de voorstellen en aangenomen mag worden dat de modelvoorwaarden daarom niet van de grond gekomen zijn.[51]

Begin 2010 deed zich een urgente reden voor om naar vigerende erfpachtvoorwaarden van particuliere erfverpachters te kijken. Particulier zijn alle erfverpachters die geen overheid zijn en de bezwaren golden ook wanneer zij de algemene

---

45 Aanwijzingen voor de regelgeving, Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992.
46 Van Boom 2012.
47 Groot 2006, p. 9-12. Voor een ruimere omschrijving zie Giesen 2007, p. 13: "Alternatieve regelgeving houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader."
48 Veerman 2009, p. 256-257.
49 Groot 2006, p. 35-37. Asser/Vranken 2005/89 beschouwt algemene voorwaarden als het belangrijkste instrument van private regelgeving.
50 Van Velten 1995b, p. 62. Volgens De Jong & Ploeger 2008, p. 12 is van de modelbepalingen wel een zekere invloed uitgegaan.
51 De Jong, Pluijmers & De Wolff 1995, p. 550.

voorwaarden van een gemeente gebruikten.[52] Een samenwerkingsverband van erfpachters, makelaars, notarissen, banken en een enkele erfverpachter publiceerde op 5 oktober 2011 vijf criteria waaraan de erfpachtvoorwaarden moesten voldoen wilde de woning die op die grond stond voor hypothecaire financiering in aanmerking komen.[53] De financieringscriteria onderscheiden erfpachtvoorwaarden die voor banken wel en niet acceptabel zijn. Acceptabel zijn de volgende voorwaarden: de akte bevat ten eerste de looptijd van het erfpachtrecht en de vergoeding voor de erfpachter bij het einde van de erfpacht, ten tweede is de canon bekend en de verwachte lastenontwikkeling voor de erfpachter duidelijk en niet onaanvaardbaar, ten derde bevat de akte geen verplichting tot koop van de bloot eigendom, ten vierde bevat de akte geen eenzijdige wijzigingsbevoegdheid voor de erfverpachter om erfpachtvoorwaarden die van materiële invloed zijn op de waarde van het erfpachtrecht te wijzigen en ten vijfde bevat de akte geen bepalingen die het genotsrecht van de erfpachter materieel aantasten. De criteria geven een invulling aan onderwerpen die de wetgever aan de partijautonomie had overgelaten zoals wijziging van de voorwaarden en canonherziening. Het was de bedoeling de criteria uit te werken tot modelvoorwaarden voor erfpacht met een woonbestemming die door alle erfverpachters, ook overheidsinstellingen, zouden kunnen worden gebruikt. Die modelvoorwaarden zijn er niet gekomen, wel werden in 2013 de criteria aangevuld met een bancaire richtlijn voor nieuw te vestigen erfpachtrechten en werd een toetsingsinstrument ontwikkeld in de vorm van een notariële opinie. In de par. 3.5.8, 5.1, 5.4.3 en 5.5.2.2 is de bancaire richtlijn en de toepassing daarvan aan de orde gekomen. Het lijkt tot dusver de enige vorm van zelfregulering die, in combinatie met de algemene voorwaardenregeling, effect heeft gehad op de bescherming van erfpachters tegen voor hen ongunstige erfpachtvoorwaarden. De bancaire richtlijn vormt geen echte zelfregulering omdat deze geen bindende normen bevat. De op de richtlijn gebaseerde notariële opinie is een advies aan een bank over de risico's van de betreffende erfpachtvoorwaarden. Het is wel een invloedrijk advies omdat het door een onafhankelijke deskundige wordt opgesteld aan de hand van criteria van de beroepsgroep van banken zelf. Erfpachters hebben met de normen te maken omdat zij er een beroep op doen en de kosten van de opinie betalen. Erfverpachters hebben met de normen te maken omdat het hun voorwaarden zijn die langs die meetlat gelegd worden. Zoals gezien verkreeg de richtlijn in twee gevallen bindende kracht via de uitspraak van de rechter waarbij de open norm van art. 6:233 sub a BW werd ingevuld met norm uit de richtlijn en de grondslag vormde voor vernietiging van de betreffende erfpachtvoorwaarde.[54]

52 Huijgen & Rijpert 2011, par. 7.

53 Criteria voor de financierbaarheid van erfpachtrechten gevestigd voor 1-4-2012, te raadplegen op de website van de NVB, <www.nvb.nl/thema-s/wonen/200/particuliere-erfpacht.html>, geraadpleegd 29 juni 2018.

54 Vgl. Giesen 2007, p. 56-59 over alternatieve regelgeving zonder binding en p. 68-75 over binding aan alternatieve regelgeving via de rechter door toepassing van de open normen uit het BW. De norm uit de richtlijn wordt daarbij beschouwd als een in Nederland levende rechtsovertuiging in de zin van art. 3:12 BW. Deze wijze van binding kan ook degenen betreffen die niet bij het opstellen van de normen betrokken was, zoals de erfverpachter.

7.6 Slotconclusies en aanbevelingen

Het privaatrecht is er in beginsel niet om oneerlijke afspraken over een bepaalde vermogensverdeling recht te trekken. Alleen bij evident maatschappelijke ongelijkheid ten aanzien van basisbehoeften zoals een dak boven het hoofd worden beschermende bepalingen ten gunste van zwakkere contractspartijen aanvaard. De erfpachter vormt in het algemeen geen te beschermen contractspartij en een verdelende gerechtigheid hoort niet thuis in het privaatrecht.[55] Er bestaat onvoldoende reden voor nadere wettelijke regulering van erfpachtverhoudingen, enige verduidelijking van de bestaande regeling daargelaten. Wel is het mogelijk dat een uit het publiekrecht of uit het Europees recht afkomstige gerechtigheidsgedachte in het privaatrecht gerealiseerd wordt via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. De corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt in de jurisprudentie ten aanzien van overheidsorganisaties als erfverpachter steeds vaker versterkt met een toets aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit betreft steeds een correctie in de omstandigheden van het afzonderlijke geval. Omdat de erfpachtvoorwaarden door partijen worden ingevuld ligt hier zolang zich geen stelselmatige onrechtvaardigheden voordoen geen taak voor de wetgever. Indien een erfpachtvoorwaarde die haar grondslag vindt in lokaal beleid zodanig gaat knellen dat erfpachters zich verenigen en groepsprocedures starten, dient de markt c.q. de lokale politiek in te grijpen. Dergelijk ingrijpen heeft bijvoorbeeld tot gevolg gehad dat canonherziening bij stedelijke erfpacht met de bestemming wonen voor de toekomst vrijwel geheel is afgeschaft. Het knelpunt dat nog jaren voor commotie kan zorgen betreft de overgangsregeling voor bestaande rechten.

In antwoord op de onderzoeksvraag luidt mijn bevinding dat de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter juridisch gekwalificeerd dient te worden als een rechtsverhouding met zowel een goederenrechtelijke als een verbintenisrechtelijke dimensie. De goederenrechtelijke kant wordt gevormd door de inhoud van het recht zoals dat wordt afgesproken bij vestiging en waarop de wettelijke regeling van titel 5.7 BW van toepassing is. Uit de abstracte bevoegdheden en verplichtingen die deel uitmaken van de inhoud van een erfpachtrecht en die gelden voor de betrokken erfpachter en erfverpachter in die hoedanigheid kunnen op enig moment voor een bepaald persoon een of meer concrete verbintenissen voortvloeien waarop de bepalingen van Boek 6 BW van toepassing zijn indien in Boek 5 BW geen specifieke regeling is gegeven. Van het meeste belang voor de uitoefening van erfpachtrechten zijn de algemene voorwaardenregeling (voor de bedingen die aan die regeling voldoen) en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid vormen een correctiemechanisme waarmee de uitoefening van een bevoegdheid die volgt uit een erfpachtrecht kan worden beoordeeld. De inhoudstoetsing van de algemene

55 Hartkamp 2017a, p. 64: "Deze 'aansprakelijkheid naar draagkracht' is (...) bekritiseerd, omdat in het privaatrecht alleen de vergeldende gerechtigheid een rol behoort te spelen; de verdelende is een kwestie van sociaal recht dan wel van publiek recht, die in het privaatrecht niet thuishoort." Vergelijkbare vragen werden gesteld door Biemans & Castermans 2017 in hun preadviezen over barmhartigheid in het burgerlijk recht. Zie ook Smits 2015, p. 72: "In het recht is de premisse dat de mens of organisatie rechtvaardig *dient* te handelen." Nadruk in origineel.

voorwaardenregeling kan leiden tot vernietiging van een voor de erfpachter onredelijk bezwarend beding. Met deze instrumenten kunnen zowel onredelijke erfpachtvoorwaarden als een onredelijke uitoefening van bevoegdheden en verplichtingen uit erfpachtrechten worden gecorrigeerd. De conclusies zijn eveneens van toepassing op zelfstandige opstalrechten. De inventarisatie biedt ten aanzien van verschillende situaties die kunnen voorkomen bij toestemming, canonherziening en beëindiging van het recht een overzicht van de toepassing van de regels van titel 5.7 BW op geschillen, aangevuld met in de jurisprudentie ontwikkelde regels. De schaal waarop uitspraken zijn onderzocht maakt dat, ondanks de casuïstische aard van de geschillen, toch enige grote lijnen getrokken kunnen worden.

De vraag of de ongelijkwaardigheid van betrokkenen bij een erfpachtverhouding zijn grondslag vindt in de wettelijke regeling ben ik geneigd ontkennend te beantwoorden. Weliswaar houdt de wettelijke regeling vooral rekening met de belangen van de grondeigenaar door aan de erfpachter een aantal verplichtingen op te leggen, maar betrokkenen kunnen hun onderlinge verhouding ook anders inrichten. Vanuit de rechtsverhouding bezien bestaat eerder bezwaar tegen de stelselmatige en grootschalige toepassing van het instrument van uitgifte van grond in erfpacht door overheidsorganisaties. De erfpachter staat niet in een gelijkwaardige verhouding tot de publieke erfverpachter die grote hoeveelheden grond in erfpacht uitgeeft en heeft geen invloed op de uitgebreide algemene erfpachtvoorwaarden die voor die uitgiftes eenzijdig worden opgesteld. De dominantie van de stelselmatige uitgifte in de twintigste eeuw heeft mede vormgegeven aan de huidige wettelijke erfpachtregeling. Als de vormgeving van het erfpachtrecht in het NBW een belang diende was dat het belang van de stedelijke erfverpachter.[56] De belangen van de erfpachter werden door de wetgever in mindere mate in acht genomen, de gemeenten hadden ook een meer effectieve lobby-organisatie. Tegenwoordig zijn juist de erfpachtstelsels die vooral gehoor vonden bij de wetgever, de systematische uitgifte van grond voor woningen onder toepassing van uitvoerige gestandaardiseerde algemene erfpachtvoorwaarden, op hun retour. Dat lijkt me niet toevallig. De stelselmatige toepassing van de rechtsfiguur erfpacht door overheidsorganisaties met het oogmerk greep te houden op de stadsuitbreiding heeft een belangrijke functie vervuld op het gebied van de ruimtelijke ordening, maar is als gevolg van het invoeren van nieuwe instrumenten van omgevingsrecht inmiddels achterhaald. De van de aanvang af aanwezige bezwaren tegen een variabele canon hebben zich ruim een eeuw later tegen de stelselmatige toepassing gekeerd. Erfpachtstelsels zijn afgeschaft of leven voort zonder canonherziening.

Het erfpachtrecht leent zich wel goed als instrument voor maatwerk, voor bedrijfsmatige uitgiftes waarbij partijen meer gelijkwaardig zijn en de erfpachtvoorwaarden afgestemd kunnen worden op de specifieke behoeften van de partijen en de locatie, en het zakelijk recht mede daardoor een waardevol onderpand biedt voor financiering. De praktijk toont dat dit geldt voor herontwikkeling en

56 Vgl. Struycken 2007, p. 758 over de economische dimensie van de standaardisatie van goederenrechtelijke rechten.

nieuwbouw van woningen, bedrijfspanden, gronden voor agrarische toepassingen, recreatieprojecten en natuurdoeleinden waarbij de aankoop van grond niet mogelijk of niet gewenst is. Een dergelijke constructie biedt nog steeds voordelen ten opzichte van enerzijds huurrechten die minder zekerheden bieden en een veel korter gebruiksrecht, en anderzijds eigendom van de grond waarvoor soms te hoge financieringseisen gelden. Grondeigenaren doen er goed aan de toepassing van het instrument erfpacht tot dit maatwerk te beperken. Indien zich op het perceel reeds bebouwing bevindt verdient het aanbeveling het erfpachtrecht voor het gebruik van de grond aan te vullen met een afhankelijk opstalrecht voor de eigendom van het gebouwde. Als maatwerk toepassing biedt de huidige wettelijke regeling het erfpachtrecht voldoende ruimte.

Aanbevelingen
Het verdient aanbeveling de wettelijke regeling op enige punten te verduidelijken, maar het onderzoek geeft geen aanleiding te pleiten voor een grondige wijziging van de bestaande regeling. Waar ik in mijn masterscriptie uit 2012 nog een voorstel tot wetswijziging had opgenomen om vaststelling en herziening van de canon beter te regelen, betwijfel ik nu de noodzaak hiervan. Wel zou het goed zijn indien de betrokkenen de beschikbare vormen van zelfregulering beter zouden benutten. Ten aanzien van de ambtshalve toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten bewijst de richtlijn van het LOVCK goede diensten en zal het voor de rechtspraak de moeite lonen die uit te breiden naar andere dan kantonzaken.

Een beperking van het onderzoek is dat ik uitsluitend naar de Nederlandse situatie en naar de toepassing van Nederlands recht heb gekeken. Een goed promotieonderzoek behoort een onderdeel rechtsvergelijking te bevatten en dat was oorspronkelijk ook voor dit onderzoek voorzien, maar werd geschrapt in verband met de aanpassing van de vraagstelling en vanwege de omvang van het boek. Ondanks dat de conclusie luidt dat geen ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling gewenst is, zou het aanbeveling verdienen om bij wijze van vervolgonderzoek te bestuderen hoe de erfpachtwetgeving in het buitenland is geregeld en welke kwesties daar wel of juist niet gereguleerd zijn. De kwalificatievraag doet zich in andere rechtsstelsels niet in dezelfde mate voor omdat niet overal in dezelfde mate aan het strikte onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht wordt vastgehouden.[57] Hoewel de kwalificatievraag verschillend wordt beantwoord en rechten op het gebruik van grond in ieder nationaal recht weer anders geregeld zijn, treden in de praktijk overal dezelfde knelpunten op en kunnen wij in Nederland leren van oplossingen die elders zijn beproefd. Het project Common Core of European Private Law, in het kader waarvan onder meer een onderzoek naar *Time-limited interests in land* is gepubliceerd, biedt daartoe een aanzet.[58] Voorbeelden van Europese rechtsstelsels waarin de rechtsverhouding

57 In het Belgische recht wordt veel minder strak aan het onderscheid vastgehouden, zie bijvoorbeeld Sagaert 2014, p. 11 en Verheye 2017, p. 502. In het Noorse recht, dat geen burgerlijk wetboek kent, is het onderscheid in de theorie wel bekend, maar blijft het zonder betekenis, Lilleholt 2014, p. 28 en Falkanger & Falkanger 2013, p. 31-32.

58 Van Der Merwe & Verbeke 2012. Dit boek bevat twaalf specifieke vragen over gebruiksrechten op grond van een ander beantwoord naar de regels van vijftien nationale rechtsstelsels.

(deels) wettelijk is geregeld zijn het Duitse, Oostenrijkse, Noorse, Zweedse, Belgische en het Engelse recht.[59] In de meeste van deze landen speelt eveneens de doorwerking van het Europees consumentenrecht. Met name lijkt een nadere studie van de Noorse erfpachtwet relevant vanuit het oogpunt van de rechtsverhouding. In Noorwegen bestond voor invoering van de erfpachtwet in 1976 een situatie die vergelijkbaar was met de huidige Nederlandse situatie. De wet werd ingevoerd naar aanleiding van de bezwaren van erfpachters tegen aanzienlijke canonstijgingen als gevolg van gestegen grondwaarden en het was de bedoeling van de wetgever de zwakkere contractspartijen te beschermen en daarmee het evenwicht in de contractvrijheid te herstellen. Expliciet was het de bedoeling om de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter te regelen in een afzonderlijke wet naast de goederenrechtelijke regels die in algemene wetten waren opgenomen. In 2012 bleek de Noorse wetgever te ver doorgeschoten in de bescherming van de erfpachter en moest de wet als gevolg van een arrest van het Europees Hof voor de Bescherming van de Rechten van de Mens op een cruciaal punt worden aangepast.[60] Ook van een dergelijk oordeel valt veel te leren over het benodigde evenwicht tussen de belangen van de beide betrokkenen bij erfpachtrechten, erfverpachter en erfpachter.

59 In België zal de erfpachtwet van 14 januari 1824 die nog steeds van kracht is, aangevuld met de wet van 14 mei 1955 waarin onder meer een regeling voor canonherziening was opgenomen, binnen afzienbare tijd worden vervangen door een nieuwe regeling in het Burgerlijk Wetboek. Over het bestaande recht zie Verheye 2017, p. 490-493 en Sagaert 2014. Een andere reden voor een vergelijking is dat in het Belgisch recht het onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht veel minder strikt wordt gemaakt en verbintenissen tussen erfpachter en erfverpachter als veel vanzelfsprekender worden aangenomen. Volgens Sagaert 2014, p. 11 is een uitgangspunt van het Belgische goederenrecht dat ook zakelijke rechten worden gedacht in termen van verbintenisrechtelijke verhoudingen. Vgl. ook Sagaert 2005, p. 998-1000.

60 EHRM 12 juni 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD001322108 (*Lindheim e.a./Noorwegen*). Naar deze uitspraak werd in Kamervragen vergeefs verwezen, *Aanhangsel Handelingen II* 2017/18, 740, vraag 5 van de leden Ronnes en Van den Berg (beiden CDA) over erfpacht in Amsterdam: "Kent u de ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk en Noorwegen waar bij wet geregeld wordt dat de bescherming van erfpachters verbeterd wordt?"

Samenvatting

Bij een recht van erfpacht zijn twee personen betrokken: enerzijds de eigenaar van een onroerende zaak die meestal bestaat uit een perceel grond, dat voor lange duur in gebruik wordt gegeven aan een ander en anderzijds degene die tegen betaling dat perceel grond in gebruik krijgt. De eerste wordt erfpachtgever of erfverpachter genoemd, de tweede is de erfpachthouder of erfpachter. Deze personen kunnen ieder bestaan uit één of meerdere natuurlijke personen of rechtspersonen en zijn voor de duur van het gebruiksrecht aan elkaar en aan hun rechtsopvolgers onder algemene of bijzondere titel verbonden. Erfpachtrechten kunnen worden gecombineerd met een afhankelijk recht van opstal voor de op de grond aanwezige of te stichten gebouwen. De rechtsbetrekking tussen erfpachter en erfverpachter wordt in de wet uitsluitend door het goederenrecht geregeld en betreft dan het ontstaan van het erfpachtrecht, de beëindiging ervan en een aantal bepalingen van meestal regelend recht over bevoegdheden en verplichtingen ten aanzien van de onroerende zaak. Partijen hebben een grote vrijheid bij het bepalen van de duur van het recht, de bestemming van de grond en de overige inhoud van het recht waardoor erfpacht zich leent voor veel verschillende toepassingen. Het bekendst is de toepassing die stedelijke erfpacht wordt genoemd en waarbij gemeenten als erfverpachter stelselmatig grond voor woningbouw in erfpacht uitgeven, daarnaast wordt erfpacht ook gebruikt voor bedrijfsmatige bestemmingen van grond zoals industrieterreinen, havens, kantoren en agrarische erfpacht. Erfpacht wordt ook toegepast voor grond met de bestemmingen natuur en recreatie. De wetgever heeft de rechtsverhouding bedoeld als een verhouding tussen gelijkwaardige partijen die door onderhandeling over de erfpachtvoorwaarden een evenwicht bereiken tussen de belangen van beide partijen. De praktijk is dat erfverpachters doorgaans particuliere of publieke organisaties zijn die meerdere percelen in erfpacht uitgeven en daarvoor algemene erfpachtvoorwaarden opstellen, terwijl erfpachters meestal een erfpachtrecht op één perceel hebben waarop zij wonen of hun bedrijf uitoefenen.

Uit de in de vestigingsakte opgenomen bevoegdheden en verplichtingen van partijen kunnen verbintenissen volgen voor partijen jegens elkaar. De rechtsbetrekking tussen erfverpachter en erfpachter kent geen bijzondere regeling in het verbintenissenrecht wat in de loop der tijd heeft geleid tot de vraag of het verbintenissenrecht

wel op deze rechtsverhouding van toepassing is. Centraal in dit onderzoek staat de vraag hoe de rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter juridisch gekwalificeerd moet worden. Het Nederlandse recht maakt een vrij strikt onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht, maar juist bij erfpacht is er naar mijn mening aanleiding voor wat genoemd wordt de relativering van goederenrechtelijke rechten. Dan wordt niet alleen strikt gehandhaafd wat kenbaar is uit de vestigingsakte zoals die in de openbare registers is ingeschreven, maar is er ook ruimte om in de omstandigheden van het geval te oordelen dat vasthouden aan soms lang geleden gemaakte afspraken naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid voor een der partijen onaanvaardbaar zou zijn.

Om de vraag naar de kwalificatie van de rechtsverhouding te kunnen beantwoorden heb ik eerst gekeken naar de opvattingen van de wetgever, de doctrine en de rechtspraak over deze rechtsverhouding. Dat aan de vestiging van erfpachtrechten een overeenkomst ten grondslag kon liggen werd door de wetgever erkend, maar voor de overzichtelijkheid van het wetboek werd het erfpachtrecht ingedeeld bij de zakelijke rechten. Voor de canonverplichting werd al vroeg een kwalitatieve verbintenis aangenomen waarmee deze verplichting in het wettelijke stelsel kon worden ingepast. De gelaagde structuur van het nieuwe BW plaatste het erfpachtrecht in het goederenrecht, maar maakte toepassing van het algemeen verbintenissenrecht op verbintenissen uit goederenrechtelijke rechtsverhoudingen mogelijk door middel van de kwalitatieve verbintenis, schakelbepalingen en de analoge toepassing van de open norm van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW. De wet staat daarmee niet in de weg aan toepassing van het verbintenissenrecht op goederenrechtelijke verhoudingen mits rekening wordt gehouden met de specifieke goederenrechtelijke bepalingen. Ik sluit mij aan bij de opvatting uit de doctrine dat goederenrechtelijke rechten beschouwd moeten worden als betrekkingen tussen personen en niet als een betrekking tussen een persoon en een goed en ontleen aan rechtsgeleerde Eggens de opvatting dat de goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke betrekkingen die voortvloeien uit een erfpachtrecht twee verschillende dimensies van dezelfde rechtsbetrekking zijn die naast elkaar bestaan.

Uit het overzicht van opvattingen blijkt dat de inhoud van een erfpachtrecht wordt bepaald door (het stelsel van) de wet, de van toepassing verklaarde algemene erfpachtvoorwaarden en de bijzondere voorwaarden opgenomen in de vestigingsakte. Naast deze goederenrechtelijke bronnen van de inhoud van het erfpachtrecht, kunnen eventuele aanvullende obligatoire overeenkomsten tussen bepaalde partijen gelden. De goederenrechtelijke of verbintenisrechtelijke aard van de verschillende soorten bronnen is bepalend voor de wijze van toetsing van de afspraken. Geconstateerd kan worden dat niet wordt betwist dat uit beperkte rechten verbintenissen voor partijen kunnen voortvloeien, de wet staat er niet aan in de weg, hooguit is er een vraagstuk van de juiste dogmatische inbedding in het stelsel van de wet, en in de rechtspraak worden verbintenisrechtelijke leerstukken zoals de maatstaven van redelijkheid en billijkheid en de uitleg van overeenkomsten toegepast op de goederenrechtelijke rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter. Voor het vervolg van het onderzoek werd de vraag of het algemeen verbintenissenrecht van Boek 6 BW van toepassing is op erfpachtrechten

vervangen door de meer specifieke vraag in welke gevallen het algemeen verbintenissenrecht kan worden toegepast op welke elementen van erfpachtrechten. Er moet dus gedifferentieerd worden naar de inhoud van de erfpachtvoorwaarden, de wijze waarop partijen hun rechtsverhouding hebben ingericht. In het vervolg van het onderzoek is de nadruk gelegd op de uitoefening van de afgesproken bevoegdheden en verplichtingen. Voor een uitgebreide samenvatting van mijn bevindingen per hoofdstuk verwijs ik naar par. 7.2.

Indien een geschil voortvloeit uit een beding opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden biedt de algemene voorwaardenregeling, versterkt met een interpretatie conform de Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, een verhoogde bescherming aan de erfpachter van een recht met de bestemming wonen. Voor erfpachtrechten met een andere bestemming geldt de toets aan art. 6:233 sub a BW ook, zonder de 'aanzienlijke verstoringstoets' van Richtlijn 93/13/EEG. Erfpachtvoorwaarden die geldig overeengekomen zijn, maar in hun uitwerking onredelijk bezwarend zijn voor de erfpachter mogen niet worden toegepast. Bij de toetsing of een erfverpachter zijn toestemming voor een (rechts)handeling van de erfpachter op redelijke gronden weigert en/of de aan die toestemming verbonden voorwaarden redelijk zijn, worden alle omstandigheden van het geval en de wederzijdse belangen van partijen in de beoordeling betrokken. Deze redelijkheidstoets kan worden opgevat als een *lex specialis* van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De omstandigheden van het geval, waaronder de gebonden positie van de erfpachter bij het einde van een tijdelijk recht, bij het einde van een tijdvak van een voortdurend recht of bij aankoop van de bloot eigendom, vormen een belangrijke factor bij de beoordeling van geschillen over de beëindiging van erfpachtrechten en dit geldt ook voor geschillen over de uitoefening van een bedongen bevoegdheid tot canonherziening. Ook de canonherziening zelf wordt beoordeeld naar de eisen van redelijkheid en billijkheid. Een overheidsorganisatie als erfverpachter heeft de beleidsvrijheid de erfpachtvoorwaarden bij verlenging van het recht aan te passen aan de tijd en kan daarbij ook de canon verhogen, maar dient bij het toepassen van die wijzigingen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen en te voldoen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid. Dat brengt onder meer mee dat het besluit tot verlenging moet berusten op een evenwichtige belangenafweging. Bij geschillen over de hoogte van de eventueel door deskundigen vastgestelde koopsom voor de bloot eigendom, de opstalvergoeding of de waarde van het erfpachtrecht wordt aan de hand van alle omstandigheden van het geval beoordeeld of de prijs redelijk is, al maken de verschillen tussen erfpachtvoorwaarden en het ontbreken van een objectieve norm voor de waarde van grond dit wel lastig.

Alles overziend concludeer ik dat aan erfpachtrechten een verbintenisrechtelijke dimensie naast een goederenrechtelijke dimensie kan worden onderscheiden en dat het onderzoek de verbintenisrechtelijke dimensie van de erfpachtverhouding in kaart heeft gebracht. Inpassing in het stelsel van de wet en toepassing van het algemeen verbintenissenrecht leidt in de praktijk niet tot onoverkomelijke problemen. Erfverpachter en erfpachter dienen bij hun gedragingen met betrekking tot de onroerende zaak rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belan-

gen. De rechtsverhouding dient zo te worden ingericht dat sprake is van een zeker evenwicht tussen de belangen van erfpachter en erfverpachter en vanuit de optiek van dat evenwicht wordt de rechtsverhouding ook steeds vaker beoordeeld. In alle bestudeerde gevallen blijkt dat de uitoefening van goederenrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen mede wordt beoordeeld aan de hand van de verbintenisrechtelijke maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De toepassing van het verbintenissenrecht is omvangrijker naarmate het onderwerp door de wetgever meer aan de contractvrijheid is overgelaten. Daarmee vinden we meer verbintenissenrecht in oordelen over de niet wettelijk geregelde canonherziening dan bij de wel wettelijk geregelde beëindiging van erfpachtrechten. De toepassing van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid fungeert als correctie-instrument in de gevallen dat nakoming van de afspraken uit een lang verleden door gewijzigde omstandigheden en/of uitleg van onduidelijke bepalingen onaanvaardbaar is geworden. Het vraagstuk aan welke gerechtigde gedurende de looptijd van een erfpachtrecht de waardeverandering toekomt die de onroerende zaak als gevolg van externe factoren ondergaat, ligt ten grondslag aan veel erfpachtconflicten en kan in het algemeen alleen aan de hand van art. 5:89 lid 1 BW en daarmee aan de hand van de algemene en bijzondere erfpachtvoorwaarden van het geval worden beslist. Op vele verzoeken van erfpachters tot nadere regulering van het erfpachtrecht heeft de wetgever steeds aangegeven een voorkeur te hebben voor zelfregulering boven overheidsregulering, onder verwijzing naar de op initiatief van de banken opgestelde criteria voor de beoordeling van particuliere erfpachtvoorwaarden. Deze criteria houden onder meer in dat een eenzijdige bevoegdheid van de erfverpachter de canon en/of de algemene voorwaarden te wijzigen een te groot risico vormen voor hypothecaire financiering van erfpachtrechten. Vanwege de uitgebreide toepassing van de algemene voorwaardenregeling met ambtshalve toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG, de effectiviteit van de bancaire richtlijn en het opheffen van erfpachtstelsels met periodieke wijziging van canon en voorwaarden, lijkt een omvangrijke wijziging van de wet gericht op meer bescherming van de erfpachter op dit moment niet noodzakelijk. Voor de maatwerktoepassing van erfpacht voor bedrijfsmatige bestemmingen en herontwikkeling van gebieden bieden de wettelijke regeling en de jurisprudentie voldoende aanknopingspunten voor de praktijk mits rekening wordt gehouden met het vereiste evenwicht in de rechtsverhouding.

Summary

The legal relationship between leaseholder and landowner

A right of leasehold involves two parties: on the one hand the owner of an immovable property, in most cases a plot which is given in use to someone else for the long term, and on the other hand the person who obtains that plot in use against payment of a fee. The first party is called groundlease landlord or leasehold landlord, the second party is the leasehold owner or leaseholder. All of these parties may consist of one or more natural persons or legal entities and are bound by each other and their legal successors by universal or particular title for the duration of the right of use. Leasehold rights may be combined with a dependent right of superficies for the buildings which are present or yet to be erected on the land. The legal relationship between a leaseholder and a leasehold landlord is exclusively laid down in property-law legislation and then refers to the creation of the right of leasehold, the termination thereof and a number of provisions of, in most cases, non-peremptory law with respect to powers and obligations concerning the immovable property. The parties have considerable liberty when it comes to determining the duration of the right, the designated use of the land and the other contents of the right, which makes leasehold suitable for many different applications. The most famous is the application called urban leasehold, in which municipalities, in their capacity as leasehold landlords, systematically issue land in leasehold for housing construction, but apart from this leasehold is also used for designated commercial use of land such as industrial zones, ports, offices and agricultural leasehold. Leasehold is also applied for land with designated use as nature and for recreation. The legislator has intended the legal relationship to be a relationship between equal parties who reach a fair balance between the interests of both parties by negotiating the leasehold terms and conditions. Everyday practice is that leasehold landlords are typically private or public organisations who issue multiple plots in leasehold and who determine the general leasehold terms and conditions concerned, while most leaseholders have a right of leasehold on one plot on which they live or run their business.

The powers and obligations of the parties contained in the deed establishing the right of leasehold may lead to commitments for the parties vis-à-vis each other.

The legal relationship between the leasehold landlord and the leaseholder provides no special arrangements in contract law, which in the course of time has led to the question whether contract law is indeed applicable to this legal relationship. A central question in this PhD research is how the legal relationship between a leaseholder and a leasehold landlord must be qualified in a legal sense. Dutch law makes quite a strict distinction between property law and contract law, but in particular leasehold gives cause, in my opinion, for what is called the relativization of property-law rights. This is not only subject to strict enforcement, which becomes evident from the deed establishing the right of leasehold as it is registered in the public registers, but there is also room to rule under the circumstances of the case that persisting in arrangements which were sometimes made a long time ago would be unacceptable to one of the parties according to the principles of reasonableness and fairness (*redelijkheid en billijkheid*).

In order to be able to answer the qualification question of the legal relationship, I have first examined the views of the legislator, the doctrine, as well as case law on this legal relationship. That establishing rights of leasehold could be based on an agreement was acknowledged by the legislator, but for the purpose of transparency of the code of law the right of leasehold was ranked among the real rights. For the ground rent obligation, a qualitative commitment was already assumed at an early stage, as a result of which this obligation could be incorporated into the legal system. The layered structure of the new Dutch Civil Code ('DCC') has positioned the right of leasehold within property law, but made it possible to apply general contract law to commitments arising from property-law legal relationships through the qualitative commitment, linking provisions, and through analogous application of the open standard of reasonableness and fairness of Section 6:2 DCC. This means that the law does not prevent contract law from being applied to property-law relationships, provided that due consideration is given to the specific property-law provisions. I endorse the view from the doctrine that property-law rights must be considered as relationships between persons and not as a relationship between a person and a property, and I follow the view of jurist Eggens that the property-law and contract-law relationships arising from a right of leasehold are two different dimensions of the same legal relationship which are in existence next to each other.

The contents of a right of leasehold are determined by the law and/or the legal system, the general leasehold terms and conditions declared applicable, and the special conditions contained in the deed establishing the right of leasehold. In addition to such property-law sources of the contents of the right of leasehold, additional obligatory agreements may apply between specific parties. The property-law or contract-law nature of the individual kinds of sources is crucial for how the arrangements will be assessed. That limited rights may result in commitments for parties is not disputed. The law does not prevent this – even though the question may be posed what would be the appropriate dogmatic embedding in the legal system – and, in case law, contract-law doctrines such as the principles of reasonableness and fairness and the interpretation of agreements are applied to the property-law legal relationship between a leaseholder and a leasehold landlord. For the next phase of the research, the question whether the

general contract law of Book 6 DCC is applicable to leasehold rights has been replaced by the more specific question in what cases general contract law may be applied to what elements of leasehold rights. It is in other words necessary to differentiate according to the contents of the leasehold terms and conditions, the manner in which the parties have set up their legal relationship. In the next phase of the research, the emphasis was placed on the exercise of the agreed powers and obligations.

In jurisprudence research, the central focus was on the assessment of the contract-law dimension on the one hand, while on the other hand a survey was made of legal issues occurring in the area of general leasehold terms and conditions (see Observations from chapter 3), the consent requirement (*toestemmingsvereiste*, see Observations from chapter 4), ground-rent review (see Observations from chapter 5), and termination of leasehold rights (see Observations from chapter 6). In chapter 7, the outlines of the review standards have been defined, and guidelines from jurisprudence have been identified which are applicable to the entire legal relationship. The summary makes a distinction between the property-law consequences of a specific clause, depending on the correct inclusion in the deed establishing the right of leasehold or other sources, and the contract-law consequences of the application of a clause at a specific moment, in which a power or obligation from the deed establishing the right of leasehold or another source is converted into concrete commitments of specific persons vis-à-vis each other. It is also specified in what cases, and how, the general contract law of Book 6 DCC is applicable.

Observations from chapter 3 – General leasehold terms and conditions
The research has been gradually expanded by taking an individual closer look at general leasehold terms and conditions because of the interesting developments happening in that area. The general conditions regime affects the power of the leasehold landlord to apply a clause from general leasehold terms and conditions, and forms a powerful instrument for the leaseholder to oppose application of such a clause. General leasehold terms and conditions are by all means governed by Book 6 DCC. Ever since the beginning of the twentieth century, major leasehold landlords such as municipalities have made frequent use of general leasehold terms and conditions. The general conditions regime of Part 6.5.3 DCC introduced in 1992 is applicable to such general leasehold terms and conditions (except for clearly defined key clauses), because, according to the legislator, the protection concept behind the general conditions regime ought to extend to general leasehold terms and conditions, even if used by a public authority acting as leasehold landlord. If a clause from general leasehold terms and conditions is unreasonably encumbering upon the leaseholder from the moment of establishment, the leaseholder may declare the clause null and void pursuant to the open standard of Section 6:233 (a) DCC. Regardless of the contents thereof, general leasehold terms and conditions are governed by Part 6.5.3 from Book 6 DCC, and the legal relationship between a leaseholder and a leasehold landlord is the central focus in a review by a court of law. The court of law will make a comparison between the legal position of the leaseholder with and without the clause, based on all known interests of the parties, giving due consideration to all

circumstances of the case, including but not limited to the interests of third parties. If such comparison turns out to the disadvantage of the leaseholder, in the sense that the consequences of the clause are *unreasonably* encumbering, the clause cannot be applied.

This legal development gained force under the influence of European consumer protection legislation with the introduction of the mandatory official assessment of clauses from general leasehold terms and conditions against the Unfair Contract Terms Directive. An assessment of Part 6.5.3 DCC in accordance with the Directive contains an interpretation of the general conditions regime seen from the perspective of the wording and intention of the Directive, and jurisprudence of the European Court of Justice ('ECJ') contains increasingly precise instructions for the application of the European standard, the indicative list of unfair contract terms and the assessment of the *substantial* disruption of the fair balance between the parties caused by a specific contract term. The application of the Directive is primarily determined by the capacity of the parties, a professional leasehold landlord and a consumer-leaseholder. For legal successors acting in a different capacity than the original leaseholder, a predictability criterion (*voorzienbaarheidscriterium*) has become widely used under Dutch law. As a result of the temporal scope of application of the Directive, not all current leasehold rights fall within the scope of the Directive, but a voluntary application to rights established before 31 December 1994 seems possible. The assessment in accordance with the Directive also includes a comparison method, but the comparison with the legal provisions of consent for transfer of Section 5:91 DCC, or for the change of contents of leasehold rights pursuant to Section 5:97 DCC applied mid-2017 in three leasehold disputes, was not always equally successful. An interpretation of Section 5:91 (4) DCC in accordance with the Directive does lead to an assessment of leasehold relationships with more attention for the fair balance between the interests of the leaseholder and the leasehold landlord, forms a supplement to the legal provision, and adds a fundamental level of protection for the leaseholder-consumer. For unilateral amendment clauses in general leasehold terms and conditions, including but not limited to ground-rent increase clauses, the transparency imperative from the Directive – broadly interpreted in ECJ jurisprudence – may be applied. The standard of the ECJ is in line with the standard from the guideline drawn up by the banks: the ground for the change must be laid down in the deed establishing the right of leasehold clearly and understandable to the leaseholder, as well as how the change of the price will be calculated, inter alia, so that the leaseholder will be able to make a realistic pre-estimate of the economic consequences of the right of leasehold during the entire term of validity. Private leasehold terms and conditions which did not meet the guideline and therefor resulted in a non-transferable right of leasehold have so far been declared null and void by a court of law.

The assessment of contract terms from general leasehold terms and conditions in accordance with the Directive has shifted the emphasis even more to the legal relationship. Where previously it used to be obvious that an assessment in accordance with the principles of reasonableness and fairness involved the

interests of the parties in the assessment, today it is also required that there must be a *fair balance* between the rights and obligations for the leaseholder and the leasehold landlord arising from the deed establishing the right of leasehold. The legislator had expressly left the contents of the right of leasehold to the discretion of party autonomy, however in cases in which the leaseholder must be regarded as a consumer and many of the leasehold terms and conditions are contained in general conditions, the room for that party autonomy has shrunk. How the interests of third parties in property-law rights relate to that fair balance still remains to be seen.

Observations from chapter 4 – Consent requirement
The legal concept consent forms part of the contract-law dimension within the legal relationship and consists of the power of the leasehold landlord to grant or deny consent for a specific legal or factual act on the one hand, and on the other hand of the obligation of the leaseholder to obtain the consent of the leasehold landlord in order to be able to perform specific legal or factual acts. The power and the obligation are complementary and follow from the law when referring to a change of designated use and from the deed establishing the right of leasehold and/or the general leasehold terms and conditions when referring to other legal or factual acts. For transfer and subdivision the law prescribes that consent must be laid down in the deed establishing the right of leasehold, including but not limited to a consent agreed upon in general leasehold terms and conditions which are registered. The leasehold landlord has considerable discretionary power to grant or deny the consent, in principle. A consent requirement contained in the deed establishing the right of leasehold which is sufficiently related to the right of use is connected to the property and is also applicable to legal successors.

The survey made a distinction between the legal forms of consent for subdivision of a right of leasehold into multiple rights, for subdivision of a right of leasehold into apartment rights, for transfer of a right of leasehold, and for a change of the use or designated use of the immovable property. In addition, the leasehold terms and conditions could also contain other forms of consent. Titles 5.7 and 5.9 DCC contain specific rules for each of these forms, while consent clauses contained in general leasehold terms and conditions are governed by Part 6.5.3 DCC. In jurisprudence, such rules have been complemented for each form with general and sometimes specific provisions for cases in which it is reasonable to deny consent or to attach conditions to the consent.

The best protection for leaseholders is provided by applying the general conditions regime, pursuant to which contract terms are assessed on their merits and may be declared null and void for being unfairly encumbering upon the leaseholder, but this does not affect the consent requirement per se, because, as a legal regime, this falls beyond the scope of the general conditions assessment (*voorwaardentoets*). An unfair refusal of consent may be replaced by giving the Sub-District Court Judge a mandate, as a result of which the leaseholder may perform the legal or factual act after all, in which case the consent clause will be left out of consideration because of the implementation assessment (*uitoefeningstoetsing*). It cannot be excluded that the Sub-District Court Judge will declare the consent

clause from general leasehold terms and conditions null and void because it is unreasonably encumbering upon the leaseholder, but primarily an implementation assessment will be made. It has become evident from jurisprudence research of the reasonableness opinion of the Sub-District Court Judge on consent that a leasehold landlord, in its decision to deny the consent or attach conditions to it, must demonstrably give due consideration to the interests of the leaseholder. Application of the consent requirement to leasehold relationships is in any event governed by the following three criteria. Denying consent for subdivision, transfer, or change of designated use of a right of leasehold, or attaching conditions to such consent is first of all unreasonable if the consequence of the refusal or the condition is that the right of leasehold can no longer be transferred, which is incompatible with the property-law character of the right of leasehold. Second, denying consent is unreasonable if it implies that the leasehold landlord acts in breach of the intentions of the legislator and poses conditions which have no connection with the agreed use of the immovable property. Third, unfairness may be at stake if the leasehold landlord or the leaseholder acts in breach of other provisions from the deed establishing the right of leasehold and the general leasehold terms and conditions. The contracting parties' intention of a specific consent clause is interpreted in accordance with objective principles based on the wording of the clause seen from the perspective of the other contents of the deed.

The court of law will make a full reasonableness assessment (*redelijkheidstoetsing*) of a refusal to grant consent or of a condition attached to a consent, which assessment will be made based on all circumstances of the case. Consent for a change of designated use pursuant to Section 5:89 (2) DCC will be assessed by analogy with the reasonableness assessment of Section 5:91 (4) DCC. Performing a legal act without the required consent may be a ground for termination of the right of leasehold pursuant to Section 5:87 (2) DCC, which termination will also be assessed based on the circumstances of the case and by giving due consideration to the interests involved. The contents of the reasonableness assessment have been developed in jurisprudence and show characteristics of an assessment of the restrictive effect of reasonableness and fairness pursuant to Section 6:248 (2) DCC, possibly in the form of abuse of power. This means that property-law obligations will also be assessed based on the contract-law principles of reasonableness and fairness. If public authorities act as leasehold landlords, such principles will be complemented, pursuant to Section 3:14 DCC, with the general principles of proper administration. The rules recently developed in jurisprudence in the area of consent refer to a full assessment by a court of law of the reasonableness of the condition attached to consent and/or denying consent and granting authorization to transfer subject to certain conditions. If the consent clause is contained in general leasehold terms and conditions, this may lead to an assessment against Part 6.5.3 DCC, interpreted ex officio in accordance with the Directive in case of consumer agreements. It is fair to pose the question whether it is reasonable that such a difference of assessment is connected to the difference in background and thus to the extent to which the leaseholder ought to be assumed familiar with the condition, and thus to protection of the leaseholder against unreasonable conditions.

The judgments investigated in chapter 3 rarely referred to a condition for consent explicitly laid down in the deed establishing the right of leasehold or the general leasehold terms and conditions, but the central question was whether the leasehold landlord made use of its consent authority in a reasonable manner. Public authorities acting as leasehold landlord laid claim on the general leasehold terms and conditions more often than private leasehold landlords, but not always rightfully. In one case only the condition for consent was explicitly laid down in the general leasehold terms and conditions, which provision was declared null and void pursuant to an interpretation of Section 6:233 (a) DCC in accordance with the Directive.[1] In principle, consent conditions which are not based on the general leasehold terms and conditions are assessed against Section 5:91 (4) DCC or Section 6:248 (2) DCC. The main difference between content assessment (*inhoudstoetsing*) against Part 6.5.3 DCC and the implementation assessment is the legal consequence; in the first case, the condition may be declared null and void, and in the second case it may be left out of consideration in that particular case only.

Observations from chapter 5 – Ground-rent review

Ground rent may be regarded as the fee paid by a leaseholder to the leasehold landlord in exchange for the right of use. Since the middle of the twentieth century, leasehold landlords have massively changed from a fixed ground rent to a variable ground rent, in particular municipalities acting as leasehold landlords proceeded during the term of validity of the right the ground rent to periodic recalculations in order to meet one of the targets of urban leasehold, i.e. interim collection of the value increase of the land. The legislator has deliberately left it to the discretion of the party autonomy to re-establish the ground rent (or not) at any time during the term of validity of the right, and how to calculate the ground rent during such review. Due to a lack of any fixed and generally recognized standard for determining a reasonable ground rent, execution of the power of the leasehold landlord to review the ground rent often leads to disputes. Due to the fact that the ground rent is laid down in legislation, the review of the ground rent meets the sufficient-connection requirement (*voldoende verband-vereiste*) and a ground-rent review clause is connected to the property. A review of the ground rent poses a change to the contents of the legal relationship which must be formalized by notarial deed which is registered in the public registers. In most cases, ground-rent review clauses are laid down in general leasehold terms and conditions and may then be assessed against Part 6.5.3 DCC, and consumer relationships will be interpreted ex officio in accordance with the Unfair Contract Terms Directive.

There are several forms of ground-rent review, ranging from a review without any prior arrangement to a review applied based on procedure and contents in accordance with a detailed prior arrangement. Jurisprudence has shown that a ground-rent review without any basis in the deed establishing the right of leasehold or the general leasehold terms and conditions is unreasonably

1 Court of Appeal of Arnhem-Leeuwarden 19 September 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*Staatsbosbeheer/leaseholder*).

encumbering upon the leaseholder according to the principles of reasonableness and fairness. The exercise of an agreed power to review the ground rent will also be assessed against Section 6:248 (2) DCC, even if the leasehold terms and conditions contain crystal-clear provisions regarding ground-rent review, with concrete regulations regarding the calculations and the principles that must be applied. If a ground-rent review has been performed in accordance with the arrangements, if due consideration has been demonstrably given to the interests of the leaseholder, and if no unforeseen circumstances occur, the reviewed ground rent must be paid by the leaseholder.

In all variants, an interim ground-rent review may be implemented through indexing. This is regarded as an acceptable and predictable form of ground-rent adjustment, provided that there is no double inflation compensation and provided that a generally accepted index is applied. In case of temporary leasehold rights, the ground rent may be reviewed from time to time, as well as in case of renewal of the right of leasehold upon termination of the term of validity. In case of renewal of a temporary right of leasehold, the leasehold landlord must give due consideration to the interests of the current leaseholder under the existing legal relationship. In case of leasehold rights with individual ground-rent timeframes for an indefinite term (called continuing leasehold), the ground rent will be reviewed at the end of a timeframe. Ever since the creation of urban leasehold, it was foreseen that leaseholders would have objections against an increase of the ground rent upon commencement of a new timeframe of continuing rights. Such reviews of the ground rent were typically determined by experts based on a binding expert opinion and then submitted to a test of reasonableness by a court of law if the expert opinion filled a gap within the legal relationship. If the binding expert opinion ought to be considered as a dispute settlement, a full assessment will be made based on the interests of the parties and all circumstances of the case. A recent development in urban leasehold is conversion from continuing leasehold into perpetual leasehold without any ground-rent review. In due course, this will resolve the occurring problems of ground-rent review, but transfer regimes in which the ground rent is bought off as a 'perpetual' lump sum are still a nightmare. The conversion into perpetual leasehold is not applicable to commercial leasehold rights and the problems with ground-rent review will continue to exist as before.

Through self-regulation, the mortgage banks have developed a banking guideline for private leasehold, based on which the financing risks of leasehold rights may be assessed. This guideline pays special attention to leasehold terms and conditions concerning ground-rent review, because these may have a long-term impact on the housing expenses and unpredictable changes of the right of leasehold which in turn may lead to an increase of the ground rent are unacceptable to lenders. A right of leasehold that is not in compliance with this guideline is more difficult to transfer, and on this ground alone the contract term causing this is unreasonably encumbering upon the leaseholder and may be declared null and void. In the assessment of ground-rent review clauses from general leasehold terms and conditions against the Unfair Contract Terms Directive, the fair balance between the rights and obligations of the parties arising from the right of leasehold

forms a new criterion, from which the leaseholder of a right of leasehold with designated residential use cannot derive any increased protection.

The jurisprudence research of ground-rent review provisions and their relational effect has affirmed the property-law rule that the power to review the ground rent upon commencement of the right of leasehold in the deed establishing the right of leasehold and/or in the general leasehold terms and conditions must be laid down in order to be connected to the property. Only then can it create the commitment on the part of the leaseholder to pay the reviewed ground rent. A ground-rent review provision can never be defined too clearly; due to the lapse of time between establishment and application of the ground-rent review clause, such clauses often need to be clarified. The interpretation of notarial deeds is governed by objective principles. Disputes sometimes refer to the power of the leasehold landlord to review the ground rent, but in most cases disputes are about the manner in which the leasehold landlord has exercised its power to review the ground rent. Such exercise may refer to the agreed procedure or to the agreed manner in which the review of the ground rent will be calculated. Assessment of implementation disputes shows a trend. Where it was previously strictly assessed whether or not the leasehold landlord had complied with the arrangements regarding ground-rent review, today due consideration is increasingly given to the circumstances of the case, claim is often laid on the principles of reasonableness and fairness, for municipal leasehold landlords bolstered with the general principles of proper administration. This is why the sources for such assessment are no longer exclusively based on property law, but also partly on Book 6 DCC and administrative law. This more extensive assessment does more justice to the interests of the leaseholders, but the expectations should not be raised too high either. Upon establishing the right of leasehold, leaseholders have in most cases agreed to ground-rent review clauses whose consequences they could not grasp, whose wording must be explained upon application in order to establish the party's intention, which may have become out of date, for instance because the interest rate has dramatically changed or a specific index has been replaced, which is nevertheless a valid legal basis for review and may be rightfully applied by the leasehold landlord. It is still too early to answer the question what would be an objectively reasonable review. As a rule, the court of law is also unable to determine the amount of a reviewed ground rent, and independent experts are typically appointed for this purpose. Two variables make it impossible to make any general statements about ground-rent review: the many different ground-rent review clauses from leasehold terms and conditions, and the differences of opinion among experts.

What matters during the assessment whether or not a ground-rent review is reasonable is not the increase of the ground rent as such – a ground-rent explosion does not have to be unreasonable under the circumstances – but the manner in which the power to review the ground rent is exercised by the leasehold landlord or by the engaged experts. Criteria playing a role in the assessment of ground-rent review are i) the legal basis in the deed establishing the right of leasehold or the general leasehold terms and conditions of the power of the leasehold landlord to unilaterally review the ground rent, ii) the predictability of the review in the

sense that a frequency for periodic ground-rent review has been provided, or whether it has been set forth unambiguously under what circumstances the ground rent may be reviewed and iii) the determinability of the review in the sense that the amount after the review is based on an objective basis, independent of the leasehold landlord. Finally, the leasehold landlord must make a reasonable use of its power to review, and the review itself must also be reasonable. Due to the fact that in practice a multitude of amendment clauses are being used and there is no consensus on what the right valuation methods are for land, ground rent and leasehold rights, the ground-rent review itself and the assessment thereof are far from simple. It must be assessed whether or not the result shows a fair balancing of interests, whether the leasehold landlord has fulfilled its obligation to provide due care to the leaseholder who is in a dependent position, whether the result is not to the disadvantage of the leaseholder, and whether the transferability of the right of leasehold is not put at risk. As a consequence of the banking guideline accomplished through self-regulation, private leasehold landlords will be scrutinized more severely than public authorities acting as leasehold landlords.

Observations from chapter 6 – Termination of leasehold rights
The legal relationship between the leasehold landlord and the leaseholder may be terminated in different ways, and the broad outlines of these forms of termination are laid down in property law, while the parties in the deed establishing the right of leasehold are at liberty to make derogating or additional detailed arrangements concerning the duration of the right of leasehold and the manner of termination. The legal relationship will remain in force as long as this is necessary for the finalization. In this chapter, the central question was whether, upon termination of a right of leasehold, the leasehold landlord and the leaseholder mutually, as well as the court of law, had to give due consideration to the justified interests of both parties becoming evident from the principles of reasonableness and fairness. After expiry of the agreed duration of the right of leasehold, the right lapses at that moment if the leasehold landlord had explicitly made it clear, mostly prior to the moment of termination, to consider the right of leasehold as terminated. Typical for leasehold is the long term for which rights of use are established, so that at the moment of termination other people are involved in most cases than upon commencement. It was foreseeable that most disputes were about proper exercise of a power to terminate the right of leasehold, and the property-law dimension of the right of leasehold was more prominent than in case of a consent or ground-rent review. When assessing whether or not a right of leasehold has been rightfully terminated and whether or not a correct compensation has been paid, the legal requirements and the arrangements from the deed establishing the right of leasehold and the general leasehold terms and conditions are primarily applicable. Yet in addition, a court of law will assess in many cases whether this result is acceptable according to the principles of reasonableness and fairness under the circumstances of the case and in view of the interests of both parties. If the leasehold landlord is a public authority, its acts will also be assessed against the general principles of proper administration. The pre-contractual negotiations towards renewal of a temporary right of leasehold after the term of validity has expired is partly governed by contract law in addition to the rights following from the continuation of the right of leasehold during such negotiations pursuant

to Section 5:98 DCC. When assessing a renewal proposal, the increased ground rent will typically play a central role.

Whether or not a leaseholder is authorized to terminate its right of leasehold will be determined by what is laid down in this regard in the deed establishing the right of leasehold or the general leasehold terms and conditions. Depending on the circumstances, however, a prohibition to terminate may be unacceptable for the leaseholder according to the principles of reasonableness and fairness. Limited rights must be transferable and the principle that an entitled party must be able to abandon its right is also governed by Section 5:97 DCC, which makes it possible for a court of law to cancel a right of leasehold if, according to the principles of reasonableness and fairness, continuation is unfair to ask of the parties. Termination of the right of leasehold by the leasehold landlord happens more frequently than cancellation by a court of law. Termination because of non-payment of the ground rent is valid pursuant to Section 5:87 (2) DCC and will be assessed at the moment of termination; payment at a later stage will not affect the power to terminate. Termination due to serious failure by the leaseholder to fulfil its other obligations will be assessed depending on the circumstances of the case. Jurisprudence confirms the earlier criterion that violation of a fundamental obligation of the leaseholder, such as use of the immovable property in accordance with the agreed designated use, leads to a serious breach of contract sooner than violation of a subordinate obligation. Just like in landlord and tenant law, discovery of illegal hemp growth constitutes a serious breach of contract that justifies termination. Violation of the personal occupancy obligation in case of leasehold rights under the 'Koopgarant' regime constitutes a serious breach of contract because this sabotages the purpose why the right of leasehold was issued in the first place. In case of violation of the legal obligation to maintain, it will depend on how serious the achievement gap is, and whether or not it is likely that the leaseholder will be able to fulfil the obligation in the future. Public authorities may terminate a right of leasehold in the public interest if such ground for termination is laid down in the deed establishing the right of leasehold, and they make frequent use of it during area redevelopments.

A right of leasehold will become null and void by confusion. Purchase of the bare ownership by the leaseholder may present a solution for conflicts between a leaseholder and a leasehold landlord, yet is unsuccessful in many cases because of the purchase price and a lack of consensus on the value of the bare ownership and how that value must be determined. Disputes are assessed based on all circumstances of the case; however, what factors ought to be the crucial factors is still an open question within the area of legal development. Sometimes, an independent and fictitious third party is introduced who can assess the reasonableness of a sales offer according to objective principles. The concrete circumstances are then compared to the principle. In order to determine the compensation upon termination of the right of leasehold, Sections 5:99 DCC and 5:87 (2) DCC do not provide more than the basic principle; how the compensation must be determined exactly is left to jurisdiction. Starting point is the market value of the buildings or the right of leasehold upon termination of the right of leasehold, and experts are usually engaged to calculate the amount of the

compensation. When assessing disputes regarding the compensation, the circumstances of the case may play a role. As a rule, it turns out that where the legal provision leaves room for contractual freedom, it is possible to assess an intended termination based on the circumstances of the case. Where a protocol is prescribed by mandatory rules of law, this assessment possibility is not provided and it will only be possible under exceptional circumstances to give due consideration to developments occurring during a long-term right of leasehold and to the unequal positions of the parties. In most cases, a sales offer is a purely obligatory matter. Only in case of 'Koopgarant' rights, a detailed regime is laid down in the leasehold terms and conditions for the repurchase and the corresponding settlement.

Conclusions from chapter 7

If a dispute arises from a contract term contained in general leasehold terms and conditions, the general conditions regime, bolstered with an interpretation in accordance with the Directive, provides an increased protection to leaseholders of a right of leasehold with designated residential use. Leasehold rights with another designated use are also subject to assessment against Section 6:233 (a) DCC, without the substantial disruption assessment (*verstoringstoets*) of the Directive. Leasehold terms and conditions agreed in a legally valid manner yet unreasonably encumbering upon the leaseholder in their implementation cannot be applied. When assessing whether a leasehold landlord denies its consent for a legal or factual act of the leaseholder on reasonable grounds and whether the conditions attached to such consent are reasonable, all circumstances of the case and the mutual interests of the parties will be taken into account in the assessment. This test of reasonableness may be regarded as a *lex specialis* of the principles of reasonableness and fairness. The circumstances of the case, including but not limited to the dependent position of the leaseholder upon termination of a temporary right, upon termination of a timeframe of a continuing right or when purchasing the bare ownership, form an important factor in the assessment of disputes regarding the termination of leasehold rights, and this is also applicable to disputes regarding the exercise of a negotiated power to review the ground rent. Also the ground-rent review itself will be assessed against the requirements of reasonableness and fairness. A public authority acting as leasehold landlord has the policy freedom to adjust the leasehold terms and conditions to modern times upon renewal of the right of leasehold and may then also increase the ground rent, but must observe the general principles of proper administration when applying such changes and must meet the requirements of reasonableness and fairness. This implies inter alia that the decision to renew must be based on a fair balancing of interests. In case of disputes regarding the amount of the purchase price for the bare ownership, reimbursement of the value of the remaining buildings, works and plants, or value of the right of leasehold, whether or not determined by experts, it will be assessed based on all circumstances of the case whether the price is reasonable, even though the differences between leasehold terms and conditions and the lack of an objective standard for the value of land will make this quite a challenge.

All things considered, my conclusion is that in leasehold rights a contract-law dimension may be distinguished in addition to a property-law dimension, and that the research has clearly mapped out the contract-law dimension of the leasehold relationship. In practice, incorporation into the legal system and application of the general contract law does not lead to unsurmountable problems. In their conduct with respect to the immovable property, leasehold landlords and leaseholders must give due consideration to each other's justified interests. The legal relationship must be set up in such a manner that there is a certain fair balance between the interests of the leaseholder and the leasehold landlord and it is from this perspective of fair balance that the legal relationship is increasingly being assessed. In all examined cases, it turns out that the exercise of property-law powers and obligations are also assessed based on the contract-law principles of reasonableness and fairness. The scope of application of contract law is further-reaching, the more the legislator leaves the subject to the discretion of contractual freedom. As a result, we find more contract law in judgments on non-formalized ground-rent reviews than on termination of leasehold rights laid down in legislation. The application of the principles of reasonableness and fairness thus acts as a fine-tuning instrument in cases where compliance with the arrangements from a distant past has become unacceptable due to a change of circumstances and/or interpretation of unclear provisions. The question which party will be entitled to the change of value of the immovable property caused by external factors during the term of validity of a right of leasehold forms the basis of numerous leasehold conflicts and can only be decided pursuant to Section 5:89 (1) DCC, thus based on the general and special leasehold terms and conditions of the case. In response to numerous requests from leaseholders for further regulation of the right of leasehold, the legislator has consistently expressed a preference for self-regulation above state regulation by referring to the criteria for the assessment of private leasehold terms and conditions drawn up at the initiative of the banks, which criteria imply inter alia that a unilateral power of the leasehold landlord to change the ground rent and/or the general conditions poses too great a risk for mortgage financing of leasehold rights. Due to the extensive application of the general conditions regime with official assessment against the Directive, the effectiveness of the banking guideline and abolishment of leasehold systems with periodic changes of ground rent and conditions, a far-reaching change of the law focused on more protection of the leaseholder does not seem necessary at this moment. For an application of leasehold specifically tailored to designated commercial use and area redevelopment, the legal provision and jurisprudence provide sufficient leads for the daily practice, provided that due consideration is given to the required fair balance within the legal relationship.

Lijst van aangehaalde literatuur

Aa, De Smidt & Huussen 1968
H. Aa, J.T. de Smidt & A.H. Huussen, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. Deel I. Stukken van algemene aard, de gedrukte ontwerpen van 1804 en hun voorgeschiedenis,* Utrecht: Kemink 1968.

Aaftink 1974
H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Utrecht)*,* Deventer: Kluwer 1974.

Aaftink 1980
H.A.M. Aaftink, 'De verbintenis in het algemeen en de overeenkomst', *RM Themis* 1980, p. 578-581.

Ancery 2014
A.G.F. Ancery, 'Toetsing van oneerlijke bedingen: de fictieve toets terug op de kaart?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, p. 103-107.

Asser 1838
C. Asser, *Het Nederlandsch burgerlijk wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon,* Amsterdam: Van Cleef 1838.

Asser 1890
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel,* Zwolle: Tjeenk Willink 1890.

Asser 1896
C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel,* Zwolle: Tjeenk Willink 1896.

Asser & Limburg 1905
C. Asser & J. Limburg, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Derde deel. Eerste stuk,* Zwolle: Tjeenk Willink 1905.

Asser & Scholten 1905
C. Asser & P. Scholten, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel,* Zwolle: Tjeenk Willink 1905.

Asser/Bartels & Van Mierlo *3-IV* 2013
S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Velten *5* 2017
S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Beekhuis 1957
J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Tweede deel. Zakenrecht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1957.

Asser/Beekhuis 1963
J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Tweede deel. Zakenrecht. Bijzonder deel. Eerste stuk (art. 625-876)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1963.

Asser/Beekhuis 1975
J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975.

Asser/Beekhuis 1977
J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht. Tweede deel (Art. 625-876 t)*, Zwolle: Tjeenk WIllink 1977.

Asser/Beekhuis 1980
J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980.

Asser/Beekhuis 1983
J.H. Beekhuis, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht. Tweede deel (Art. 625-876t). Eigendom en beperkte zakelijke genotsrechten*, Zwolle: Tjeenk WIllink 1983.

Asser/Beekhuis e.a. 1990
J.H. Beekhuis e.a., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht. Tweede deel. Eigendom en beperkte rechten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

Asser/Beekhuis, Mijnssen & De Haan 1985
J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zakenrecht. Algemeen deel*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985.

Asser/Hartkamp 1997
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Asser/Hartkamp *3-I* 2018
A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Hijma *7-I 2013**
J. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Internationaal privaatrecht. Deel I*. Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Losecaat Vermeer & Rutten 1956
P.A.J. Losecaat Vermeer & L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Eerste stuk. De verbintenis*, Zwolle: Tjeenk Willink 1956.

Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels *5* 2008
F.H.J. Mijnssen, A.A. van Velten & S.E. Bartels, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Kluwer 2008.

Asser/Rutten 1967
L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Eerste stuk. De verbintenis*, Zwolle: Tjeenk Willink 1967.

Asser/Scholten 1913
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1913.

Asser/Scholten 1927
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1927.

Asser/Scholten 1945
P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgelijk recht. Tweede deel. Zakenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1945.

Asser/Sieburgh *6-I* 2016
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen. Eerste gedeelte,* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Sieburgh *6-III* 2018
C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Vranken 2005
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel. Een vervolg*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Vranken 2014
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel. Een systhese*, Deventer: Kluwer 2014.

Assink 1978
J.W. Assink, 'De financiering van de gemeentelijke bouwproduktie gezien vanuit het gezichtspunt van de institutionele belegger', *Bouwrecht* 1978, p. 492-497.

Balvert & Benders 2015
I.M.B. Balvert & L. Benders, 'Erfpachtconversie bij splitsing in appartementsrechten', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2015, p. 6-9.

Barkhuysen 2004
T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiele bestuursrecht', in: T. Barkhuysen (red.), *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht,* Den Haag: Boom 2004, p. 7-113.

Barkhuysen, Bos & Ten Have 2011
T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht. Deel 1: De inhoud, de juridische status en het toepassingsbereik van het Handvest, in het bijzonder in horizontale verhoudingen', *NTBR* 2011/68.

Bartels 2006
S.E. Bartels, *Ja, dat is goed. Beschouwingen over toestemmng en derdenwerking* (oratie Nijmegen), [S.l.: s.n.] 2006.

Bartels & Everaars 2017
S.E. Bartels & K. Everaars, 'Afstand', in: S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 63-78.

Bartels & Milo 2000
S.E. Bartels & J.M. Milo, 'Open normen in het goederenrecht. Flexibiliteit met behoud van zekerheid?', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht,* Den Haag: Boom 2000, p. 1-20.

Bartels & Tweehuysen 2012
S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 63-85.

Bartels e.a. 2016
S.E. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen & F.J. Vonck 'Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht. Preadviezen KNB,* Den Haag: Sdu 2016, p. 297-349.

De Beaufort 1882
W.H. de Beaufort, 'De woeste gronden in Nederland', *De Gids* 1882, p. 1-26.

Bertrams 1964
J.J. Bertrams, 'Afstand van recht', *Ars Aequi* 1964, p. 93-106.

Biemans 2015
J.W.A. Biemans, 'Uitleg van notariële akten algemeen', in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten,* Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 1-18.

Biemans & Castermans 2017
J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht. Bespiegelingen over de grenzen aan kredietverlening en een bijdrage aan het behoud van bestaanszekerheid. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2017,* Zutphen: Paris 2017.

De Blécourt & Fischer 1969
A.S. de Blécourt & H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht,* Groningen: Wolters-Noordhoff 1969.

Bloembergen 1971
A.R. Bloembergen, *Toestemming. Een eenzijdige rechtshandeling,* Deventer: Kluwer 1971.

Bloembergen 1972
A.R. Bloembergen, 'Privaatrechtelijke overheidstoestemming en publiekrechtelijke vergunning', in: *Opstellen aangeboden aan Prof.mr. S.A.N. van Opstall,* Deventer: Kluwer 1972, p. 25-35.

Blom 1973
F.W.C. Blom, 'De erfpacht in de toekomst', *Stedebouw en Volkshuisvesting* 1973, p. 422-427.

Blom 1974
F.W.C. Blom, 'Rechtszekerheid voor de erfpachter', *Stedebouw en Volkshuisvesting* 1974, p. 34-35.

Boerlage 1941
T.F. Boerlage, *Gemeentelijke grondpolitiek en erfpachtsstelsel. Rapport van de Bonds-erfpachtscommissie,* 's-Gravenhage: Bond van Vereenigingen van Huiseigenaren in Nederland 1941.

Van Boneval Faure 1866
R. van Boneval Faure, 'Opmerkingen en vragen betreffende het Ontwerp van een Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering', *Nieuwe Bijdragen voor regtsgeleerdheid en wetgeving* 1866, p. 206-284.

Van Boneval Faure 1882
R. van Boneval Faure, 'Over het begrip van persoonlijke en zakelijke rechtsvordering. Naar aanleiding van een arrest van den Hoogen Raad', *Nieuwe Bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving* 1882, p. 154-169.

Van Boom 2003
W.H. van Boom, 'Algemene en bijzonderen regelingen in het vermogensrecht', *RM Themis* 2003, p. 297-307.

Van Boom 2012
W.H. van Boom, 'De Nederlandse privaatrechtswetenschap en de wetgever (1992-2012)', *RegelMaat* 2012, p. 279-290.

Boon 1973
S.A. Boon, 'Sociaal-economische beschouwingen over erfpacht', *ESB* 1973, p. 363-366.

Bos, *JBO* 2013/127
H.J. Bos, annotatie bij Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5628 (*Beverwijk/Connexxion)*, *JBO* 2013/127.

Bouwer 1981
A. Bouwer, 'Enige opmerkingen over erfpacht', *WPNR* 1981/5587, p. 850-856.

Breedveld-de Voogd 1992
C.G. Breedveld-de Voogd, 'De bevoegdheid tot opzegging van erfpacht naar nieuw BW', *WPNR* 1992/6034, p. 89-90.

Breedveld-de Voogd 2015
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Vestiging van beperkte rechten en splitsing in appartementsrechten. Ontwikkelingen rond een beperkte uitlegmethdode', in: J.W.A. Biemans, W.D. Kolkman & L.C.A. Verstappen (red.), *Uitleg van notariële akten,* Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 29-44.

Breedveld 2003
H.M.I.Th. Breedveld, *Argumenten voor een (gedeeltelijke) afschaffing van de Rotterdamse erfpacht,* Rotterdam: SBV School of Real Estate 2003.

Bregstein 1954
M.H. Bregstein, 'Rechtsvraag toestemmingsvereiste', *WPNR* 1954/4339, p. 141.

Broekema 1969
H. Broekema, 'Afstand van een zakelijk recht op een onroerende zaak', *Maandblad voor het Notariaat* 1969, p. 93-96.

Broese van Groenou 2016
J. Broese van Groenou, 'Het toestemmingsvereiste bij erfpachtverhoudingen', *WPNR* 2016/7106, p. 343-355.

Brunner, *NJ* 1992/639
C.J.H. Brunner, annotatie bij HR 15 februari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150 (*Staat/Organisatie ter Verbetering van de Binnenvisserij*), *NJ* 1992/639.

Bröring & De Graaf 2016
H.E. Bröring & K.J. de Graaf (red.), *Bestuursrecht. Deel 1. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Van der Burg, *AB* 1992/282
F.H. van der Burg, annotatie bij HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0466 (*Scheffers/Utrecht*), AB 1992/282.

Cleveringa 1938
R.P. Cleveringa, 'De ontwerpen-1816 en -1820', in: P. Scholten & E.M. Meijers (red.), *Gedenkboek burgerlijk wetboek 1838-1938,* Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 277-306.

Commissie Boek 5 NBW 1976
Commissie Boek 5 NBW, 'Rapport van de Commissie Boek 5 NBW, ingesteld door de Koninklijke Notariële Broederschap, inzake het Gewijzigd Ontwerp van Wet voor Boek 5 NBW (Zakelijke rechten)', *WPNR* 1976/5369, p. 716-726.

Commissie coöperatieve flatexploitatieverenigingen 1967
Commissie coöperatieve flatexploitatieverenigingen, 'Rapport Commissie coöperatieve flatexploitatieverenigingen, uitgebracht aan het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en aan het Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-Notarissen', *WPNR* 1967/4973, p. 506-508.

Companen 2012
Companen, *Koopstarters op de woningmarkt,* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2012.

Companen 2013
Companen, *Ervaringen met erfpacht,* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2013.

Daverschot 2016
M.K. Daverschot, 'Opzeggingsperikelen bij erfpacht', *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2016/6.

Delfgaauw 1934
G.T.J. Delfgaauw, *De grondpolitiek van de gemeente Amsterdam* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Paris 1934.

Diephuis 1846
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt naar de volgorde van het burgerlijk wetboek. Derde deel,* Groningen: Wolters 1846.

Diephuis 1849
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek. Zesde deel,* Groningen: Wolters 1849.

Diephuis 1857
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek. Derde deel,* Groningen: Wolters 1857.

Diephuis 1859
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt, naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek. Zesde deel* Groningen: Wolters 1859.

Diephuis 1886a
G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt. Tiende deel. Vijfde deel. Verbindtenissenregt,* Groningen: Wolters 1886.

Diephuis 1886b
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk regt. Zevende deel. Zakenregt,* Groningen: Wolters 1886.

Eggens 1960
J. Eggens, 'Over de verhouding van eigendom en verbintenis', in: H.C.F. Schoordijk & J.M. Smits (red.), *Eggens bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens,* Overveen: Belvedere 1998, p. 455-473.

Elzinga & De Lange 2006
D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht,* Deventer: Kluwer 2006.

Van Es, in: *GS Vermogensrecht*
P.C. van Es, commentaar op art. 3:84 BW, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Everaars 2015a
K. Everaars, 'De goederenrechtelijke imprévision-regeling: vuistregels voor de rechtspraktijk', *WPNR* 2015/7059, p. 347-355.

Everaars 2015b
K. Everaars, 'Europees recht en erfpachtvoorwaarden. Welke rol speelt het Europees recht bij de vernietiging van algemene erfpachtvoorwaarden, in het bijzonder bij opvolgende erfpachters?', *WPNR* 2015/7061, p. 413-419.

Everaars 2017
K. Everaars, 'Opheffing', in: S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 269-299.

Eyssell 1893
A.P.T. Eyssell, 'Erfpacht. Eene bijdrage tot herziening van het Burgerlijk Wetboek', *RM Themis* 1893, p. 75-93.

Falkanger & Falkanger 2013
T. Falkanger & A.T. Falkanger, *Tingsrett,* Oslo: Universitetsforlaget 2013.

Fesevur 2000
J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het Nederlandse goederenrecht', in: S.E. Bartels & J.M. Milo (red.), *Open normen in het goederenrecht,* Den Haag: Boom 2000, p. 21-60.

Fesevur 2002
J.E. Fesevur, 'Redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht; de rechter reeds lang op het goede spoor', *WPNR* 2002/6472, p. 29-39.

Fischer 1949
H.F.W.D. Fischer, 'Zakelijke en absolute rechten. Vervolg', *NJB* 1949, p. 585-595.

Florijn 1994
E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe burgerlijk wetboek* (diss. Maastricht), Maastricht: Universitaire Pers Maastricht 1994.

Vereeniging van Nederlandsche gemeenten 1926
Vereeniging van Nederlandsche gemeenten, *Bepalingen omtrent uitgifte in erfpacht van gemeentegrond,* Den Haag: Vereeniging van Nederlandsche gemeenten 1926.

Van Gessel-de Roo 1991
M.J.E.G. van Gessel-de Roo, *Bronnen van de Nederlandse codificatie sinds 1798. Zakenrecht 1798-1820,* Zutphen: Walburg Pers 1991.

Van Gestel, Loth & Mak 2016
R.A.J. van Gestel, M. Loth & V. Mak, 'Privaatrechtelijke rechtsvorming, regulering en wetenschap 0.13', *NJB* 2016/1392, p. 1962-1969.

Giesen 2007
I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht,* Deventer: Kluwer 2007.

Giesen 2018
I. Giesen, '(Zelf)Regulering van en in het privaatrecht: op zoek naar een 'ReL'?', *NTBR* 2018/19, p. 135-138.

Goudeket 1915a
J. Goudeket, 'Deeling van het erfpachtsrecht I', *WPNR* 1915/2365, p. 221-222.

Goudeket 1915b
J. Goudeket, 'Deeling van het erfpachtsrecht II (slot)', *WPNR* 1915/2366, p. 233-234.

Groot 2006
A.R.J. Groot, 'Zelfregulering', in: E.E. van Bemmelen van Gent (red.), *Hoofdstukken zelfreguleringsprocesrecht. Private klachtbehandeling en geschillenbeslechting,* Den Haag: Sdu 2006, p. 7-41.

De Groot 1631
H. de Groot, *Inleiding tot de Hollandsche rechts-geleertheid,* 's-Gravenhage: Hillebrand 1631.

De Haan 1984
P. de Haan, *Onroerend-goedrecht. Deel b: Stadsinrichting,* Deventer: Kluwer 1984.

De Haan 1988
P. de Haan, *Harmonisatie van gronduitgiftevoorwaarden. Rapport van de begeleidingscommissie juridisch-bestuurlijk knelpuntenonderzoek in de bouw,* Deventer: Kluwer 1988.

Hallebeek 2013
J. Hallebeek, 'De iustum pretium-leer en het evenredigheidsbeginsel', *Ars Aequi* 2013, p. 59-64.

Van Hamel 1909
J.A. van Hamel, 'De juridische en economische beteekenis van de rechten van erfpacht, opstal, beklemming en grondrente', in: *Praeadviezen over de juridische en economische betekenis van de rechten van opstal, erfpacht, beklemming en grondrente, te behandelen op de Algemeene Vergadering der Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne Koloniën te 's-Gravenhage den 13 September 1909,* 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 43-84.

Hammerstein & Vranken 2003
A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten,* Deventer: Kluwer 2003.

Hardy 2010
R. Hardy, 'De iustum pretium-leer. (Nieuwe) inzichten uit de rechtseconomie, het mededingingsrecht en empirie', *NJB* 2010/910, p. 1160-1164.

Hartkamp 1981
A.S. Hartkamp, 'Open normen (in het bijzonder de redelijkheid en billijkheid) in het nieuw BW. II (slot)', *WPNR* 1981/5560, p. 229-233.

Hartkamp 2013
A.S. Hartkamp, 'Ambtshalve toepassing van art. 6:233 BW (onredelijk bezwarende bedingen) volgens HR 13 september 2013, *RvdW* 2013/1060 (Heesakkers/Voets)', *WPNR* 2013/6996.

Hartkamp 2017a
A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het vermogensrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hartkamp 2017b
A.S. Hartkamp, 'Oneerlijke contractsbedingen en de gevolgen van hun niet-verbindendheid', *Ars Aequi* 2017, p. 218-223.

Hartlief 1998
T. Hartlief, 'Het beginsel van de rechtvaardige prijs. Enige opmerkingen naar aanleiding van recente pleidooien voor herintroductie van de iustum pretium-leer', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1998, p. 1-17.

Ten Have, Celik & Vroom 2016
F. ten Have, H. Celik & L. Vroom, *Erfpacht in de lift. Het aantal gemeenten dat erfpacht gebruikt neemt toe,* Amsterdam/Utrecht: Deloitte 2016.

Heesakkers 2015
K. Heesakkers, 'Beëindiging van het erfpachtrecht; en dan?', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2015, p. 5-11.

Heesakkers, *TvAR* 2015/5804
K.G.J. Heesakkers, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), *TvAR* 2015/5804.

Van der Heijden 1928
E.J.J. van der Heijden, 'De samengestelde rechtsbetrekking', in: C.J.H. Jansen & G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van E.J.J. van der Heijden,* Deventer: Kluwer 2001, p. 93-98.

Van der Heijden e.a. 2016
T. van der Heijden e.a., 'Nieuwe 'erfpacht met koop op termijn' versnelt de uitgifte op bedrijventerreinen', *Grondzaken in de praktijk* 2016, p. 9-11.

Hesselink 1999
M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.

Heyman 2002
H.W. Heyman, 'Blaauboer/Berlips (HR 3 maart 1905). Een monument van dogmatische zuiverheid, maar de praktijk is sterker dan de leer', *NTBR* 2002, p. 298-307.

Hijma 2016
J. Hijma, *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van der Hoek 2014
F. van der Hoek, 'Huurrechtelijke boetebedingen na HR 13 september 2013 (Heesakkers/Voets)', *WR. Tijdschrift voor Huurrecht* 2014/55.

Hondius 2018
E.H. Hondius, 'Kroniek Algemeen', *NTBR* 2018/13, p. 89-98.

Hondius, in: *GS Verbintenissenrecht*
E. Hondius, commentaar op art. 6:237 BW, in: R.J.Q. Klomp en H.N. Schelhaas (red.), *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Hoofs 2011
K.J.H. Hoofs, 'Leidt wijziging van de canon tot een nieuw erfpachtsrecht?', *NTBR* 2011/21.

Hoofs 2013
K.J.H. Hoofs, *Doorbreking van de natrekking in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf 2013.

De Hoog 2008
P.A. de Hoog, 'Erfpacht: de prijs van het recht', *TBR* 2008/120.

De Hoog 2010
P.A. de Hoog, 'Redelijkheid en billijkheid in het erfpachtrecht', *TBR* 2010/141.

Hoops 2017
B. Hoops, 'Het ene hek is het andere niet. Hoe de omgeving van grond en zijn eigenaar het bezitsvereiste in verjaringszaken inkleuren', *WPNR* 2017/7176.

Houwing 1906
J.F. Houwing, 'Rechtspraak. Vonnis van de Arrondissements-Rechtbank te Alkmaar van 29 Juni 1905', *WPNR* 1906/1883, p. 46-47.

Houwing 1957
Ph.A.N. Houwing, 'Erfpacht en erfpachtsvoorwaarden', *WPNR* 1957/4496, p. 277-280.

Hudig 1908
D. Hudig, *Uitgifte van gemeentegronden in erfpacht,* Zwolle: Tijl 1908.

Huijgen 1995
W.G. Huijgen, 'Erfpacht en publiekrecht', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *Erfpacht. Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap,* Lelystad: Vermande 1995, p. 117-165.

Huijgen 2010
W.G. Huijgen, 'Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen', *WPNR* 2010/6859.

Huijgen 2011
W.G. Huijgen, 'Naschrift [bij Tweehuysen 2011]', *WPNR* 2011/6890.

Huijgen 2013
W.G. Huijgen, 'Is de verticale splitsing van erfpacht inderdaad uitgespit? Reactie op "Verticale splitsing van erfpacht uitgespit" van mr. J.R. Koenecke in WPNR (2013) 6958', *WPNR* 2013/6968.

Huijgen 2015
W.G. Huijgen, 'Erfpacht/opstal en beëindiging op grond van het algemeen belang; een oude controverse beslecht', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2015, p. 3-5.

Huijgen & Rijpert 2011
W.G. Huijgen & B.A.G.P. Rijpert, 'Actuele ontwikkelingen rond het recht van erfpacht', *TBR* 2011/148.

Jaarsma, *BR* 2009/136
M.I. Jaarsma, annotatie bij Rb. Amsterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2715 (*Nederlandse vereniging van Erfpachters c.s./ Amsterdam*), *BR* 2009/136.

Jansen, C.J.H. 2007
C.J.H. Jansen, 'Rechtsgeschiedenis', *Ars Aequi Katern* 2007, p. 5883-5884.

Jansen, C.J.H. 2015
C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de lange 19e eeuw,* Deventer: Kluwer 2015.

Jansen, J.E. 2014
J.E. Jansen, 'Bezwaart de erfpachter die een zekerheidsrecht vestigt zijn recht of de zaak?', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2014, p. 39-45.

Jansen, J.E. 2015
J.E. Jansen, 'Drie uitspraken over erfpacht, inbezitneming en art. 3:105 BW', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015, p. 255-263.

Jansen, J.E. 2017
J.E. Jansen, 'Verjaring. Artikel 3:323 BW in rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief', in: S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 197-229.

Jesterhoudt 2012
J.W. Jesterhoudt, *Erfpacht in Amsterdam,* Amsterdam: Ontwikkelingsbedrijf Gemeente Amsterdam 2012.

De Jong 1984a
J. de Jong, *Gemeentelijke gronduitgifte* (diss. Utrecht)*,* Deventer: Kluwer 1984.

De Jong 1984b
J. de Jong, 'Rechtsbescherming en gemeentelijke erfpacht', in: *Recht van spreken. Over notariaat en belastingrecht. Opstellen aangeboden aan prof. A. Meering ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Utrecht,* Deventer: Kluwer 1984, p. 10-18.

De Jong 1986
J. de Jong, 'Enkele ontwikkelingen aangaande het recht van erfpacht', *Bouwrecht* 1986, p. 166-170.

De Jong 1995a
J. de Jong, 'Erfpacht', *WPNR* 1995/6190, p. 523-527.

De Jong 1995b
J. de Jong, *Erfpacht en opstal,* Deventer: Kluwer 1995.

De Jong 2009
J. de Jong, *Groene erfpacht in balans. Advies aan de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van de Commissie advisering uitvoering erfpachtbeleid Staatsbosbeheer*, 2009.

De Jong & Ploeger 2008
J. de Jong & H.D. Ploeger, *Erfpacht en opstal,* Deventer: Kluwer 2008.

De Jong, Pluijmers & De Wolff 1995
J. de Jong, Y. Pluijmers & H.W. de Wolff, 'De praktijk van de gemeentelijke gronduitgifte', *WPNR* 1995/6191, p. 546-551.

Jongeneel 2017a
R.H.C. Jongeneel, 'De blauwe lijst', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 355-383.

Jongeneel 2017b
R.H.C. Jongeneel, 'De zwarte lijst', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 253-310.

Jongeneel 2017c
R.H.C. Jongeneel, 'Duidelijkheid en begrijpelijkheid van algemene voorwaarden', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 437-455.

Jongeneel 2017d
R.H.C. Jongeneel, 'Werkingssfeer afd. 6.5.3 BW', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Kluwer 2017, p. 99-122.

Jongeneel & Pavillon 2017
R.H.C. Jongeneel & C.M.D.S. Pavillon, 'Algemene vernietigingsgronden; de open norm', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 151-182.

Van der Kamp, *JIN* 2016/133
E.E. van der Kamp, annotatie bij HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), *JIN* 2017/133.

Kemp 2012
P. Kemp, 'De (on)mogelijkheden van wijziging van de erfpachtvoorwaarden', *Vastgoedrecht* 2012, p. 96-100.

Kemper, Bijleveld & Reuvens 1816
J.M. Kemper, C. Bijleveld & J.E. Reuvens, *Ontwerp van het Burgerlijk wetboek voor het koninkrijk der Nederlanden,* 's-Gravenhage: s.n. 1816.

Ketelaar 1978
F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst* (diss. Leiden), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1978.

Kisch 1932
I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Samsom 1932.

Kleijn, *NJ* 1977/399
W.M. Kleijn, annotatie bij HR 16 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC5907 (*Havenerfpacht Rotterdam*), *NJ* 1977/399.

Kleijn, *NJ* 1979/452
W.M. Kleijn, annotatie bij HR 26 januari 1979, ECLI:NL:HR:1979:AC6479 (*Van der Waal/'s-Gravenhage*), *NJ* 1979/452.

Kleijn, *NJ* 1984/82
W.M. Kleijn, annotatie bij HR 24 april 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4180 (*Strauss/Amsterdam*), *NJ* 1984/82.

De Koe 2011
M. de Koe, 'Canonherziening bij groene erfpacht: een verkenning', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2011, p. 436-449.

De Koe 2013
M. de Koe, 'Erfpacht op juiste waarde getaxeerd', *WPNR* 2013/6977.

Koops 2013
E. Koops, 'De hanteerbaarheid van een akte uit 1700. Beschouwingen naar aanleiding van Hof Amsterdam 2 oktober 2012, LJN BY1161', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2013, p. 79-84.

Koops 2014
E. Koops, 'Van taartpunt tot tennisbal. Proefschrift van mr. A.F. Mollema', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, p. 6-11.

Kortmann 1973
S.C.J.J. Kortmann, 'De relationele bepaaldheid der eigendom en de eigendom van vorderingen', *Ars Aequi* 1973, p. 426-436.

Land 1901
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Tweede deel. Boek II, titels 1-10, Boek III titel 8, Boek IV titel 7,* Haarlem: Bohn 1901.

Van Leuken, Van de Moosdijk & Tweehuysen 2017
R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen (red.), *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Lilleholt 2014
K. Lilleholt, *Knophs oversikt over Norges rett,* Oslo: Universitetsforlaget 2014.

Van der Linden 1807
J. van der Linden, *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808. Heruitgave met enige nog onuitgegeven stukken, verzorgd door J.Th. de Smidt,* Amsterdam: Graphic 1967.

Lokin 2004
J.H.A. Lokin, 'De receptie van de Code civil in de Noordelijke Nederlanden', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2004, p. 1-15.

Lipman 1839
S.P. Lipman, *Burgerlijk wetboek, voorafgegaan door de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koningrijk, vergeleken met het Romeinsche en Fransche regt*, Amsterdam: Meijer Warnars en Van Kesteren 1839.

Lokin & Zwalve 2001
J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis,* Deventer: Kluwer 2001.

Van Loo 2013
I.H. van Loo, *Vernietiging van overeenkomsten op grond van laesio enormis, dwaling of misbruik van omstandigheden: over buitensporige nadeligheid van overeenkomsten als grond voor vernietiging en over vernietiging van buitenspo-*

rig nadelige overeenkomsten op grond van dwaling of misbruik van omstandigheden, naar Nederlands, Duits en Oostenrijks recht (diss. Open Universiteit), Rotterdam: Brave new books 2013.

Loos 2013
M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden,* Den Haag: Boom 2013.

Louwman 2004
W. Louwman, 'Inschrijving en kadastrale registratie van afkoop van in appartementsrechten gesplitste erfpacht', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2004/64.

Mak 2017
C. Mak, 'Artikel 6:233 BW – Hoe de doorwerking van Europees consumentenrecht tornt aan het systeem van het Nederlandse privaatrecht', in: F. van de Pol e.a. (red.), *Vijftig weeffouten in het BW,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 255-261.

Meester & Beentjes 2018
J.M. Meester & D.G. Beentjes, 'Verslag congres "Algemene voorwaarden – 25 jaar toetsing van oneerlijke bedingen"', *Bedrijfsjuridische berichten* 2018, p. 174-178.

Meijers 1907
E.M. Meijers, 'Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten', in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van Prof.Mr E.M. Meijers. Tweede deel. Zakenrecht, bewijsrecht en procesrecht, internationaal privaatrecht,* Leiden: Universitaire pers Leiden 1955, p. 8-26.

Meijers 1912
E.M. Meijers, 'Zakelijke rechtsvorderingen en rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad', in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van Prof.Mr E.M. Meijers. Tweede deel. Zakenrecht, bewijsrecht en procesrecht, internationaal privaatrecht,* Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 55-79.

Meijers 1924
E.M. Meijers, 'Art. 1374, 3e lid B.W. en het zoogenaamde bindend advies', in: R.P. Cleveringa e.a. (red.), *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen van Prof.Mr E.M. Meijers. Derde deel. Verbintenissenrecht,* Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 131-142.

Meijers 1948
E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. I. De algemene begrippen van het burgerlijk recht,* Leiden: U.P. 1948.

Meijers 1952
E.M. Meijers, 'Antwoord op Rechtsvraag 10', *Ars Aequi* 1952, p. 150.

Mertens 1989
R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen. Een rechtsvergelijkende studie* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1989.

Mertens 2011
R.F.H. Mertens, *Ontginning van woeste gronden. Over het goederenrechtelijk instrumentarium in een veranderende maatschappelijke omgeving, in het bijzonder bij herontwikkeling van krimpgebieden* (oratie Open Universiteit), Maastricht: Nexus 2011.

Mertens 2012
R.F.H. Mertens, 'Assepoesters in het goederenrecht. Zakelijke genotsrechten als financieringsinstrument', in: T.M. Berkhout & A.A. van Velten (red.), *Vastgoedfinanciering in woelige tijden,* Nijenrode: Stichting Fundatie Bachiene 2012, p. 33-50.

Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*
R.F.H. Mertens, commentaar op art. 5:106 BW, in: F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

De Meyere 1935
J.C. de Meyere, 'De erfpachtscanon', in: *Rechtskundige opstellen op 2 november 1935 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof.mr. E.M. Meijers,* Zwolle: Tjeenk Willink 1935, p. 453-473.

De Meyere 1937
J.C. de Meyere, *Oude nog bestaande zakelijke rechten,* Amsterdam: Paris 1937.

Mijnssen 2006
F.H.J. Mijnssen, 'Goederenrechtelijke aspecten van ongerechtvaardigde verrijking', *WPNR* 2006/6657.

Mijs 1926
U.J. Mijs, *Verkoop of erfpacht. Rapport uitgebracht aan de Nederlandsche Vereeniging voor Gemeentebelangen en Verslag van de Algemeene Vergadering van genoemde vereeniging, op zaterdag 9 October 1926, te Helder,* Alphen aan den Rijn: s.n. 1926.

Milo 2007
J.M. Milo, 'Constitutionele en rechtsvergelijkende proportionaliteit in het goederenrecht. De invloed van artikel 1 Eerste Protocol EVRM', *NTBR* 2007/6.

Molengraaff 1912
W.L.P.A. Molengraaff, *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandsche handelsrecht. Tweede stuk,* Haarlem: Bohn 1912.

Mollema 2013
A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

Moltzer 1892
J.P. Moltzer, *Landbouw en kapitaalbelegging. Eene studie over den privaatrechtelijken grondslag van ons landbouwbedrijf,* Haarlem: Tjeenk Willink 1892.

Monchen, Beelen & Stichting Bouwcentrum 1982
J.T.C. Monchen, P.L.M. Beelen & Stichting Bouwcentrum, *Erfpacht,* Den Haag: Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer 1982.

De Moor 2017
R.R.M. de Moor, 'Hoe effectief is onze consumentenbescherming?', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2017, p. 154-156.

Morzer Bruyns, *NJ* 1996/359
R.A. Morzer Bruyns, annotatie bij HR 15 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:AC4072 (*Grondeigendom/Amsterdam*), *NJ* 1996/359.

Mouthaan 2007
B.C. Mouthaan, 'De (on)opzegbaarheid van een eeuwigdurend recht van erfpacht, HR 27 april 2007, C05/299HR, LJN AZ9323', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2007, p. 127-129.

Muylle 2012
M. Muylle, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2012.

Nederlandse Consumentenbond 1979
Nederlandse Consumentenbond, 'Erfpacht of eigen grond. Hoe zit dat nu eigenlijk?', *Consumentengids* 1979, p. 10-16.

Nelisse 2008
P.C.J.-P. Nelisse, *Stedelijke erfpacht* (diss. Amsterdam UvA), Doetinchem: Reed Business 2008.

Nieuwenhuis 2013
J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht,* Deventer: Kluwer 2013.

Nijkamp 2014
H.K. Nijkamp, 'Erfpachters en opstallers in de eigenwoningregeling', *Fiscaal tijdschrift Vermogen* 2014/4-21.

Nijkamp 2015
H.K. Nijkamp, 'Erfpachtlease juridisch, economisch en fiscaal bekeken', *Fiscale Berichten voor het Notariaat* 2015/43.

Noordziek 1873-1878
J.J.F. Noordziek (red.), *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten-Generaal, over het ontwerp van Burgerlijk Wetboek. Onder toezigt der Commissie voor de huishoudelijke aangelegenheden der Tweede Kamer, bewerkt en uitgegeven*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1873-1878.

Van Oostrom-Streep 2006
N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom 2006.

Van Oostrom-Streep & Bartels 2012
N.C. van Oostrom-Streep & S.E. Bartels, 'Fiduciaire verhouding in het vastgoedrecht', in: T.M. Berkhout & A.A. van Velten (red.), *Vastgoedfinanciering in woelige tijden,* Nijenrode: Stichting Fundatie Bachiene 2012, p. 15-32.

Van Oostrom-Streep & Van Rhee 2014
N.C. van Oostrom-Streep & A.A. van Rhee, 'Reactie op "Splitsing erfpacht" van prof.mr. L.C.A. Verstappen in WPNR (2014) 7005', *WPNR* 2014/7012.

Opzoomer 1850
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek. Aantekeningen op de artikelen die thans nog verklaring behoeven. Deel 2,* Amsterdam: Gebhard 1850.

Opzoomer 1876
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard. Derde deel. Art. 555-783,* Amsterdam: Gebhard 1876.

Opzoomer 1879
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard. Vijfde deel. Art. 1269-1348,* Amsterdam: Gebhard 1879.

Opzoomer & Goudeket 1915
C.W. Opzoomer & J. Goudeket, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard door Mr. C.W. Opzoomer. Derde deel. Vierde stuk. Artt. 721-802,* Den Haag: Belinfante 1915.

Pavillon 2011
C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011.

Pavillon 2014
C.M.D.S. Pavillon, 'Wat maakt een beding oneerlijk? Het Hof wijst ons (eindelijk) de weg. Een beschouwing van de recente rechtspraak van het HvJ EU inzake de oneerlijkheidstoets uit de Richtlijn oneerlijke bedingen', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2014, p. 163-172.

Pavillon 2017
C.M.D.S. Pavillon, 'De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets', *WPNR* 2017/7163.

Pavillon & Vonck 2018
C.M.D.S. Pavillon & F.J. Vonck, 'Consumentengoederenrecht: over oneerlijke erfpachtvoorwaarden en de richtlijnconforme uitleg van art. 5:91 lid 4 BW', *NTBR* 2018/12, p. 80-88.

Du Perron 1999
C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden. Een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

PG Algemeen deel BW
C.J. van Zeben, W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Algemeen deel. Voorgeschiedenis en algemene inleiding*, Deventer: Kluwer 1961.

PG Boek 3 BW
C.J. van Zeben & J.W. du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 5 BW
C.J. van Zeben & J.W. du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 5 Inv. BW
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Boek 6 BW
C.J. van Zeben & J.W. du Pon (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

PG Boek 6 Inv. BW
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

PG Overgangsrecht BW
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

PG Voortgang BW
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Invoering boeken 3. 5 en 6. Voortgang*, Deventer: Kluwer 1993.

De Pinto 1849
A. de Pinto, *Handleiding tot het burgerlijk wetboek. Eerste gedeelte. Inleiding. Schets,* 's-Gravenhage: Belinfante 1849.

Pitlo 1949
A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek,* Haarlem: Tjeenk Willink 1949.

Pitlo 1965
A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek,* Haarlem: Tjeenk Willink 1965.

Pitlo 1972
A. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek,* Groningen: Tjeenk Willink 1972.

Pitlo/Brahn 1980
O.K. Brahn, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk wetboek. Deel 2. Het zakenrecht, met verwijzing naar het N.B.W.*, Arnhem: Gouda Quint 1980.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012
W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 3. Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Plantenga 1957
W.B. Plantenga, 'Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden. Praeadvies', in: *Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden. Praeadviezen ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen,* s.l.: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1957, p. 1-89.

Pleysier 2003
A.J.H. Pleysier, 'Huurbescherming tegen grondeigenaar', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2003/25.

Pleysier 2006
A.J.H. Pleysier, 'Problemen rond de verhuur door een erfpachter', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2006/71.

Pleysier 2007a
A.J.H. Pleysier, 'Moet bij opzegging van een 'oude' erfpacht de eigenaar de waarde van de erfpacht aan de erfpachter vergoeden?', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2007/9.

Pleysier 2007b
A.J.H. Pleysier, 'Niet-aanleggen ijsbaan: erfpachtrecht wordt opgezegd', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2007/2.

Pleysier 2010
A.J.H. Pleysier, 'Erfpachter weigert toestemming tot vervreemden van het erfpachtsrecht, maar wil wel een nieuw erfpachtsrecht vestigen. Dat is 'onredelijk' in de zin van art. 5:91 lid 4 BW', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2010/22.

Pleysier 2011
A.J.H. Pleysier, 'Waardedaling van de canon geen onvoorziene omstandigheid', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2011/21.

Ploeger & Bounjouh 2017
H.D. Ploeger & H. Bounjouh, 'Commotie rond de Amsterdamse erfpacht', *WPNR* 2017/7152.

Ploeger & De Wolff 2014
H.D. Ploeger & H.W. de Wolff, 'Stedelijke erfpacht: fatale crisis of gouden toekomst?', *Vastgoedrecht* 2014, p. 181-188.

Polak 1965
J. M. Polak, 'De coöperatieve vereniging', in: *De coöperatieve vereniging: preadvies,* S.l.: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1965, p. 1-41.

Rank-Berenschot 1992
E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden)*,* Deventer: Kluwer 1992.

Reehuis 2015
W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Reepmaker 1931
A.A. Reepmaker, *Het recht van erfpacht* (diss. Leiden)*,* Leiden: Van Doesburgh 1931.

Reepmaker 1933a
A.A. Reepmaker, 'Afstand van het erfpachtsrecht', *WPNR* 1933/3300, p. 129-131.

Reepmaker 1933b
A.A. Reepmaker, 'Afstand van het erfpachtsrecht (slot)', *WPNR* 1933/3301, p. 137-139.

Reijntjes & Boon 2000
J.M. Reijntjes & P.J. Boon, *Van Apeldoorn's inleiding tot de studie van het Nederlands recht,* Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Rijken 1994
G.J. Rijken, *Redelijkheid en billijkheid,* Deventer: Kluwer 1994.

Rinkes 2011
J.G.J. Rinkes, 'Europees consumentenrecht. Enige beschouwingen over consumentenrecht en het begrip 'consument'', in: E.H. Hondius & G.J. Rijken, *Handboek consumentenrecht. Een overzicht van de rechtspositie van de consument,* Zutphen: Paris 2011, p. 31-67.

Roëll 1888
D. Roëll, *De bedongen retributie bij het recht van opstal,* Leiden: Somerwil 1888.

Van Rooijen 2018
F.A.N. van Rooijen, 'Erfpacht en appartementsrechten: spiegelsplitsingen nader belicht', *Tijdschrift voor zakenrecht* 2018, nr. 2, p. 4-8.

Van Rooijen & Bol 2009
F.A.N. van Rooijen & R.A. Bol, 'Erfpacht en hypotheek. Hoe scherp is het notariaat? I', *WPNR* 2009/6814.

Rook 2001
D. Rook, *Property law and human rights,* London: Blackstone 2001.

Ros, *Prg*. 2015/290
P.J.M. Ros, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), *Prg*. 2015/290.

Van Rossum 2017
M.M. van Rossum, 'Uitleg van algemene voorwaarden', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 53-88.

Rozendal 2015
A. Rozendal, 'Het naderende einde van de erfpachtlease', *Fiscale Berichten voor het Notariaat* 2015/61.

De Ruiter 1967
J. de Ruiter, 'Het nieuwe erfpachtsrecht in Amsterdam en de investeringen in onroerend goed', *Bouwrecht* 1967, p. 249-251.

Rutgers 2005
G.R. Rutgers, 'Bindend advies. In hoeverre dienen bindend adviseurs hun advies te motiveren?', *Ars Aequi* 2005, p. 1042-1046.

Sagaert 2005
V. Sagaert, 'Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2005, p. 983-1086.

Sagaert 2014
V. Sagaert, *Goederenrecht,* Mechelen: Kluwer 2014.

Santen 1975
A.H.M. Santen, 'Stedelijke erfpacht. Inleiding over enige civielrechtelijke aspecten en praktijkvragen bij stedelijke erfpacht', *Bouwrecht* 1975, p. 510-516.

Schelhaas 2017
H.N. Schelhaas, *Redelijkheid en billijkheid,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schelhaas & Valk 2016
H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016,* Zutphen: Paris 2016.

Scheltema 1975
M. Scheltema, 'Stedelijke erfpacht. Inleiding over bestuurlijke vragen bij de gemeentelijke erfpachtcontracten', *Bouwrecht* 1975, p. 507-510.

Scheltema, *NJ* 1992/670
M. Scheltema, annotatie bij HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0466 (*Scheffers/Utrecht*), *NJ* 1992/670.

Scholten 1920
P. Scholten, 'Rechtsvragen', *WPNR* 1920, p. 332.

Scholten 1926
P. Scholten, 'Beding van onvervreemdbaarheid in erfpachtsovereenkomst', *WPNR* 1926/2946, p. 281-282.

Schoordijk 1986
H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11),* Deventer: Kluwer 1986.

Schoordijk 1992
H.C.F. Schoordijk, 'Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht', *NJB* 1992, p. 1202-1206.

Schoordijk 2014
H.C.F. Schoordijk, *Realistische en pragmatische rechtsvinding. Taak en taakopvatting van de rechter in de westerse wereld,* Nijmegen: Wolf 2014.

Schuttevâer 1971
H. Schuttevâer, 'Afstand van eigendom van onroerend goed', *WPNR* 1971/5141, p. 369-372.

Slagter & Brood-Grapperhaus 1989
W.J. Slagter & J.J.M. Brood-Grapperhaus, 'Onroerend goed en algemene voorwaarden (I)', *WPNR* 1989/5908, p. 153-156.

Slangen 2002
P.C. Slangen, *Hoofdstukken goederenrecht. Beperkte en meeromvattende rechten op goederen,* Den Haag: Sdu 2002.

Smits 1995
J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid. Beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Smits 1996
J.M. Smits, 'Van partijen en derden. Over interpretaties van de numerus clausus van zakelijke rechten', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 1996, p. 41-64.

Smits 1998
J.M. Smits, 'Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht. Over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1998, p. 10-38.

Smits 2009
J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline,* Den Haag: Boom 2009.

Smits 2015
J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline,* Den Haag: Boom 2015.

Snijders 1995
G.M.F. Snijders, 'Agrarische erfpacht', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *Erfpacht. Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap,* Lelystad: Vermande 1995, p. 89-116.

Snijders, *NJ* 2007/115
H.J. Snijders, annotatie bij HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706 (*Meurs/Newomij*), *NJ* 2007/115.

Snijders, *NJ* 2018/422
H.J. Snijders, annotatie bij HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:L2018:148 (*Dammer c.s./Lecc c.s.*), *NJ* 2018/422.

Snijders & Rank-Berenschot 2012
H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht,* Deventer: Kluwer 2012.

Snijders & Rank-Berenschot 2017
H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Snijders 1991
W. Snijders, 'De toekomst van de eigendom', in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan prof.mr. H.C.F. Schoordijk ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Brabant,* Deventer: Kluwer 1991, p. 249-265.

Snijders 2002
W. Snijders, 'De openheid van het vermogensrecht. Van syndicaatszekerheden, domeinnamen en nieuwe contractsvormen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 27-58.

Snijders 2014
W. Snijders, 'Erfpacht van woningen met een particuliere erfverpachter', *WPNR* 2014/7042.

Spanjaard 2016
J.H.M. Spanjaard, 'Algemene voorwaarden 2015-2016', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2016, p. 273-284.

Spierings 2016
C. Spierings, *De eenzijdige rechtshandeling* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Staatscommissie tot voortzetting der herziening van het Burgerlijk Wetboek 1898
Staatscommissie tot voortzetting der herziening van het Burgerlijk Wetboek & J.J. van Meerbeke (red.), *Ontwerp tot herziening van het Burgerlijk Wetboek. Tweede Boek, der Koningin aangeboden door de Staatscommissie tot voortzetting der herziening ingesteld bij Besluit van wijlen Zijne Majesteit Koning Willem III van 22 Augustus 1887, no. 24*, 's-Gravenhage: Belinfante 1898.

Van Stockum 1909
D.J. van Stockum, 'De herziening van het erfpachtstelsel te Amsterdam', *Weekblad voor het Notariaat* 1909, p. 441-452.

Stolz 2015
H. Stolz, *De voorwaarde in het vermogensrecht* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2015.

Van Straaten 2008
J.C. van Straaten, 'Over recreatieprojecten, gebonden lidmaatschap en overgang van vorderingsrechten', *JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat* 2008/59.

Struycken 2000
T.H.D. Struycken, 'Erfpacht en de redelijkheid en billijkheid in het goederenrecht', *NTBR Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* 2000, p. 91-96.

Struycken 2007
T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

Suijling 1940
J.P. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. 5e stuk. Zakenrecht,* Haarlem: Bohn 1940.

Sütő 2004
V.J.A. Sütő, *Nieuw vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)* (diss. Leiden), Den Haag: Boom 2004.

Theunisse, *Gst*. 2015/40
M.H.W.C.M. Theunisse, annotatie bij HR 31 oktober 2014, nr. 00529, ECLI:NL:HR:2014:3071 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), *Gst*. 2015/40.

Timmermans, *Gst*. 2010/105
L.J.M. Timmermans, annotatie bij HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870 (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), *Gst*. 2010/105.

Tjittes 1992
R.P.J.L. Tjittes, *Afstand van recht,* Deventer: Kluwer 1992.

Tjittes 1994
R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Den Haag: S.n. 1994.

Tjittes 2009
R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Tjong Tjin Tai, *NJ* 2017/394
T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 (*Tijhuis/Dexia*), *NJ* 2017/394.

Treurniet 1957
W.C. Treurniet, 'Erfpacht en Erfpachtsvoorwaarden. Praeadvies', in: *Erfpacht en Erfpachtvoorwaarden. Praeadviezen uitgebracht ter behandeling in de algemene vergadering van de Broederschap der Candidaat-Notarissen,* s.l.: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1957, p. 91-210.

Treurniet 1970
W.C. Treurniet, 'De overheid en de erfpacht', *WPNR* 1970/5067, p. 53-57.

Tweehuysen 2011
V. Tweehuysen, 'In appartementsrechten gesplitste erfpacht. Reactie op 'Gebrekkige splitsing in appartementsrechten van een erfpachtsrecht', van prof.mr. L.C.A. Verstappen in WPNR (2011) 6871 en 'Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen' van prof.mr. W.G. Huijgen in WPNR (2010) 6859', *WPNR* 2011/6890.

Tweehuysen 2016
V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Tweehuysen 2017
V. Tweehuysen, 'Opzegging. Het 'in ernstige mate tekortschieten' door de erfpachter bij opzegging van erfpacht', in: S.E. Bartels, J.B. Spath & K. Everaars (red.), *Tenietgaan van beperkte rechten,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 79-102.

Tweehuysen, *JOR* 2017/147
V. Tweehuysen, annotatie bij Rb. Noord-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4967 (*Ennatuurlijk/Vastgoed c.s.*), *JOR* 2017/147.

Valk 2018
W.L. Valk, 'Verder denken over uitleg van rechtshandelingen. Kan het eenvoudiger?', *NJB* 2018, internetversie: <www.njb.nl/blog/verder-denken-over-uitleg-van-rechtshandelingen.29037.lynkx>.

Valkhoff 1960
J. Valkhoff, 'Vervreemding van het erfpachtsrecht in het nieuwe B.W. (5.7.1.5 en 3.4.2.1). Deel I', *WPNR* 1960/4649, p. 461-463.

Van Der Merwe & Verbeke 2012
C. Van Der Merwe & A.-L. Verbeke (red.), *Time-Limited interests in land*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Veegens & Oppenheim 1919
J.D. Veegens & A.S. Oppenheim, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht. Tweede deel. Rechten op zaken,* Haarlem: Tjeenk Willink 1919.

Veerman 2009
G.J. Veerman, *Over wetgeving. Principes, paradoxen en praktische beschouwingen,* Den Haag: Sdu 2009.

Van Velten 1993
A.A. van Velten, 'In hoeverre is de verplichting tot vergoeding van opstalwaarde bij beëindiging van erfpacht dwingend?', *WPNR* 1993/6099, p. 536-537.

Van Velten 1995a
A.A. van Velten, 'Gevolgen van de overdracht van bloot eigendom bij een in appartementsrechten gesplitste erfpacht', *WPNR* 1995/6204, p. 830.

Van Velten 1995b
A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht', in: A.A. van Velten e.a. (red.), *Erfpacht. Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap,* Lelystad: Vermande 1995b, p. 17-88.

Van Velten 1997
A.A. van Velten, 'Haalt stedelijke erfpacht voor particuliere woningbouw het jaar 2050?', *Bouwrecht* 1997, p. 375-377.

Van Velten 2009
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed,* Deventer: Kluwer 2009.

Van Velten 2015
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed,* Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Van Velten e.a. 1995
A.A. van Velten e.a., *Erfpacht. Preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Nijmegen op 22 september 1995,* Lelystad: Vermande 1995.

Van Velten & Vonck 2016
A.A. van Velten & F.J. Vonck, *Appartementsrecht en aanverwante rechtsfiguren voor de privaatrechtelijke vormgeving van bouwwerken,* Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2016.

Venema 1984a
S.J.M. Venema, 'Maatschappelijk Gebonden Eigendom', *WPNR* 1984/5684, p. 86-91.

Venema 1984b
S.J.M. Venema, 'Maatschappelijk Gebonden Eigendom (II, slot)', *WPNR* 1984/5685, p. 104-107.

Venemans 1997
C. Venemans, 'Erfpacht en opstal', in: A.A. van Velten (red.), *Naar een vernieuwd appartementsrecht. preadvies voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de Koninklijke Notariële Broederschap te houden te Utrecht op 19 september 1997,* Lelystad: Vermande 1997, p. 43-56.

Verheul 2017
E.F. Verheul, 'Overgang van wilsrechten bij contractsoverneming (II, slot)', *WPNR* 2017/7157.

Verheye 2017
B. Verheye, 'Relatieve beëindiging van onroerende beperkte zakelijke rechten', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2017, p. 455-524.

Vermeulen 2010
T.A. Vermeulen, 'Erfpacht: grensgebied tussen kopen en huren', *Tijdschrift Huurrecht in Praktijk* 2010, p. 14-17.

Verstappen 2012
L.C.A. Verstappen, 'Beëindiging in appartementsrechten gesplitste erfpacht', *WPNR* 2012/6915.

Visser 2009
P.L. Visser, 'Erfpachtlease', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2009, p. 13-16.

Van der Vleuten 2017
M.C.E. van der Vleuten, *Gemengde complexen. Een onderzoek naar de juridische knelpunten in woongebouwen met zowel huurders als eigenaar-bewoners* (diss. Open Universiteit), Maastricht: Nexus 2017.

Vols 2015
M. Vols, 'Artikel 8 EVRM en de gedwongen ontruiming van de huurwoning vanwege overlast', *WR. Tijdschrift voor Huurrecht* 2015, p. 55-62.

Vonck 2007
F.J. Vonck, 'Woningen met korting: voor iedereen 'een plek onder de zon'!', *WPNR* 2007/6735.

Vonck 2009
F.J. Vonck, 'Reactie op 'Erfpacht: de prijs van het recht' van mr.drs. P.A. de Hoog, TBR 2008/120', *TBR* 2009/7.

Vonck 2010
F.J. Vonck, 'Canonverhoging als voorwaarde', *TBR* 2010/93.

Vonck 2011a
F.J. Vonck, 'De rol van deskundigen bij heruitgifte en verlenging van erfpachtverhoudingen', in: B. Krans (red.), *De deskundige in het recht,* Zutphen: Paris 2011, p. 111-122.

Vonck 2011b
F.J. Vonck, 'Reactie op 'Erfpachtconversie bij appartementen en de rechtsgevolgen daarvan voor de betrokken lasten en beperkingen', van prof.mr. W.G. Huijgen in WPNR (2010) 6859', *WPNR* 2011/6874.

Vonck 2013
F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom 2013.

Vonck 2014
F.J. Vonck, 'Vergoedingen bij het einde van de erfpacht', Fiscaal tijdschrift Vermogen 2014/2-8.

Vonck 2015
F.J. Vonck, 'Eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in erfpachtvoorwaarden', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Naar een verbeterde vastgoedketen,* Den Haag: Boom 2015, p. 57-68.

Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*
F.J. Vonck, commentaar op titel 7 Boek 5 BW, in: F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*
F.J. Vonck, commentaar op art. 5:85 BW, in: F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*
F.J. Vonck, commentaar op art. 5:87 BW, in: F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*
F.J. Vonck, commentaar op art. 5:93 BW, in: F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*
F.J. Vonck, commentaar op art. 5:94 BW, in: F.J. Vonck (red.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Voorduin 1837
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal; uit oorspronkelijke, grootendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen,* Utrecht: Natan 1837.

De Vries-Kalff 1986
L. de Vries-Kalff, 'Maatschappelijk gebonden eigendom. Kanttekeningen bij een opmerkelijk juridisch fenomeen', *Bouwrecht* 1986, p. 901-916.

De Vries 1984
A.E. de Vries, *Het recht van erfpacht volgens BW en NBW,* Zwolle: Tjeenk Willink 1984.

De Vries & Pleysier 2002
A.E. de Vries & A.J.H. Pleysier, *Erfpacht en opstal,* Deventer: Tjeenk Willink 2002.

De Vries 2009
B. de Vries, 'Erfpachtlease, een alternatieve sale-and-leaseback', *Forfaitair* 2009/191.

De Vries 1965
J.J.M. de Vries, 'De coöperatieve flatexploitatievereniging', in: *De coöperatieve vereniging: preadvies,* S.l.: Broederschap der Candidaat-Notarissen 1965, p. 43-95.

De Vries Lentsch-Kostense 1980
C.L. de Vries Lentsch-Kostense, 'Erfpacht', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1980, p. 910-917.

De Vries Lentsch-Kostense 1992
C.L. de Vries Lentsch-Kostense, *Overgangsrecht,* Deventer: Kluwer 1992.

Van Wechem & Wessels 1992a
T.H.M. van Wechem & B. Wessels, 'Toetsen erfpachtsvoorwaarden (I)', *WPNR* 1992/6040, p. 198-200.

Van Wechem & Wessels 1992b
T.H.M. van Wechem & B. Wessels, 'Toetsen erfpachtsvoorwaarden (II, slot)', *WPNR* 1992/6041, p. 221-223.

Van der Werf, *TBR* 2015/32
W.E.J. van der Werf, annotatie bij HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3071 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), TBR 2015/32.

Wessels & Pavillon 2017
B. Wessels & C.M.D.S. Pavillon, 'Collectieve toetsing', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 469-485.

Wiarda 1961
J. Wiarda, 'De relativiteit van rechtsverhoudingen in het algemeen en van den eigendom in het bijzonder', *WPNR* 1961/4701, p. 572-586.

Wijnmaalen 2013
J.J.H. Wijnmaalen, 'Beëindiging erfpachtsrecht wegens ernstige tekortkomingen', *Vastgoedrecht* 2013, p. 95-96.

Wissink 2017
M.H. Wissink, 'Inleiding', in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden,* Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 1-36.

Wissink 2018
M.H. Wissink, 'Onroerend goed en algemene voorwaarden. De betekenis van Richtlijn 1993/13 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten', *WPNR* 2018/7179.

De Wolff, Ploeger & De Jong 2006
H.W. de Wolff, H.D. Ploeger & J. de Jong, *Toekomst van het Haagse gronduitgiftesysteem. Eindrapport,* Delft: Onderzoeksinstituut OTB 2006.

Wolterbeek Muller 1909
J. Wolterbeek Muller, 'De juridische en economische betekenis van de rechten van opstal, erfpacht, beklemming en grondrente voor landbouw en stadsuitbreiding', in: *Praeadviezen over de juridische en economische betekenis van de rechten van opstal, erfpacht, beklemming en grondrente, te behandelen op de Algemeene Vergadering der Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en zijne Koloniën te 's-Gravenhage den 13 September 1909,* 's-Gravenhage: Belinfante 1909, p. 1-41.

Wolters 2013
P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013.

Wolters 2017
P.T.J. Wolters, 'De toetsing van boetebedingen in de algemene voorwaarden. Consistentie in de lagere rechtspraak?', *RM Themis* 2017, p. 116-128.

Jurisprudentieregister

Lijst van aangehaalde uitspraken met verwijzing naar paragraafnummers.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1986, 8793/79, ECLI:CE:ECHR:1986:0221JUD000879379 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*), 6.4.3.6

EHRM 12 juni 2012, nr. 13221/08 en 2139/10, ECLI:CE:ECHR:2012:0612JUD001322108 (*Lindheim e.a./Noorwegen*), 7.4, 7.6

Hof van Justitie EG/EU

HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395, *NJ* 1993/163 (*Marleasing*), 3.4.3

HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292, *NJ* 1995/321 (*Faccini Dori*), 3.4.3

HvJ EG 27 juni 2000, C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346, *NJ* 2000/730 (*Océano*), 3.4.3

HvJ EG 22 november 2001, C-541/99, ECLI:EU:C:2001:625 (*Idealservice*), 3.5.2

HvJ EG 1 april 2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209, *NJ* 2005/75 (*Freiburger Kommunalbauten*), 3.5.5

HvJ EG 4 juni 2009, C-0243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *NJ* 2009/395 m.nt. M.R. Mok (*Pannon*), 3.5, 3.5.5

HvJ EU 3 juni 2010, C-484/08, ECLI:EU:C:2010:309, *NJ* 2010/555 m.nt. M.R. Mok (*Ausbanc*), 3.5.8

HvJ EU 26 april 2012, C-472/10, ECLI:EU:C:242, *NJ* 2012/404 m.nt. M.R. Mok (*Invitel*), 5.2

HvJ EU 14 juni 2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, *NJ* 2012/512 m.nt. M.R. Mok (*Banco Español de Crédito*), 3.4.3

HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, *NJ* 2013/374 (*Aziz*), 3.5.5, 3.5.6

HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, *NJ* 2013/375 (*RWE*), 3.5.1, 3.5.8, 3.5.9, 5.2

HvJ EU 30 mei 2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, *NJ* 2013/487 m.nt. M.R. Mok (*Asbeek Brusse*), 3.1, 3.4, 3.4.3, 3.5.1, 3.5.2, 3.5.7

HvJ EU 16 januari 2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10, *NJ* 2014/247 m.nt. M.R. Mok (*Constructora Principado*), 3.5.5, 3.5.6, 3.5.8
HvJ EU 3 april 2014, C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857, *TvA* m.nt. E.R. Meerdink (*Katalin Sebestyén/Zsolt Csaba Kövári e.a.*), 3.5.6
HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355 m.nt. M.R. Mok (*Kásler*), 3.5.6, 3.5.8, 3.5.9
HvJ EU 15 januari 2015, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14, *NJ* 2015/331 m.nt. B.J. Drijber (*Šiba*), 3.5.2
HvJ EU 21 januari 2015, C-482/13 e.a., ECLI:EU:C:2015:21, *RCR* 2015/26 (*Unicaja Banco*), 3.5.9
HvJ EU 11 juni 2015, C-602/13, ECLI:EU:C:2015:397 (*Banco Bilbao*), 3.5.6
HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538, *NJ* 2016/339 m.nt. M.B.M. Loos (*Costea*), 3.5.2
HvJ EU 19 november 2015, C-74/15, ECLI:EU:C:2015:772 (*Tarcao*), 3.5.2
HvJ EU 21 april 2016, C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283 (*Radlinger*), 3.4.7
HvJ EU 14 september 2016, C-534/154, ECLI:EU:C:2016:700 (*Dumitras*), 3.5.2
HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60, *RCR* 2017/29 (*Banco Primus/ Garcia*), 3.5.6

Hoge Raad

HR 7 mei 1847, *W*. 829 (*tiendrecht*), 2.4.1.5
HR 31 december 1847, *W*. 877 (*belanghebbende/Bestuur der Registratie*), 2.4.1.2
HR 5 mei 1848, *W*. 926 (*Bosschieter/Domeinen*), 2.4.1.2
HR 10 januari 1851, *W*. 1198 (*Bestuur der Registratie/Erven D. Kortland*), 2.4.1.2
HR 25 maart 1853, *W*. 1423 (*erfpachter/Bestuur der Registratie*), 2.4.1.2
HR 1 februari 1861, *W*. 2247 (*Bestuur der Registratie/Cosman*), 2.4.1.4
HR 26 februari 1864, *W*. 2568 (*Domeinen/erfpachter*), 2.4.1.5
HR 3 februari 1865, *W*. 2668 (*Van Streijen/Van der Horst*), 2.4.1.4
HR 1 maart 1878, *W*. 4222 (*Hervormde Gemeente Harmelen/De Leeuw*), 2.4.1.4
HR 30 december 1881, *W*. 4727 (*Bongaards/Dorpspolder Zaltbommel*), 2.3.4, 2.3.5, 2.4.1.5
HR 13 januari 1882, *W*. 4729 (*Brink/Spijker en Timmerman*), 2.4.1.4
HR 23 juni 1882, *W*. 4794 (*Sweerts en Van den Biggelaar/De Clercq Gzn*), 5.3.3
HR 24 april 1884, *W*. 5031 (*Tellingen/De Nederlandsche Bouwmaatschappij*), 2.4.1.3
HR 8 november 1889, *W*. 5793 (*Veen/Haarlem*), 2.3.4, 2.4.1.5
HR 3 maart 1905, *W*. 8191 (*Blaauboer/Berlips*), 2.4.1.3, 2.4.2.1
HR 26 februari 1915, *W*. 9864, *NJ* 1915, p. 625 (*Van der Vegte/Nederlandsche Hervormde Gemeente Zwolle*), 2.4.2.2, 2.4.2.8, 6.4.3.3
HR 28 maart 1919, *W*. 10416 (*Commissie belast met de zorg van de wegen en waterleidingen in het Ruurlosche Broek /Hofstede en Oneïdes*), 2.4.2.4
HR 19 juli 1921, *W*. 10834, *NJ* 1921, p. 1030 (*onteigening opstalrecht*), 2.4.2.3
HR 8 oktober 1924, *W*. 11283 (*Amsterdam/Hoogheemraadschap van Rijnland c.s.*), 2.4.2.3
HR 29 januari 1929, *W*. 11962 (*duinwaterleiding*), 2.4.2.2
HR 4 december 1935, *NJ* 1936/376 (*Van der Burght/Tholen*), 2.4.2.3
HR 10 december 1937, *NJ* 1938/335 (*Hollandsch Bloembollenhuis/Anna Paulowna*), 2.4.2.1

HR 9 februari 1940, *NJ* 1940/302 (*Kok/Hersteld Apostolische Zendinggemeente*), 2.4.2.2
HR 19 maart 1941, *NJ* 1941/554 (*precariobelasting koekoek*), 2.4.2.2
HR 23 januari 1942, *NJ* 1942/298 (*Utrechtsche Provinciebank/De Bruyn*), 6.3.1
HR 30 maart 1949, *B*. 8625 (*belanghebbende/Belastingdienst*), 2.4.2.2
HR 2 januari 1953, *NJ* 1953/130 (*Nationale Grondtrustee/Amsterdam*), 2.4.2.2
HR 27 november 1953, *NJ* 1954/129 m.nt. J.D(rion) (*Gorinchem/Looijen*), 2.4.2.5, 6.2.1.1
HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 m.nt. DJV (*Quint/Te Poel*), 2.2.4, 2.3.7
HR 3 april 1963, *NJ* 1963/258 (*Rotterdam/Polder Prins Alexander c.s.*), 2.4.2.3
HR 17 december 1965, *NJ* 1967/40 (*Buys/Staat*), 2.4.2.5
HR 11 maart 1966, *NJ* 1966/330, ECLI:NL:HR:1966:AC1868 m.nt. G.J. Scholten (*Nederlandse Antillen/Exploitatie Maatschappij van Zoutmeren op het eiland St. Martin*), 6.3.1.3
HR 8 november 1968, *NJ* 1969/11 m.nt. G.J. Scholten, ECLI:NL:HR:1968:AC0568 (*Zoetermeer/Goedegebuure*), 2.4.2.4
HR 19 december 1975, *NJ* 1978/366, ECLI:NL:HR:1975:AC5668 (*Flatgebouw Van Hogenhoucklaan/Staat*), 6.3.1.3
HR 28 mei 1976, *NJ* 1977/449 m.nt. W.H. Heemskerk, ECLI:NL:HR:1976:AC5743 (*Amsterdam/Kuiper*), 2.4.2.6, 5.4.1
HR 23 december 1976, *NJ* 1977/409 m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1976:AC5850 (*Reggezuid*), 3.1.1, 4.3.1.3, 4.4.2
HR 16 maart 1977, *NJ* 1977/399 m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1977:AC5907 (*Havenerfpacht Rotterdam*), 2.4.2.6
HR 24november 1978, *NJ* 1980/88 m.nt. W.H. Heemskerk, ECLI:NL:HR:1978:AC6416 (*Sunclass/Dernison*), 2.4.2.4
HR 29 januari 1979, *NJ* 1979/452 m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1979:AC6479 (*Van der Waal/'s-Gravenhage*), 2.4.2.5, 2.4.3.1
HR 7 maart 1979, *NJ* 1980/116 m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1979:AB7442 (*Rotterdam/huurder-opstalhouder*), 2.4.2.6
HR 7 maart 1980, *NJ* 1980/549 (*Schellekens/Braam*), 2.4.2.2
HR 11 maart 1981, *NJ* 1982/76 m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1981:AC1886 (*Jachthaven*), 2.4.2.6
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 m.nt. C.J.H. Brunner, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*), 2.4.3.2
HR 24 april 1981, *NJ* 1982/84 m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1981:AG4180 (*Strauss/Amsterdam*), 4.3.1.2, 4.3.1.3, 4.4.2
HR 15 juli 1981, *NJ* 1982/192 (*Gouma/Belastingdienst*), 2.4.2.2
HR 19 februari 1982, *NJ* 1982/571, ECLI:NL:HR:1982:AC7534 (*Oosterhof/Van der Kleij*), 2.4.2.6
HR 8 december 1982, *NJ* 1983/686 m.nt. W.M. Kleijn, ECLI:NL:HR:1982:AC0634 (*ondererfpachter/Belastingdienst*), 2.4.2.2
HR 8 maart 1985, *NJ* 1985/468, ECLI:NL:HR:1985:AC0264 (*ENFM/Schiedam*), 2.4.2.6, 5.5.1.1
HR 3 mei 1985, *NJ* 1986/323 m.nt. M. Scheltema, ECLI:NL:HR:1985:AG5012 (*Zuiderbad/Amsterdam*), 2.4.2.5, 6.2.1.2, 6.7.1
HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727 m.nt. M. Scheltema, ECLI:NL:HR:1987:AG5565 (*Amsterdam/Ikon*), 1.1.1, 4.6.1

HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 m.nt. M. Scheltema, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (*Staat/Windmill*), 4.3.1.3
HR 15 februari 1991, *NJ* 1992/639 m.nt. C.J.H. Brunner, ECLI:NL:HR:1991:ZC0150 (*Staat/Organisatie ter Verbetering van de Binnenvisserij*), 2.4.2.6
HR 8 juli 1991, *NJ* 1991/691 m.nt. M. Scheltema, ECLI:NL:HR:1991:ZC0315 (*Kunst- en Antiekstudio/Lelystad*), 3.3, 3.4.1, 3.4.5, 4.3.1.2, 6.4.4.2
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992/670 m.nt. M. Scheltema, ECLI:NL:HR:1992:ZC0466 (*Scheffers/Utrecht*), 3.4.1, 6.1.2, 6.4.4
HR 18 december 1992, *NJ* 1993/153, ECLI:NL:HR:1992:ZC0805 (*Provincie Groningen/Vebervis*), 2.4.3.2, 5.4.2
HR 7 april 1993, *NJ* 1994/47, ECLI:NL:HR:1993:AB9753 (*Grondeigendom/Amsterdam*), 6.5.2, 6.7.5
HR 15 maart 1995, *NJ* 1996/359 m.nt. R.A. Morzer Bruyns, ECLI:NL:HR:1995:AC4072 (*Grondeigendom/Amsterdam*), 6.5.2
HR 6 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7242, *NJ* 1998/723 (*AZG/Het Noorden e.a.*), 2.4.3.1
HR 19 september 1997, *NJ* 1998/6, ECLI:NL:HR:1998:ZC2435 (*Assoud/SNS*), 3.5.4
HR 6 november 1998, *NJ* 1999/131, ECLI:NL:HR:1998:ZC2767 (*Karting-Bouwmans c.s./Rotterdam*), 3.5.2
HR 22 januari 1999, *NJ* 1999/244, ECLI:NL:HR:1999:ZC2827 (*Dinkgreve/LTB*), 6.4.4.1
HR 26 maart 1999, *NJ* 1999/446, ECLI:NL:HR:1999:ZC2879 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), 1.2, 2.3.9, 2.4.2.5, 2.4.3.1, 3.3, 5.3.5, 5.5.1.1, 5.5.2.1, 5.5.2.2, 6.1.1, 6.2.2, 7.4
HR 8 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8901, *NJ* 2001/350 m.nt. W.M. Kleijn (*Eelder Woningbouw/Kammen*), 2.4.3.2
HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0220, *NJ* 2001/277 (*Montoya en Cloudstorm/ABN Amro*), 3.5.7
HR 14 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3970 (*VvE Bungalowpark De Keizerskroon*), 4.4.1
HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9594, *NJ* 2002/299 (*Geboers/Asten*), 2.4.3.1, 5.1.1
HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9595 (*Geboers/Asten*), 2.4.3.1, 5.1.1
HR 19 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9597 (*Geboers/Asten*), 2.4.3.1, 5.1.1
HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, *NJ* 2002/112 m.nt. J. Hijma (*Bramer/Colpro*), 3.5.3
HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4553, *NJ* 2003/78 m.nt. P.A. Stein (*Groningen/Reilman*), 4.2
HR 14 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1892, *JOL* 2003/160 (*erfpachters/erfverpachter*), 2.4.3.2
HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2004/493 m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*), 5.5.1.1
HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4743, *NJ* 2006/216 m.nt. H.J. Snijders (*Strijbosch/Witadi*), 6.5.2
HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, *NJ* 2005/41 (*Haantjes/Damstra en Andele*), 2.4.3.2, 4.6
HR 24 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3642, *NJ* 2007/58 m.nt. J. Hijma (*Chidda*), 3.4.5, 6.4.4.3

HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5890, *NJ* 2007/114 m.nt. H.J. Snijders onder *NJ* 2007/115 (*Amsterdam/Honnebier*), 3.4.2, 5.6.3, 6.7.2
HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8242, *NJ* 2006/338 m.nt. P.A. Stein (*'s-Gravenhage/Braber*), 4.2
HR 17 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8317, *JOL* 2006/162 (*Bloemenmarkt*), 2.4.3.2
HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1706, *NJ* 2007/115 m.nt. H.J. Snijders (*Meurs/Newomij*), 3.4, 3.4.2, 3.4.3, 3.5.2, 5.5.1.3
HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6521, *NJ* 2006/259 (*Amsterdam/Broeren*), 3.4.2, 5.5.2.2
HR 14 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU8946, *NJ* 2006/445 m.nt. M.R. Mok (*Doetinchem*), 4.4.2
HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9323, *JOL* 2007/311 (*Bichon van IJsselmonde c.s./Roos*), 6.1.2, 6.4.1, 6.6.3
HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7408, *JOL* 2007/747 (*'s-Gravenhage/Civilised Traveller c.s.*), 6.4.3.1, 6.7.2
HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF3799, *NJ* 2009/6 (*Bursa/Güris c.s.*), 5.5.2.2
HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7845, *NJ* 2009/255, *AB* 2009/327 m.nt. G.A. van der Veen (*Amsterdam/Geschiere*), 2.4.3.1, 4.4.2
HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, *TBR* 2010/93 m.nt. F.J. Vonck (*Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), 1.1.5, 2.4.3.1, 3.4.1, 4.5.3, 5.3.5, 5.5.2.1
HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0871 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), 1.1.5, 2.4.3.1, 3.4.1, 4.5.3, 5.5.2.1
HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, *NJ* 2011/111 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Kamsteeg/Lisser*), 2.4.3.2, 5.5.1.1
HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, *NJ* 2013/431 m.nt. H.J. Snijders (*Van Marrum/Wolff*), 3.5.5
HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX0735 (*Amsterdam/Groenland*), 2.4.3.2
HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY2579, *NJ* 2012/171 m.nt. H.B. Krans (*Natural Golf Business Events /Fons Hof Beheer*), 2.4.3.2
HR 24 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1782, *NJ* 2013/540 m.nt. J.L.R.A.Huydecoper (*Credit Suisse/Subway*), 6.2.3.3
HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1744 (*Lisser/Kamsteeg*), 2.4.3.2
HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274 m.nt. H.B. Krans (*Heesakkers/Voets*), 3.1, 3.4, 3.4.1, 3.5, 3.5.1, 3.5.7
HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:337, *NJ* 2014/119, *TBR* 2014/209 m.nt. A.A. van Velten (*Bakermans c.s./Mitros*), 2.4.3.2
HR 31 oktober 2014, nr. 00525, ECLI:NL:HR:2014:3069 (*Opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), 2.4.3.2, 6.2.1.3
HR 31 oktober 2014, nr. 00529, ECLI:NL:HR:2014:3071, *NJ* 2015/13 m.nt. P.C.E. van Wijmen (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), 1.1.5, 2.3.9, 2.4.3.2, 3.4.5, 5.4.3, 5.5.2.1, 6.4.4.2
HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765, *NJ* 2016/239, *RCR* 2016/57 (*Amsterdam/erfpachter*), 2.4.3.1, 5.6.5, 5.7

HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, *NJ* 2018/41 m.nt. H.B. Krans (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), 2.4.3.1, 3.3, 3.4.1, 3.4.7, 3.5.3, 3.5.4, 3.5.8, 5.3.5, 5.3.6, 5.4.1, 5.6.6, 5.7.3
HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:996, *NJ* 2017/312 m.nt. J. Hijma, 6.2.3.3
HR 28 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2448 (*erfpachter/Rentambt van Over-Betuwe*), 2.4.3.1, 5.2, 6.5.3
HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:559, *RVR* 2017/51 (*erfpachter/Staat*), 2.4.3.1, 3.5.2, 5.5.1.1
HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, *NJ* 2017/394 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Tijhuis/Dexia*), 3.5.5, 3.5.6
HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2275, *NJ* 2017/347, 3.4.7
HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:141, *NJ* 2018/98 (*Goglio/SMQ*), 2.2.3
HR 2 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:148, *NJ* 2018/422 m.nt. H.J. Snijders (*Dammer c.s./Lecc c.s.*), 2.4.3.2
HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2371 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), 3.4.1, 3.4.7, 3.5.8, 5.6.6, 5.6.6.3

Gerechtshoven

Hof Zuid-Holland 16 mei 1847, *W*. 924 (*Soeterwoude*), 2.4.1.2
Hof Utrecht 9 december 1850, *W*. 1198 (*erfverpachter/erfpachters*), 2.4.1.1
Hof Gelderland 31 maart 1852, *W*. 1351 (*erfpachter/Polderdistrict*), 2.4.1.4
Hof Den Haag 23 mei 1877, *W*. 4116 (*Domeinen/Van Haaften*), 2.4.1.4
Hof Amsterdam 12 november 1880, *W*. 4621 (*Van Eyk/Graaf van de Werve en van Vorsselaer c.s.*), 2.4.1.4
Hof Arnhem 9 januari 1881, *W*. 4792 (*Spijker en Timmerman/Brink*), 2.4.1.4
Hof Den Haag 28 maart 1881, *W*. 4801 (*Vereeniging der geïnteresseerden in de Gors en Ambachtsheerlijkheid Zuid-Beijerland/Volker*), 2.3.4, 2.4.1.5
Hof Amsterdam 8 februari 1889, *W*. 5708 (*Haarlem/Veen*), 2.3.4, 2.4.1.5
Hof Den Bosch 23 januari 1912, *W*. 9310 (*Schijndel/Van den Oever*), 6.3.1.3
Hof Den Haag 29 maart 1912, *W*. 9434 (*Lindenbergh/Polder de Breede Watering bewesten Yerseke*), 2.4.2.8
Hof Arnhem 18 februari 1914, *W*. 9708 (*Nederduits Hervormde Gemeente te Zwolle/Van der Vegte c.s.*), 2.4.2.8
Hof Amsterdam 27 oktober 1938, *NJ* 1939/242 (*De Rooy/Amsterdam*), 2.3.8
Hof Den Haag 19 oktober 1939, *NJ* 1940/200 (*Zandvoort en Van Beuzekom/Koning*), 6.3.1.3
Hof Arnhem 21 mei 1941, *NJ* 1941/799 (*Griffioen/Rhenen*), 2.4.2.8
Hof Den Haag 2 mei 1962, *NJ* 1963/163 (*'t Hart/Boddaert c.s.*), 1.2, 2.4.2.8
Hof Den Haag 18 augustus 1983, *NJ* 1984/577, ECLI:NL:GHSGR:1983:AC8081 (*Stok & Van der Vorst/Stichting Renesse*), 5.5.1.2
Hof Amsterdam 5 april 1984, *BR* 1984/731, ECLI:NL:GHAMS:1984:AS9529 (*Rademakers/Utrecht*), 2.3.5
Hof Amsterdam 21 november 1985, *BR* 1986/453, ECLI:NL:GHAMS:1985:AS9098 (*erfpachters/Amsterdam*), 4.6.2
Hof Amsterdam 7 mei 1987, *BR* 1989, p. 212, ECLI:NL:GHAMS:1987:AS8144 (*Fris/Amsterdam*), 5.4.1
Hof Den Haag 8 oktober 1987, *BR* 1988/609, ECLI:NL:GHSGR:1987:AS8040 (*Metterwoon/'s-Gravenhage*), 4.6.2

Hof Amsterdam 7 mei 1992, *BR* 1994, p. 861 m.nt. J. de Jong, ECLI:NL:GHAMS:1992:AS6637 (*Amsterdam/Göbel-Van Veeren*), 4.6.1
Hof Den Bosch 31 mei 1995, *NJ* 1996/169, ECLI:NL:GHSHE:1995:AD2356 (*Hazeduinen/Van Oosterhout*), 5.1.1
Hof Amsterdam 26 oktober 1995, *BR* 1996, p. 669, ECLI:NL:GHAMS:1995:AS5720 (*Randstad Holland/Reinders*), 3.5.8, 5.6.2, 5.6.3
Hof Den Bosch 19 maart 1997, *NJ* 1998/94, ECLI:NL:GHSHE:1997:AD2708 (*Van Utrecht/Van Oosterhout*), 5.1.1
Hof Den Haag 29 mei 1997, *BR* 1998, p. 60, ECLI:NL:GHSGR:1997:AS5303 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), 2.4.3.1, 5.5.2.1
Hof Leeuwarden 21 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE6801 (*erfpachter/grondeigenaren*), 5.4.2
Hof Leeuwarden 9 april 2003, ECLI:NL:GHLEE:2003:AF7231 (*Haantjes/Damstra en Andele*), 4.6
Hof Den Haag 10 juli 2003, *KG* 2003/232, ECLI:NL:GHSGR:2003:AN8025 (*Rijswijk/Haags Tennis Centrum*), 6.4.1, 6.4.2.1
Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8799 (*Schatzenburg/Tennisvereniging Schatzenburg*), 6.4.2.2, 6.4.3.5
Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8802 (*Schatzenburg/Voetbalvereniging Dronrijp*), 6.4.2.2, 6.4.3.5
Hof Leeuwarden 5 januari 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AR8808 (*Schatzenburg/Voetbalvereniging Foarút*), 6.4.2.2, 6.4.3.5
Hof Amsterdam 9 juni 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:BX8554 (*Amsterdam/erfpachters*), 4.6.1
Hof Den Bosch 29 november 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AV0371 (*Eindhoven/erfpachter*), 6.3.1.4
Hof Den Haag 16 maart 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AV5283 (*Arla c.s./Rotterdam*), 6.4.4.1
Hof Den Bosch 16 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX8721 (*Stille Wille*), 3.4.4
Hof Den Haag 15 juni 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX9126 (*Kunstijsbaan/Capelle aan den IJssel*), 6.4.3.1
Hof Den Haag 13 juli 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY4798 (*Van de Kooij/Schiedam*), 5.4
Hof Arnhem 15 augustus 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ0371 (*Strijbosch/Witadi*), 6.5.2
Hof Arnhem 20 mei 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG1702 (*Arnhem/Vereniging Erfpachters Paasberg c.s.*), 6.5.2
Hof Arnhem 14 oktober 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG0390 (*Vereniging tegen Piramidespelen/Ekeby*), 6.5.1.2
Hof Den Haag 6 januari 2009, *NJF* 2009/63, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3564 (*Bevago/Rotterdam*), 4.3.1.3, 4.4.1, 4.4.2, 6.4.3.1
Hof Den Haag 24 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH9026 (*erfverpachters/erfpachter*), 6.4.3.3
Hof Arnhem 28 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK8628 (*Aviko*), 4.5.2, 4.8.2
Hof Arnhem 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK9385 (*Arnhem/Vereniging Erfpachters Paasberg c.s.*), 6.5.2

Hof Amsterdam 22 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BQ6054 (*Ritmeester/Stedin c.s.*), 6.1.2, 6.6.3
Hof Leeuwarden 14 januari 2010, *NJ* 2010/236, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM4071 (*Bosman c.s./Pier*), 4.5.1, 4.8.1
Hof Den Bosch 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:199 (*Alliance c.s./NS*), 4.5.5, 4.7, 5.6.6.2
Hof Amsterdam 27 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9248 (*erfpachters/Amsterdam*), 3.5.1
Hof Den Haag 28 september 2010, zaaknummer 200.061.148/11395 (*Kater/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), 4.5.3, 4.8.2
Hof Amsterdam 31 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:1635 (*hypotheekhouder/Fagoed*), 6.7.4
Hof Amsterdam 20 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT6895 (*Amsterdam/Honnebier*), 5.6.3
Hof Leeuwarden 6 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BX7344 (*erfpachter/erfverpachters*), 6.7.1
Hof Amsterdam 1 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:998 (*hypotheekhouder/Fagoed*), 6.7.4
Hof Den Haag 24 juli 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX1656 (*Hamm q.q. Stichting Salza/Zwijndrecht*), 6.7.1
Hof Leeuwarden 11 september 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7346 (*erfpachter/erfverpachter*), 6.2.3.3
Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0517 (*opstalhouders/Hoogheemraadschap van Rijnland*), 5.5.2.1, 6.2.1.3
Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0518 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), 2.4.3.2
Hof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY0519 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), 1.1.5, 3.4.5, 5.2, 5.4.3, 5.5.2.1, 7.4
Hof Amsterdam 6 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY3243 (*Amsterdam/Wibautstraat*), 4.6.1
Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1985 (*opstalhouders/Valkenburg aan de Geul*), 6.2.3.2
Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5321 (*Woonbron/erfpachter*), 6.4.3.6
Hof Den Bosch 14 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA0218 (*De Wildhorst c.s./Bernheze*), 5.4.3
Hof Amsterdam 21 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA1789 (*Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier/Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier c.s.*), 1.1.5, 5.5.1.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2457 (*Arnhem/Vereniging Erfpachters Paasberg c.s.*), 6.5.2
Hof Den Bosch 25 juni 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2823 (*TinQ/Garage*), 6.2.3.1
Hof Amsterdam 9 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2020 (*erfpachter/notaris*), 6.4
Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3282 (*hypotheekhouder/Fagoed*), 6.7.4

Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:98 (*Flatexploitatievereniging/notaris*), 4.4.2
Hof Den Bosch 22 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1144 (*opstalhouder/Valkenswaard*), 6.2.1.2
Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1875 (*erfpachter/Staat*), 5.5.1.1
Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1876 (*erfpachter/Amsterdam*), 5.5.2.2, 5.5.2.3, 6.2.3.2
Hof Den Bosch 24 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1901 (*Heksenberg/Heerlen*), 6.1.2, 6.2.2
Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3903 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), 2.4.2.6, 3.3, 5.3.6, 5.6.3, 5.6.6
Hof Amsterdam 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4595 (*erfpachter/Amsterdam*), 5.6.5
Hof Den Haag 18 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3608 (*erfpachters/'s-Gravenhage*), 5.5.2.2, 6.2.3.2
Hof Amsterdam 13 januari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:32 (*koper erfpachtrecht/notaris*), 6.4.2.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:108, *TBR* 2015/153 m.nt. W.J.E. van der Werf (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), 3.3, 3.4.2, 4.5.5, 4.7, 6.3.1.4, 6.4.5
Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2101 (*patiënt/Infomedics*), 5.6.6.3
Hof Den Bosch 26 mei 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1884 (*Mooi Weer c.s./Bernheze*), 5.4.3
Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5535, 6.2.3.3
Hof Den Haag 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2319 (*erfpachter/erfpachter naastgelegen perceel*), 2.5.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6097 (*woningeigenaar/Viverion*), 5.6.6.3
Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3477 (*erfpachter/Staat*), 3.5.2, 5.5.1.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7097, *RVR* 2015/120 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), 3.5.6, 4.5.5, 5.6.6.3
Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4998, 6.2.3.3
Hof Den Haag 15 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3413 (*makelaar/erfpachter*), 6.2.2
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2626 (*Alkmaar Hypotheken/erfpachter*), 6.4.3.6
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2316 (*verzekerde/Achmea*), 5.6.6.3
Hof Den Bosch 5 juli 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2702 (*Autoreinigingsbedrijf/Tilburg*), 6.7.4
Hof Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2887 (*Abattoir Amsterdam/Amsterdam*), 6.2.3.4
Hof Arnhem-Leeuwarden 6 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7517, *WR* 2017/58, 6.4.3.4

Hof Amsterdam 1 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4314, *RVR* 2017/3 (*Amsterdam/erfpachter*), 3.5, 3.5.1, 6.4.3.1
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8942 (*erfpachter/erfverpachter*), 6.7.3
Hof Den Haag 8 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4140 (*erfpachters/Woonbron*), 3.4.6, 6.4.3.6
Hof Arnhem-Leeuwarden 20 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10344 (*erfpachter/De Fryske Marren*), 4.6.1, 6.5.3
Hof Den Bosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5656 (*Autoreinigingsbedrijf/Tilburg*), 6.7.4
Hof Den Bosch 17 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:126 (*erfpachters/Rabobank*), 6.4.3.6
Hof Den Bosch 20 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2808 (*WonenBreburg/erfpachters*), 6.4.3.6
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 september 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8437, *RVR* 2017/109 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), 3.5, 3.5.5, 3.5.6, 4.5.5, 7.2.3
Hof Den Haag 19 september 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2894 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), 3.4.1, 3.4.2, 3.4.7, 3.5.8, 5.6.6
Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:298 (*VvE c.s./Bloemendaal*), 5.5.1.3
Hof Amsterdam 12 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1940 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), 5.5.2.1

Rechtbanken en kantongerechten

Rb. Utrecht 20 februari 1850, *W*. 1164 (*erfverpachter/erfpachter*), 2.4.1.1
Rb. Utrecht 3 april 1850, *W*. 1153 (*erfverpachter/erfpachters*), 2.4.1.1
Rb. Gorinchem 22 februari 1876, *W*. 3964 (*Domeinen/Van Haaften*), 2.4.1.4
Rb. Tiel 14 december 1877, *W*. 4229 (*Budding/Masson c.s.*), 2.4.1.2
Rb. Middelburg 13 maart 1878, *W*. 4230 (*Meens/Van Driel*), 2.4.1.2
Rb. Haarlem 19 november 1878, *W*. 4486 (*Graaf van de Werve en van Vorsselaer/Van Eijk*), 2.4.1.4
Ktr. Zaltbommel 3 december 1879, *W*. 4727 (*Dorpspolder Zaltbommel/Bongaards*), 2.4.1.5
Rb. Tiel 4 februari 1881, *W*. 4727 (*Dorpspolder Zaltbommel/Bongaards*), 2.4.1.5
Rb. Middelburg 11 oktober 1882, *W*. 4833 (*Waterschap van de uitwatering der vereenigde polders van de Sluis tegen den Magdalenapolder/Van de Waarhede*), 2.4.1.4
Rb. Amsterdam 13 oktober 1887, *W*. 5498 (*Hobbelink/Wildschut en Prinsen*), 2.4.1.2, 4.4.1
Rb. Leeuwarden 21 november 1889, *W*. 5834 (*Scharnegoutum*), 1.1.2, 2.4.1.3
Rb. Dordrecht 4 april 1894, *W*. 6532 (*Hervormde Gemeente Ridderkerk/Velthuizen*), 2.4.1.3, 2.4.1.5
Rb. Arnhem 30 december 1895, *W*. 6812 (*Van Sasse van Ysselt/Hervormde Gemeente van Herwen*), 2.4.1.2
Rb. Utrecht 15 februari 1905, *W*. 8193 (*Van Beek c.s./Vonk c.s.*), 7.4
Rb. Zierikzee 4 april 1905, *W*. 8218 (*Ambachtsheerlijkheid van Dreischor/Verton*), 2.4.1.2

Rb. Alkmaar 29 juni 1905, *W*. 8313 (*Polder De Schermer/Graftdijk*), 2.3.4, 2.4.1.5
Rb. Rotterdam 22 januari 1908, *W*. 8792 (*Kralingsche Katoen Maatschappij/ Bezazian*), 6.3.1.3
Rb. Tiel 25 juni 1909, *W*. 8963 (*Hervormde Gemeente Hagestein/Van der Gun c.s.*), 2.4.2.8
Ktr. Rotterdam 1 maart 1922, *W*. 11000 (*Becker/Milchsack*), 6.3.1.3
Rb. Rotterdam 2 april 1937, *NJ* 1938/649 (*Schiedam/Scheepvaart Mij "Frederica"*), 2.4.2.8
Rb. Dordrecht 11 april 1945, *NJ* 1946/790 (*Dordrecht/Nautilus 9*), 2.4.2.6
Rb. Breda 24 december 1957, *NJ* 1958/383 (*Zevenbergen/Van de Werk*), 6.1.2
Rb. Middelburg 4 december 1963, *NJ* 1964/244 (*De Groot/Domburg*), 2.4.2.8
Rb. Rotterdam 1 juni 1973, rolnr. 3006/70 (*Schiedam/Centro*), 4.6.1
Ktr. Amsterdam 15 oktober 1974, *NJ* 1976/22, ECLI:NL:KTGAMS:1974:AC4341 (*erfpachter/Amsterdam*), 4.3.1.3, 4.4.2
Rb. Amsterdam 1 november 1978, rolnr. 76.4014 (*Amsterdam/Van Veeren*), 4.6.1
Ktr. Den Haag 17 oktober 1979, *Prg*. 1980/1429, ECLI:NL:KTGSGR:1979:AJ0452 (*Belderbos/'s-Gravenhage*), 4.3.1.3, 4.4.2
Ktr. Den Haag 11 april 1983, *NJ* 1984/158, ECLI:NL:KTGSGR:1983:AC1942 (*Schuitemaker-Rog c.s./'s-Gravenhage*), 4.3.1.3, 4.4.2
Rb. Utrecht 14 maart 1984, *NJ* 1985/226, ECLI:NL:RBUTR:1984:AC3470 (*Rademakers/Utrecht*), 6.3.1.3
Rb. Amsterdam 21 november 1984, *NJ* 1985/521, ECLI:NL:RBAMS:1984:AC8604 (*Honselaar/Recourt*), 5.5.2.2
Rb. Den Haag 30 november 1994, *BR* 1995, p. 329, ECLI:NL:RBSGR:1994:AS5992 (*Stichting Belangenbehartiging Erfpachters Den Haag c.s./'s-Gravenhage*), 2.4.3.1, 5.5.2.1
Rb. Rotterdam 22 juni 1995, *NJ* 1996/342, ECLI:NL:RBROT:1995:AD2366 (*Roomsch Catholijke Kerkelijke Gemeente Den Bommel/Van Peperstraten c.s.*), 6.6.3
Rb. Amsterdam 10 maart 1999, *BR* 1999, p. 1061, ECLI:NL:RBAMS:1999:AS4563 (*Stabilabram/Amsterdam*), 5.2, 5.6.3
Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5674, zaaknummer H 98.1557 (*Amsterdam/erfpachter*), 5.2, 5.6.2, 5.6.3
Rb. Amsterdam 3 mei 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA5675, zaaknummer H 98.2865 (*Amsterdam/erfpachters*), 5.2, 5.6.3
Rb. Almelo (vzr) 8 december 2000, *KG* 2001/25, ECLI:NL:RBALM:2000:AH8305 (*Naafs c.s./Enschede*), 1.2, 6.4.4.1
Rb. Den Haag 28 november 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AD6497 (*Rijswijk/Haags Tennis Centrum*), 6.4.1
Rb. Amsterdam 19 december 2001, ECLI:NL:RBAMS:2001:AD7589, zaaknummer H 98.2866 (*Amsterdam/Honnebier*), 5.6.3
Rb. Amsterdam 31 juli 2002, *JBN* 2004/59 (*Amsterdam/erfpachter*), 4.6.1
Rb. Leeuwarden 23 september 2002, ECLI:NL:RBLEE:2002:AE8144 (*erfpachters/ Doopsgezinde Gemeente Leeuwarden*), 4.5.1
Rb. Utrecht (vzr) 26 juni 2003, ECLI:NL:RBUTR:2003:AH8718 (*Winkel van Sinkel/ Utrecht*), 4.6.2
Rb. Dordrecht 15 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AM1463 (*erfverpachters/ erfpachter*), 6.4.1, 6.4.2.1, 6.6.3

Rb. Arnhem 10 december 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO1053 (*Witadi/Strijbosch*), 6.5.2
Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6771 (*Tennisvereniging Schatzenburg/Schatzenburg*), 6.4.2.1, 6.4.3.5
Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6772 (*Voetbalvereniging Dronrijp/Schatzenburg*), 6.4.3.5
Rb. Leeuwarden 11 augustus 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AQ6773 (*Voetbalvereniging Foarút/Schatzenburg*), 6.4.3.5
Rb. Middelburg 13 oktober 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AR5117 (*erfpachter/Stichting Renesse*), 5.5.1.2
Rb. Arnhem 13 april 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT5951 (*Stichting Fort bij Pannerden/Staatsbosbeheer*), 6.4.1, 6.4.3.1
Rb. Middelburg 15 juni 2005, ECLI:NL:RBMID:2005:AZ5371 (*Veerse Meer I/Rhoon Pendrecht en Cortgene*), 5.5.1.3, 5.5.2.2
Rb. Rotterdam 4 augustus 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AU0486 (*Capelle aan den IJssel/erfpachter*), 6.4.1, 6.4.3.2
Rb. Arnhem 14 september 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5043 (*De Waalboog/erfpachters*), 6.7.2
Rb. Arnhem 5 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU5335 (*Vereniging Erfpachters De Paasberg c.s./Arnhem*), 6.5.2
Rb. Arnhem (vzr) 7 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU8388 (*Rooms-Katholieke Parochie van de Heilige Andreas/Kadaster*), 1.1.1
Rb. Groningen 15 februari 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AV2013 (*Helenaveen/Brooijmans*), 5.4.2
Rb. Rotterdam 15 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV2812 (*erfpachters/Rotterdam*), 6.5.3
Rb. Rotterdam 22 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV2810 (*erfpachter/Rotterdam*), 5.6.5, 6.5.3
Rb. Rotterdam 29 maart 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV8762 (*Schiedam/erfpachters*), 5.5.1.1, 5.5.1.3
Rb. Arnhem 5 april 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW7233 (*De Waalboog/erfpachters*), 6.7.2, 6.7.5
Rb. Middelburg 6 april 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY8668 (*Woonvereniging Veerse Meer 1/Noord-Beveland*), 6.5.3
Rb. Rotterdam 14 juni 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6211 (*erfverpachter/11 erfpachters*), 6.7.4
Rb. Rotterdam 5 juli 2006, ECLI:NL:RBROT:2006-AY6241 (*erfpachter/Rotterdam*), 6.5.3
Rb. Middelburg 12 juli 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY5812 (*Vakantie-Eiland Braakman/erfpachters*), 6.4.1
Rb. Middelburg 2 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AY8606 (*Veerse Meer I/Rhoon Pendrecht en Cortgene*), 5.5.1.3
Rb. Middelburg 23 augustus 2006, ECLI:NL:RBMID:2006:AZ0527 (*Stichting Renesse/erfpachter*), 1.2, 5.5.1.1, 5.5.1.2
Rb. Groningen 20 december 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AZ4497 (*Helenaveen/Brooijmans*), 5.4.2
Rb. Utrecht 20 december 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ5227 (*erfpachters/erfverpachter*), 6.5.1.1

Rb. Almelo 2 mei 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB1974 (*Rabobank Enschede-Haaksbergen/makelaar c.s.*), 6.7.1
Rb. Middelburg 9 mei 2007, ECLI:NL:RBMID:2007:BB6654 (*erfpachter/erfverpachter*), 6.1.2, 6.7.1
Rb. Zutphen 9 mei 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB1986, *JOR* 2007/252 m.nt. J.B. Spath (*Vereniging tegen Piramidespelen/Ekeby*), 6.5.1.2
Rb. Amsterdam 16 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA7417 (*koper/erfpachter*), 4.5
Rb. Almelo 18 juli 2007, ECLI:NL:RBALM:2007:BB1975 (*Rabobank Enschede-Haaksbergen/makelaar c.s.*), 6.7.1
Rb. Utrecht 24 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB6514 (*erfpachters/erfverpachter*), 6.5.1.1
Rb. Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9312, *WR* 2008/7 (*Woonbron/erfpachter*), 6.4.3.6
Rb. Amsterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BC7678 (*erfpachters/Amsterdam*), 4.6.1
Rb. Leeuwarden 5 december 2007, ECLI:NL:RBLEE:2007:BB9762 (*Staatsbosbeheer/Vereniging Terschellinger Erfpachters c.s.*), 4.5, 5.5.2.1
Rb. Arnhem 2 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD3489 (*appartementseigenaars/Wageningen*), 4.1, 4.5
Rb. Roermond 2 april 2008, *NJF* 2008/444, ECLI:NL:RBROE:2008:BG0625 (*Dienst Landbouwkundig Onderzoek/Coöperatieve Ned. Champignonkwekersvereniging*), 6.4.2.1, 6.4.5
Rb. Arnhem 16 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1747 (*Witadi/deskundigen*), 6.5.2
Rb. Den Bosch 11 juni 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BD3567 (*NS/Alliance c.s.*), 4.5.5
Rb. Groningen 17 september 2008, ECLI:NL:RBGRO:2008:BJ7373, *RVR* 2009/121 (*koper/erfpachter*), 4.5.1, 4.8.2
Rb. Arnhem 24 september 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BF8829, *RVR* 2009/5 (*Bunkerbedrijf c.s./Nijmegen*), 6.4.4.1
Rb. Haarlem 5 november 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BG6697 (*PWN waterleidingsbedrijf Noord-Holland/Raaks Centre*), 6.4.3.3
Rb. Amsterdam 24 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH1381 (*erfpachters/Amsterdam*), 4.6.1
Rb. Amsterdam 24 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH5471 (*erfpachters/erfverpachter*), 4.6.1
Rb. Amsterdam 31 december 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2304 (*erfpachters/Amsterdam*), 3.5.1
Rb. Middelburg 4 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BI2589 (*erfpachter/erfverpachter*), 6.7.1
Rb. Amsterdam 25 maart 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI2715, *BR* 2009/136 m.nt. M.I. Jaarsma (*Nederlandse vereniging van Erfpachters c.s./Amsterdam*), 5.6.3
Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI0365, *RVR* 2009/68 (*erfverpachter/deurwaarder*), 6.4.1, 6.4.2.1
Rb. Zutphen 25 maart 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BI1630 (*erfverpachter/advocaat*), 6.4.2.1, 6.4.3
Rb. Den Haag 29 april 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI2610 (*De Lucht/Staat*), 4.6

Rb. Arnhem 13 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BI7080 (*Aviko/landgoedvennootschap*), 6.4.3.2
Rb. Amsterdam 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BK1000 (*erfpachter/Amsterdam*), 4.6.1
Rb. Rotterdam 21 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK3399, *RVR* 2010/15 (*Recobel/Havenbedrijf Rotterdam*), 6.4.3.3, 6.4.5
Rb. Amsterdam 13 januari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0313 (*hypotheekhouder/Fagoed*), 6.7.4
Rb. Leeuwarden 10 maart 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BL7881 (*erfpachter/Skarsterlân*), 6.5.3
Rb. Zutphen 31 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL9887, *RVR* 2010/82 (*Bowlingcentrum/Harderwijk*), 6.6.3
Rb. Amsterdam 7 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0352 (*Flatexploitatievereniging/notaris*), 4.4.2
Rb. Amsterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0336 (*Rasto/erfverpachter*), 6.2.3.4
Rb. Alkmaar 10 juni 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM7307 (*Staatsbosbeheer/erfpachter*), 6.4.2
Rb. Den Haag 18 augustus 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN5001 (*Stichting Belangenbehartiging Opstalhouders Haarlemmermeer c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), 1.1.5, 3.4.2, 3.4.5
Rb. Utrecht 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0342 (*Hervormde Gemeente Eemnes/erfpachters*), 5.1.1
Rb. Arnhem 10 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4124 (*erfpachter/|De Waalboog*), 6.7.2
Rb. Haarlem 10 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BP1998 (*Schiethaven/Hepri, notaris en Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), 6.2.1.1
Rb. Amsterdam 5 januari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BO9943 (*Stichting erfpachters en opstalhouders Hollands Noorderkwartier/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), 1.1.5, 5.2, 5.5.2.1, 6.2.1.2
Rb. Rotterdam 12 januari 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP7004 (*erfpachter/Rotterdam*), 6.4.3.4, 6.7.4
Rb. Amsterdam 14 april 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4323 (*Amsterdam/49 erfpachters*), 5.6.4
Rb. Arnhem 31 mei 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ8455 (*erfpachters/Het Geldersch Landschap*), 4.2
Rb. Groningen 5 augustus 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BR4855, *JOR* 2011/323 m.nt. C.J. Groffen (*Doornbosch/Stichting schoorsteen Ezinge*), 6.3.2
Rb. Amsterdam 17 augustus 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT8289 (*Amsterdam/Wibautstraat*), 4.6.1
Rb. Breda 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6757, *RVR* 2012/9 (*Garage/TinQ*), 6.2.3.1
Rb. Arnhem (vzr) 1 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT2580 (*Roma/Reparco*), 1.1.4
Rb. Rotterdam 7 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BS8898, *RVR* 2011/124 (*erfpachter/Rotterdam*), 6.4.3.4, 6.7.4
Rb. Arnhem 28 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT7194, *RVR* 2012/8 (*Pauline Beheer/Nijmegen*), 6.4.3.2

Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT8470 (*erfpachter/Schiedam*), 6.2.2, 6.4.4.1
Rb. Amsterdam 19 november 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV7472 (*erfpachters/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*), 4.7
Rb. Zutphen 23 november 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BU6803, *RVR* 2012/43 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), 4.5.5, 4.7, 6.3.1.4
Rb. Den Bosch 7 december 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU6994 (*Bergeijk/erfpachter*), 5.5.1.1, 5.5.2.1
Rb. Leeuwarden 14 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU8542 (*grondeigenaar/Johan Friso Bedrijvenpark*), 6.3.2
Rb. Amsterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV2286 (*Amsterdam/49 erfpachters*), 5.6.4
Rb. Amsterdam 15 februari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9552 (*erfpachter/Amsterdam*), 6.2.3.2, 6.6.4
Rb. Rotterdam 4 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX4714 (*erfpachter/Schiedam*), 6.4.4.1
Rb. Arnhem 11 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX6404 (*Natuurmonumenten/erfpachter*), 6.4.3.5, 6.7.4
Rb. Rotterdam 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY0564, *RVR* 2013/9 (*Woonbron/erfpachter*), 6.4.3.6
Rb. Utrecht 21 september 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7327 (*Soest/erfpachter*), 6.2.2
Rb. Arnhem 15 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6276 (*erfpachter/Grondvermogen*), 6.4.2
Rb. Den Haag 12 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY7538 (*erfpachters/'s-Gravenhage*), 5.5.2.2, 6.2.3.2
Rb. Amsterdam (ktr) 28 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0640 (*Stork/Staat*), 4.5.4, 4.8.1
Rb. Amsterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ8518, *RVR* 2013/73 (*Amsterdam/Vereniging het Joodse Begrafeniswezen*), 5.6.3
Rb. Midden-Nederland 27 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ3544, *JOR* 2013/220 m.nt. Tweehuysen (*Koegorspolder/Deterink en Van Andel q.q.*), 2.3.9
Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5628, *JBO* 2013/127 m.nt. H.J. Bos (*Beverwijk/Connexxion*), 6.4.4.1
Rb. Noord-Holland 6 maart 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5981 (*Schiethaven/erfpachter*), 5.5.1.1
Rb. Amsterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3413 (*erfpachter/Amsterdam*), 5.6.5
Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2183, *RVR* 2013/84 (*Abattoir Amsterdam/Amsterdam*), 6.2.3.4
Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2189 (*VvE/Zandvoort*), 6.4.4.3
Rb. Rotterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA3047 (*Rotterdam/erfpachter*), 6.4.3.4, 6.7.4
Rb. Amsterdam 29 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6476 (*Nordcapital/Burgfonds c.s.*), 6.6.4
Rb. Amsterdam 5 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2167 (*Stichting Erfpachters Belang Amsterdam c.s./Amsterdam*), 5.3.6, 5.6.3, 5.6.6

Rb. Limburg 24 juli 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8746 (*Heksenberg/Heerlen*), 6.1.2
Rb. Rotterdam 31 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7762 (*Rotterdam/erfpachter*), 6.7.5
Rb. Rotterdam 28 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6732, *RVR* 2013/120 (*erfpachter/erfverpachter*), 6.4.3.4, 6.7.5
Rb. Overijssel 18 september 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2364 (*erfpachters/Staatsbosbeheer*), 3.5.6, 4.5.5
Rb. Den Haag 30 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12916 (*Golfcentrum Noordwijk/grondeigenaren*), 6.2.3.2
Rb. Limburg 15 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8782 (*Heksenberg/Heerlen*), 6.2.2
Rb. Rotterdam 11 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10874 (*Woonbron/erfpachter*), 6.7.4
Rb. Gelderland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:642 (*erfpachter/Gelderland*), 6.2
Rb. Gelderland 29 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1554 (*erfpachter/Rentambt van Over-Betuwe*), 6.7.1
Rb. Rotterdam 5 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1504 (*Rotterdam/erfpachter*), 6.7.5
Rb. Rotterdam 26 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1136 (*Woonbron/erfpachter*), 6.4.3.6
Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:4642, *RVR* 2014/107 (*Amsterdam/erfpachter*), 3.5.1
Rb. Rotterdam 2 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5043 (*Woonbron/erfpachter*), 3.4.6, 3.5.4
Rb. Zeeland-West-Brabant 3 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6505 (*erfpachter/Schouwen-Duiveland*), 6.4.1
Rb. Gelderland 4 september 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6424 (*Mens en Werk/Canisius-Wilhelmina*), 5.4
Rb. Rotterdam 5 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9045 (*erfpachters/Dordrecht*), 6.7.3
Rb. Rotterdam 14 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:678 (*Rotterdam/erfpachter*), 6.2.3.3, 6.7.5
Rb. Midden-Nederland 11 maart 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:1658 (*erfpachter/Staatsbosbeheer*), 2.5.2
Rb. Rotterdam 3 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3944 (*grondeigenaar/Rotterdam*), 2.5.2
Rb. Noord-Holland 11 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:12183 (*Stichting Studio/Zaanstad*), 2.5.2
Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033, *RVR* 2016/8 (*Amsterdam/erfpachter*), 3.5.1
Rb. Rotterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4287 (*erfpachters/Dordrecht*), 6.2.3.3, 6.7.3
Rb. Zeeland-West-Brabant 1 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5207 (*De Scheldestromen/erfpachter*), 3.4.5, 5.2, 5.5.2.1, 5.5.2.3, 6.2.1.3, 6.2.3.2
Rb. Gelderland 8 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5934 (*erfverpachter/erfpachters*), 4.2, 6.4.3

Rb. Amsterdam 15 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4316 (*Amsterdam/Abattoir Amsterdam*), 6.2.3.4
Rb. Midden-Nederland 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5879 (*Staat/erfpachter*), 5.5.1.1
Rb. Rotterdam 12 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5912 (*Woonbron/erfpachter*), 3.4.6, 4.8.1, 6.4.3.6
Rb. Rotterdam 25 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7283 (*Woningfonds/erfpachter*), 6.4.3.6
Rb. Den Haag (vzr) 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12823 (*SBOH c.s./Hoogheemraadschap van Rijnland*), 5.4.3
Rb. Midden-Nederland 30 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9117 (*De Alliantie/erfpachter*), 6.4.3.6
Rb. Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8611 (*erfpachter/erfpachter aangrenzend perceel*), 2.5.2
Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1223 (*erfpachter/Soest*), 6.2.2, 6.6.4
Rb. Rotterdam 4 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3587 (*Woonbron/erfpachters*), 6.4.3.6
Rb. Rotterdam 15 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7941 (*erfpachter/Schiedam*), 6.2.2, 6.4.3.1
Rb. Den Haag 18 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8136 (*Windpark Rijnwoude/grondeigenaren*), 6.5.1.2
Rb. Noord-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4967, *JOR* 2017/147 m. nt. V. Tweehuysen (*Ennatuurlijk/Vastgoed c.s.*), 6.2.1.1
Rb. Amsterdam 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5027 (*grondeigenaar/erfpachter aangrenzend perceel*), 2.5.2
Rb. Noord-Nederland 14 september 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4162 (*erfpachter/koper*), 5.5.2.1
Rb. Noord-Nederland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:4614 (*Verkeerspark Assen Recreatie/Assen*), 6.5.1.1
Rb. Midden-Nederland 26 oktober 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:7466 (*erfpachters/Viveste*), 6.4.3.6
Rb. Overijssel 14 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5202 (*Staat/notaris*), 6.5.1.1
Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3278 (*Ede/erfpachter*), 6.2.1.3, 6.2.3.2
Rb. Midden-Nederland 16 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:2912 (*huurder-opstalhouder/Utrecht*), 6.2.1.1
Rb. Amsterdam 28 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4749 (*erfpachter/Amsterdam*), 5.7.3
Rb. Rotterdam 26 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6469 (*erfpachter/Albrandswaard*), 5.5.1.1
Rb. Amsterdam 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5650, *RVR* 2017/100 (*Amsterdam/Stichting Amsterdam Residences*), 5.6.5
Rb. Rotterdam 5 september 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:7280 (*AIM/ABN AMRO*), 4.5
Rb. Midden-Nederland 13 september 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4818 (*ING Bank/erfpachter*), 6.4.3.6

Rb. Den Haag (vzr) 14 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10451 (*Zoetermeer/Aprisco*), 4.6.2, 6.6.4
Rb. Gelderland 14 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6604, *RVR* 2018/17 (*Rabobank/erfpachter*), 6.4.3.6
Rb. Gelderland 14 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6605 (*HQ Hypotheken/erfpachter*), 6.4.3.6
Rb. Den Haag 20 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10422 (*Dunea/Railinfratrust en Prorail*), 4.2
Rb. Gelderland 4 oktober 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:5099 (*Nijmegen/gedaagden*), 6.5
Rb. Amsterdam 11 oktober 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7364, *RVR* 2017/122 (*appartementseigenaar/erfverpachter*), 3.3, 3.5, 3.5.2, 3.5.8, 4.5.6, 5.2, 5.6.2, 6.6.4
Rb. Midden-Nederland 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6026 (*erfpachter/De Alliantie*), 6.5.3
Rb. Midden-Nederland 1 november 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5577 (*erfpachters/Viveste*), 6.4.3.6
Rb. Den Haag (vzr) 2 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:12628 (*Den Haag/erfpachter*), 4.6.2
Rb. Limburg 8 november 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:10709 (*erfverpachter/erfpachter*), 6.4.3.5
Rb. Noord-Nederland (vzr) 8 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4224 (*23 erfpachters/Staatsbosbeheer*), 6.5.4
Rb. Overijssel 21 november 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4493 (*Holland Rekreatie/ondererfpachters*), 6.4.3.5
Rb. Noord-Nederland 22 november 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4422 (*Vereniging Terschellinger Erfpachters/Minister voor Wonen en Rijksdienst*), 6.5.4
Rb. Amsterdam 20 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9691 (*erfpachters/Stichting Vastgoedbeheer Nederland*), 3.5, 3.5.2, 3.5.4, 3.5.8, 4.5.6, 5.6.2
Rb. Oost-Brabant 14 februari 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1292 (*huurder/De Wildhorst*), 4.2
Rb. Rotterdam 7 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1877 (*erfpachter/Schiedam*), 5.5.1
Rb. Gelderland 16 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2157 (*Heerde/erfpachter*), 6.2.2
Rb. Oost-Brabant 23 mei 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:2659 (*erfpachter/Bergopwaarts*), 6.4.3.6
Rb. Gelderland 28 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:2345 (*erfpachters/De Goede Woning*), 3.4.6, 6.4.3.6
Rb. Den Haag 13 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8538 (*erfpachter/Meerwonen*), 6.4.3.6
Rb. Rotterdam 13 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4823 (*erfpachters/Woonbron*), 3.4.6, 6.4.3.6
Rb. Midden-Nederland 25 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2943 (*erfpachters/Utrechts Monumentenfonds*), 4.5.5
Rb. Rotterdam 25 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:6538 (*erfpachters/kopers erfpachtrecht*), 5.2
Rb. Zeeland-West-Brabant 11 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4428 (*erfpachter/WonenBreburg*), 6.4.3.6

Rb. Midden-Nederland 18 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3209 (*erfpachter/Patrimonium*), 6.4.3.6
Rb. Noord-Holland 4 oktober 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:8469 (*erfpachter/Enkhuizen*), 4.5.6
Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14139 (*Belangenvereniging Erfpacht Zaanstad c.s./Zaanstad*), 3.4.2, 3.4.7, 3.5.4, 6.5.2, 7.4
Rb. Amsterdam 7 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8714, 5.2

Overige instanties

KB 26 maart 1974, *AB* 1974/179 (*canonherziening Oostburg*), 5.4.3
Raad van State 12 januari 1981, *BR* 1981/514, ECLI:NL:RVS:1981:AT0671, 4.6
KB 27 mei 1987, *AB* 1987/335, *BR* 1988, p.140, ECLI:NL:XX:1987:AM9420 (*Canonherziening Deventer*), 5.4
Nationale ombudsman 17 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AN2909, *AB* 1993/116 (*Minister van Financiën, Dienst der Domeinen, Inspectie Meppel*), 6.5.4
Nationale Ombudsman 14 maart 1994, ECLI:NL:XX:1994:AN3597, *AB* 1994/270 m.nt. P.J. Stolk (*Minister van Financiën, Dienst der Domeinen, Inspectie Meppel*), 6.5.4
Nationale Ombudsman 29 juni 1995, ECLI:NL:XX:1995:AN4373, *AB* 1995/453 m. nt. (*erfpachter/Staatssecretaris van Financiën, Dienst der Domeinen, Regionale Inspectie Domeinen Noord*), 6.5.4
Raad van State 11 januari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:18, *BR* 2017/32 m.nt. G. van der Feltz (*erfverpachters/Pijnacker-Nootdorp*), 6.5.2
Gerecht in eerste aanleg van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 13 februari 2017, ECLI:NL:OGEABES:2017:43 (*Bonaire International Airport/Dabboussi*), 4.6
Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 7 april 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:61, 4.4.1
Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba 24 juli 2018, ECLI-NL:OGHACMB:2018:134, 4.4.1

Trefwoordenregister

Aa, H., 37n32
Aaftink, H.A.M., 128–129, 519
aanbiedingsplicht, 202–203, 311, 535, 549, 570n371, 571, 575
aandelenleaseovereenkomsten, 226
aanvangscanon
  algemeen, 326–328
  en canonindexering, 362, 364n181, 375–376
  herziening van, 370
  vaststellen/berekenen van, 360, 361n170, 368–369, 375–376, 430
  in vestigingsakte, 350, 351, 432
aanzienlijke verstoringstoets, 235, 295, 669
absolute rechten, 31, 32n13, 62, 81, 87
afkoop/afkoopsommen
  bepaalbaarheid, 425–426
  van canon, 367–368
    algemeen, 9, 334, 342, 367–368, 403, 424–427, 461, 465, 467
    bij conversie appartementsrechten, 449, 451, 459
    bij eeuwigdurende erfpacht, 446–449
  van erfpachtrechten, 476
AFM (Autoriteit Financiële Markten), 19, 657, 658
afsplitsingsmodel, 78n208, 79, 86, 472n4
afstand
  van erfpachtrechten
    onder OBW, 514–522
    in overgangsrecht NBW, 511–512
  van opstalrechten, 522–523
  van rechten
    definitie van, 519
    onder NBW, 519–520
    onder OBW, 511–512, 519–520
  . *zie ook* beëindiging
agrarische erfpacht
  algemeen, 5–6
  canonherzieningen in, 144, 375, 400–401
  in Fagoed-constructie, 623–624
  en pachtnormen, 355, 357, 358, 369, 400
  en splitsingsverbod, 278n103
  en waardestijging grond, 338
  . *zie ook* groene erfpacht
Albrandswaard (gemeente), 376–378
algemeen belang
  beëindiging erfpachtrechten in, 556–567
    algemeen, 136, 203–204, 262–263, 266, 478, 569–570
    financieel, 564–567, 655
    bij herontwikkeling, 558–562, 631, 645
    en Onteigeningswet, 563–564
    bij splitsing in appartementsrechten, 280–281, 283
  beëindiging opstalrechten in, 198–199, 200
  en toestemming voor splitsing van appartementsrechten, 262–264
algemene erfpachtvoorwaarden
  als algemene voorwaarden, 180
  van Amsterdam. *zie* Amsterdam
  bevindingen, 637–638
  boetebedingen in. *zie* boetebedingen
  en canonherzieningen. *zie* canonherzieningen
  doctrine over. *zie* doctrine
  eenzijdig wijzigingsbedingen in, 175–176, 191, 238–240, 243–245, 247–249, 251, 438–442
  jurisprudentie over. *zie* jurisprudentie
  opzeggingsgronden in, 199

van overheden/overheidsinstanties, 170–171, 174–175, 189–192
parlementaire geschiedenis van, 169–174
en Richtlijn 93/13/EEG. *zie* Europese Richtlijn 93/13/EEG
samenvatting/conclusies, 249–251
toetsing van. *zie* inhoudstoetsing
in vestigingsakte, 353–354
van waterschappen, 190, 196–197, 199–200
. *zie ook* erfpachtvoorwaarden
algemene opstalvoorwaarden
jurisprudentie over, 196–201
onredelijke bezwarendheid van, 198
en uitlegnormen, 154–155
algemene voorwaardenregeling
boetebedingen in, 175
en Europese Richtlijn 93/13/EEG, 168–169
ratio van, 169–170
toepasbaarheid op erfpachtrecht van
algemeen, 167–174
doctrine over. *zie* doctrine
uitzonderingen op, 174, 175–176, 181
. *zie ook* indicatieve lijst
Algemene wet bestuursrecht, 189–190, 399, 560n338–339, 566–567, 579, 582n418
Ameland (eiland), 585
Amsterdam (gemeente)
algemene erfpachtvoorwaarden van
AB 1896, 402
AB 1915, 130–132, 206, 298, 299, 328n36, 340–341, 357, 407–408, 412–422, 429, 430, 443, 445, 466
AB 1934, 206, 422–424, 429, 430, 443, 445, 466
AB 1937, 206, 342, 429, 430, 443, 445, 466
AB 1966, 130, 131, 345–346, 350, 356, 357, 359–360, 442
AB 1994, 206, 411, 412, 419, 442–443
AB 2000, 206, 367–368, 369, 406, 411, 424–429, 430, 437, 442–443
AB 2016, 368–369, 403
canonherzieningsbepalingen in, 442–443
canonindexering in, 345–346, 356, 357, 359–360
collectieve toetsing van, 205–207
inflatievergoedingen in, 367–369
invoering van, 335
tussentijdse wijziging van, 130–132
erfpachtstelsel van, 611
ontwikkeling van, 7
vernieuwing van, 367, 455–459
erfpachtuitgiftes van
en Amsterdam/Ikon-arrest, 298–299
beëindiging van
in algemeen belang, 558
en art. 5:97, 607
en vergoedingen, 612
en bestemmingswijzigingen, 298–303
en canonherzieningen
algemeen, 350–351, 402–403, 405–407
volgens AB 1915, 412–422
volgens AB 1934, 422–424
volgens AB 2000, 424–429
en SEBA-zaak. *zie* SEBA-zaak
en dakopbouwzaken, 301–302
eeuwigdurende
algemeen, 455–456
conversie van appartementsrechten, 459
en overstapregeling 2017, 456–459
en mondelinge afspraken, 148
en opzegging verlengde erfpachtrechten, 507–508
en Reggezuid-arrest, 262–264
en SEBA-zaak. *zie* SEBA-zaak
en splitsing in appartementsrechten, 262–266, 281–283
en Strauss/Amsterdam-arrest, 264–266, 281
en transparantiebeginsel, 247
verlenging van, 483–484, 612
en zelfbouwkavels, 209–212
en Zuiderbad-arrest, 483–484, 612
Rekenkamer van, 425
waardebepaling bloot eigendom in, 578, 579
Amsterdam (stad), 575–576
Amsterdam/Ikon arrest, 298–299
antispeculatiebedingen, 196, 584
appartementsrechten

en canonherzieningen, 384–385, 428
en canonverplichting, 164–165
conversie naar eeuwigdurende erfpacht van
in Amsterdam, 459
in Utrecht, 449–451, 454
conversie naar eigendom van, 588–598
doctrine over, 592–597
samenvatting/conclusies, 597–598
in Utrecht, 588–591
hoedanigheid partijen in splitsing, 214–216
en rentebedingen, 153–154
toestemming voor splitsing van
naar NWB
algemeen, 279–280
voorwaarden voor, 281–283
weigeringsgronden voor, 280
naar OBW
algemeen, 261–262
en algemeen belang, 262–264
en canonverhoging, 264–266
en transparantiebeginsel, 248
Arnhem (gemeente), 577–581
Asbeek Brusse-arrest, 212n190, 237
Asser, C., 49n75, 58, 61n129–130, 332, 479n20, 479n22
Assink, J.W., 361n171, 363, 657
Assoud/SNS-arrest, 221
Autoriteit Financiële Markten (AFM), 19, 657, 658
Aziz-arrest, 223–224, 226, 231

Balvert, I.M.B., 594–595
Bancaire richtlijn voor de toetsing van erfpachtrechten, 241n319, 243, 247, 251, 319, 329–330, 353, 366, 369, 406, 440n440, 469, 608, 638, 642, 658, 661
Bank voor Nederlandse Gemeenten (BNG), 347, 360
Bartels, S.E., 7n35, 31n10, 43n59, 45, 46, 46n71–72, 199, 254n2, 258n19, 280n109, 281n116, 281n118, 348, 350–351, 479n22, 510n125, 521n188, 570n371, 612n535, 625n596
bedrijventerreinen, 7, 279, 283, 463, 496, 536n248, 543–544, 561–562, 616–619
bedrijvigheid, erfpacht met bestemming, 6–8
. *zie ook* bedrijventerreinen
beëindiging
van erfpachtrechten
algemeen, 159–160, 471–472
bevindingen, 644–645
en canonbetalingen, 75–76, 95–98, 135–136, 137–138, 529–532
eeuwigdurend, 109–112
door erfpachters, 510–524
algemeen, 207, 510–511
bij gebrekkige opstal, 522–523
en OBW, 514–520
en overgangsrecht, 513–514
samenvatting/conclusies, 523–524
erfpachtverhoudingen bij, 127–129, 141–144, 159–160, 472–473
door erfverpachters, 524–570
algemeen, 207, 524–525
in algemeen belang. *zie* algemeen belang
criteria voor, 556
en gebruik non-conform bestemming, 538–541
en hennepteelt, 543–544
en niet realiseren bestemming, 535–538
en onderhoudsverplichtingen erfverpachter, 544–549
en onrechtmatige opzegging, 567–568
en overgangsrecht, 525–529
samenvatting/conclusies, 568–570
wegens ernstig tekort schieten, 207, 526, 533–556
wegens wanbetaling canon, 529–530
en zelfbewoningsplicht, 549–556
en goede trouw, 132–133
jurisprudentie over. *zie* jurisprudentie
naar OBW, 108–115
ontbindende voorwaarden voor, 474, 481–482
en opstalrechten, 480–481
door opvolgende erfverpachters, 532–533
en partijbedoelingen, 596–597
door rechter ex art. 5:97, 599–610
algemeen, 599–601

doctrine over, 601–607
jurisprudentie over, 607–609
samenvatting/conclusies, 609
rechtsverhoudingen bij, 472–473
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 472–473, 476, 491, 493
samenvatting/conclusies, 629–631
na stilzwijgende verlenging
en art. 5:98 (NBW), 508–509
en canon doorbetaling, 504–506
bij exploot, 499–500
na mislukte onderhandelingen, 500–504
en opstalvergoedingen, 506–508
door tijdsverloop
algemeen, 477–478
en 'doen blijken,' 490–499
samenvatting/conclusies, 509–510
vergoedingen bij
algemeen, 610
geen, ex art. 773 (OWB), 610–614
opstalvergoedingen. *zie* opstalvergoedingen
samenvatting/conclusies, 629
en verhouding art. 5:87 & art. 5:99, 625–629
en waarde erfpachtrechten, 619–625
door vermenging, 570–598
algemeen, 570–571
en appartementsrechten, 588–598
en bloot eigendom, 575–588
samenvatting/conclusies, 598
en voorkeursrecht koop, 571–575
voorbeelden van, 473–477
voorkeursrecht voor koop
algemeen, 571
door erfpachters, 571–573
door erfverpachters, 573–575
van opstalrechten
bij gebrekkige opstal, 522–523
na mislukte onderhandelingen, 503
tussentijdse, in algemeen belang, 198–199, 200
bij vermenging, 577
redenen voor, 477–478
tussentijds, 188–189
van verlengde erfpachtrechten
ex art. 5:98, 499–508
bij exploot, 499–500
bij vervallenverklaringen, 75, 95–98, 109–112, 135–136, 137–138, 171
vormen van, 476
. *zie ook* afstand
Beekhuis, J.H., 68, 72n184–186, 73, 77–78, 129n392, 267n58, 268–269, 271n75, 272, 296n178, 334n63–64, 335, 512–513, 527n212
Beelaerts van Blokland, P.A.C., 331
Beelen, P.L.M., 361n171
beheerregelingen, 149, 152–153
beheerverenigingen, 46n71, 125–126, 127, 140, 159
behoorlijk bestuur, beginselen van, 301, 304, 389–390, 393, 395, 397–400, 406, 469, 488–489, 501, 562, 578–580, 579, 580–581
beleggingsmaatschappijen, 583
beleidsvrijheid, van overheidsorganisaties, 265, 266, 280, 397, 398, 405, 407, 488, 557, 582, 669
Benders, L., 594–595
benzinestations. *zie* tankstations
Benzinewet, 6n25
bepaalbaarheid
algemeen, 424–426
afkoop/afkoopsommen, 425–426
van canon, 146, 433–438, 443, 467, 643
beperkte rechten
afsplitsingsmodel van, 78n208, 79, 86, 472n4
dimensies van
goederenrechtelijke, 88–89, 476
verbintenisrechtelijke, 88–89
opvattingen over, 58
in rechtsverhoudingen, 75
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 82–83
verbintenissen uit, 42–47, 78, 80
en vermogensrecht, 83–84
vestiging/overdracht van, 20, 99–100
als zelfstandig recht, 63
. *zie ook* erfpachtrechten
Berger, P.-G., 123

beroepsaansprakelijkheid, 402–403
bestemmingen
definitie van, 3, 4
van erfpacht
algemeen, 3–5
agrarische. *zie* agrarische erfpacht
bedrijvigheid, 6–8
natuur. *zie* groene erfpacht
niet realiseren van, 535–538
recreatieve. *zie* recreatieve erfpacht
en Richtlijn 93/13/EEG, 213–215
samenvatting/conclusies, 15–16
wonen, 8–13
gebruik non-conform, 538–541
van onroerende zaken, 427–429, 540
bestemmingswijzigingen
en erfpachtvoorwaarden
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 145
en uitlegnorm, 148–150
na splitsing in appartementsrechten, 281–283
toestemming voor, 272–277, 296–304
algemeen, 296–297
en canonherzieningen, 238, 298–303
en gebruik conform bestemming, 303
samenvatting/conclusies, 303–304
vervangende machtiging voor, 272–273, 275, 297
en waardevermindering, 272–274
Beverwijk (gemeente), 560–561
bevoegdheden
algemeen, 30, 163–164
definitie van, 2
van erfpachters
algemeen, 19
goederenrechtelijk gebruiksrecht van, 164
in NWB, 19, 30–31
opzeggingsbevoegdheid, 174, 334n64, 510, 523–524
opzegginsrecht van, 238–239
in OWB, 19
tot beëindiging. *zie* beëindiging
voorkeursrecht voor koop, 571–573
van erfverpachters
algemeen, 19
canon. *zie* canon
eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van, 175–176, 238–240, 429–430
in NWB, 19, 30–31
opzeggingsbevoegdheid, 174, 197–198, 200n138, 527, 557, 563
in OWB, 19
toestemmingsvereiste. *zie* toestemmingsvereiste
voorkeursrecht voor koop, 573–575
van kantonrechter, 57, 58, 115–117
misbruik van, 145–146
. *zie ook* verplichtingen
bezwarendheid. *zie* onredelijke bezwarendheid
Biegman-Hartogh, A.M., 372
billijkheid maatstaven. *zie* redelijkheid en billijkheid maatstaven
bindende adviezen
en canonherzieningen, 383–386, 388, 409–410, 412–424
toetsingsmaatstaf voor, 192–193
Blaauboer/Berlips-arrest, 68, 73, 86, 87, 90, 120–121
Blécourt, A.S. de, 257n16, 267n57
bloembollen-arrest, 121
Bloemendaal (gemeente), 386
Blom, F.W.C., 361n167, 361n169, 362n173
bloot eigendom
aankoop van
algemeen, 653–654
op Waddeneilanden, 584–588
in Utrecht, 588
marktconforme waarde van, 578, 585, 587–588
waardebepaling van, 575–581
BNG (Bank voor Nederlandse Gemeenten), 347, 360
boetebedingen
in algemene erfpachtvoorwaarden
in MGE-zaken, 201–202
onredelijke bezwarendheid van, 194–195, 206
toetsing van, 193–194
en zelfbouwkavels, 209–212
in algemene voorwaardenregeling, 175
in particuliere erfpachtvoorwaarden, 238
Boneval Faure, R. van, 55–56, 57, 59
Boon, S.A., 361n167, 361n170, 362n174,

364n180
Bounjouh, H., 458n508
Bouwer, A., 323n22, 397n288
bouwplichten, 70, 71, 122, 535–536, 537
Brahn, O.K., 30n5
Broederschap der Notarissen, 268n66
Brood-Grapperhaus, J.J.M., 177n41–42, 178n44
Bröring, H.E., 398n293
Brunner, C.J.H., 134
burenrecht, 74
Burg, V.A.M. van der, 172–173, 189n91
Burgerlijk Wetboek (Nieuw)
bijzondere regelingen in, 39
Boek 2, art. 2:14, 380
Boek 3
algemeen, 35, 38–39, 517–518
art. 3:6, 354
art. 3:13, 145–146, 308, 494, 522, 567
art. 3:14, 315, 443, 562, 640
art. 3:38, 293, 300
art. 3:40, 177
art. 3:44, 276, 349
art. 3:80, 471
art. 3:81, 471, 477–478, 518, 525, 570, 593, 594, 595
art. 3:83, 254, 269
art. 3:84, 184, 433–436, 445, 657
art. 3:89, 162, 435
art. 3:98, 40, 162, 184, 433, 511–512
art. 3:107, 2
art. 3:108, 2
art. 3:227, 286
art. 3:229, 624
art. 3:296, 308
art. 3:305, 205, 438, 441, 442
art. 3.2.10, 276
Boek 5
algemeen, 20, 38–39, 90, 662
art. 5:1, 2, 146
art. 5:7, 30, 84
art. 5:18, 2
art. 5:20, 3
art. 5:25, 7n34
art. 5:29, 7n34
art. 5:55, 523
art. 5:57, 560
art. 5:85, 42, 43, 308, 323, 334, 335, 351, 352, 354, 430, 431–433
art. 5:86, 155, 477
art. 5:87, 79, 81, 170–171, 173–174, 181–182, 199, 314, 471, 481, 510–511, 514, 520, 524, 525–526, 528, 529, 533, 538, 540, 543–544, 545–546, 547, 549, 550–555, 556–557, 559, 563–564, 567, 569, 574–575, 576, 610, 611, 629, 631, 632, 635, 640, 645, 653–654
parlementaire geschiedenis van lid 1, 512–513
in verhouding tot art. 5:99, 625–629
en waarde erfpachtrechten, 619–625
art. 5:88, 481–482, 489, 494, 498, 500, 508, 528
art. 5:89, 2, 3, 4, 85, 149–150, 165, 256, 296–297, 298, 301, 313, 314, 318, 472, 534, 535–536, 640, 650, 651–652
art. 5:90, 2, 286
art. 5:91, 144, 229–230, 232–237, 233, 243, 250, 250–251, 254, 256, 258, 272, 284, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 299, 304, 306, 307, 308, 314, 315, 433, 638, 640, 650
wetsgeschiedenis van, 267–272
art. 5:92, 79, 164, 165, 533, 611
art. 5:93, 257
art. 5:94, 256
art. 5:95, 155
art. 5:96, 535, 544, 547
art. 5:97, 144, 242–243, 249, 250, 275, 320, 321, 322, 327, 335, 356, 474, 476, 521, 603–604, 638, 644–645
doctrine over, 601–607
jurisprudentie over, 607–609
samenvatting/conclusies, 609
wetsgeschiedenis van, 599–601
art. 5:98, 143, 389, 464, 478, 479–480, 481–482, 483, 486, 489, 491, 559, 562, 581, 630, 644
doen blijken in zin van, 490–499
en opzeggen verlengde erfpacht, 499–508
wijziging van, 508–509

art. 5:99, 472, 559, 564, 600, 610, 611, 615, 619–620, 629, 645, 653
en opstalvergoedingen, 617–619
in verhouding tot art. 5:87, 625–629
art. 5:100, 472, 611, 628
art. 5:103, 574
art. 5:104, 476, 480, 600, 608
art. 5:105, 481
art. 5:106, 254, 256, 258, 280, 281–282
art. 5:143, 594, 597
art. 5:146, 597
art. 5:147, 594
art. 5.1.7.10, 625
art. 5.1.7.2, 625
art. 5.7.1.3, 275, 276, 297
art. 5.7.1.8, 275
preadviezen voor, 69–72, 268n64, 490–491, 508–509, 510, 512n133, 518
titel 5.7, 163, 171, 172, 177, 197, 199, 206, 223n243, 272, 306, 354, 356, 431–432, 435, 445, 533, 639, 658, 662–663
titel 5.8, 197, 199
titel 5.9, 639
toelichting op, 45
wetgevingsarchief van, 24–25
Boek 6, 20–21, 34–35, 38–39, 90, 240, 308, 637, 643, 662
afdeling 6.1.2, 164
afdeling 6.5.1-6.5.4, 40–41
afdeling 6.5.3, 170, 172, 173–174, 177, 179, 181–182, 183, 184–186, 194, 196–197, 199, 201, 202–203, 208, 221, 250, 320, 425, 427, 438, 441, 444, 552, 582, 637, 639, 640–641, 652
algemene voorwaardenregeling in, 167–174
art. 6:1, 44
art. 6:2, 82–83, 259, 306–307, 608, 609
art. 6:27, 628
art. 6:74, 305, 307
art. 6:83, 569
art. 6:94, 194, 202
art. 6:162, 523
art. 6:174, 523
art. 6:216, 20, 40, 41, 82, 142–143, 178, 180, 183, 184–185
art. 6:217, 424
art. 6:227, 44, 426, 434, 436, 443
art. 6:231, 180, 184, 438
art. 6:233, 172, 182, 183, 187, 194, 195, 202, 205, 206, 210–211, 214, 218, 219, 221, 228, 232–233, 237, 242, 246, 248, 249–250, 292, 293, 294, 380, 411, 438, 441, 443, 444, 637, 641, 650, 661
art. 6:236, 187, 192–193, 197, 201, 422, 430, 442–443
art. 6:237, 174, 175, 187, 195–196, 197, 202, 203, 438–439, 552, 556–557
art. 6:238, 371
art. 6:240, 205
art. 6:246, 197
art. 6:248, 41, 82, 142, 150, 182–183, 185, 207, 219, 233–234, 235, 293, 306–307, 314, 320, 329, 473, 484–485, 494, 605–606, 640–641
art. 6:252, 79, 535
art. 6:258, 41, 240, 242, 599
art. 6:265, 226
art. 6:328, 246
art. 6.5.1.3, 276
preadviezen voor, 80–81, 179–180, 184
titel 6.5.2A, 175
toepasbaarheid op erfpachtrecht, 43–44, 81, 159–160
Boek 7, 38–39
art. 7:399, 6n23, 603
art. 7:900, 192, 410, 421–422, 444
art. 7:904, 384, 385, 410, 412, 418, 419, 443, 615
Boek 8, 38–39
Ontwerp-Beekhuis (1972), 268–272, 512n132
Ontwerp-Meijers, 267–268, 332, 512n132
rechtsverhoudingen in, 77–90
structuur van, 38–40
wetsgeschiedenis van, 24–25
. *zie ook* Overgangswet NBW
Burgerlijk Wetboek (Oud)
art. 625, 123
art. 638a, 261, 264

art. 728, 257
art. 755, 53
art. 762, 54, 475, 610, 614
art. 764, 118, 611
art. 766, 139, 474–475, 517, 525–527, 575
art. 767, 2n1, 50, 51, 55, 60, 61, 64–65, 123, 351, 352, 354, 433, 434
art. 767-782, 110, 354
art. 768, 76, 122, 297
art. 771, 517
art. 772, 51, 124, 610, 611
art. 773, 61, 340, 474
en opstalvergoedingen, 610–614
art. 774, 100
art. 775, 55, 57, 59–60, 61, 278, 517
art. 776, 122–123, 331, 482
art. 777, 103, 196
art. 779, 113–114, 143, 478, 479, 480, 483–484
over voortbestaan erfpachtrecht, 127–129
art. 780, 75, 95–96, 98, 101, 108–109, 110, 112, 135, 524, 528, 602, 629
art. 781, 95, 108, 528, 540, 629
art. 782, 50, 52, 65, 100, 109, 117, 129–130, 135, 575, 611
art. 783, 139, 482, 517, 525–526
art. 875a, 135, 262, 263, 265–266, 280
art. 1269, 48–50, 51–52, 90
art. 1302, 75–76, 108, 110, 135
art. 1303, 108, 110
art. 1354, 105–106
art. 1374, 131, 134, 306
art. 1375, 131, 134
art. 1379, 114
art. 1380, 117, 118
art. 1584, 126
art. 1612, 126
beëindiging van erfpachtrechten naar, 108–115
Boek 2, 48, 51–52, 109
titel 7, 50, 51
Boek 3, 48, 54, 109
afdeling 2.4, 122
over canon, 318, 332
Ontwerp (1898), 61, 332, 516
Ontwerp Kemper (1816), 37, 55, 161n502, 516
Ontwerp Kemper (1820), 60, 61, 516
verbintenissen in, 48–52
busmaatschappijen, 560–561

canon
bij aanvang. *zie* aanvangscanon
achterstallige
en beëindiging erfpachtrechten, 75–76, 95–98, 135–136, 137–138, 529–533
samenvatting/conclusies, 631
toepasbaarheid van NBW Boek 6 op, 81
en toestemmingsvereiste, 269, 270
afkoop van. *zie* afkoop/afkoopsommen
bepaalbaarheid van, 146, 433–438, 443, 467, 643
explosie van. *zie* canonexplosies
facultatieve karakter van, 38, 318
herziening van. *zie* canonherzieningen
indexering van. *zie* canonindexering
marktconforme, 389, 565–567, 570, 618, 620
OBW over, 318, 332
recognitiefunctie van, 60, 101, 119, 331, 332
redelijke prijs van, 325–331, 578
bij stilzwijgende verlenging, 504–506
verhoging van
algemeen, 106–108
en onredelijke bezwarendheid, 227–232
bij overdracht, 293–294, 322–324
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 144
en splitsing in appartementsrechten, 264–266
vooruitbetaling van, 123–124
en waarde erfpachtrechten, 620
waardevast, 359–360
wisselende, 333, 336, 338n76, 339, 341–343, 345, 347–348, 606
. *zie ook* canonherzieningen
als zakelijke vordering, 54–56, 59, 320
. *zie ook* canonverplichting
canonexplosies, 15, 327, 339, 350, 351, 389, 407, 410, 429, 431, 445, 452, 462, 466, 493, 643
canonherzieningen
algemeen, 159, 317–320
en aanvangscanon, 370

in agrarische erfpacht, 144, 375, 400–401
en appartementsrechten, 384–385, 428
en bepaalbaarheid canon, 433–438
bepalingen voor. *zie* canonherzieningsbepalingen
en bestemmingswijzigingen, 238, 298–303
bevindingen, 641–644
en bindende adviezen, 383–386, 388, 409–410, 412–424
en canonexplosies. *zie* canonexplosies
en contractvrijheid, 325–331, 335
definitie van, 318
en gebruikelijke praktijk, 103, 372, 373–374, 422–424, 437
geen. *zie* eeuwigdurende erfpachtrechten
en goede trouw, 411
en groene erfpacht, 363–364
en inflatie, 248, 300, 321, 344–345
en inflatievergoedingen
afzien van, 368–369
meervoudige, 361–367
verminderde, 367–368
knelpunten in, 407
onderzoeksvragen over, 324–325
ondoorzichtige voorwaarden voor, 217–218
en overgangsrecht NBW, 354–355
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 146–147, 374, 401, 406, 417, 420, 643–644
bij splitsing in appartementsrechten, 281–283
standaardisering van, 425
en stedelijke erfpacht
1896-1909, 335–340
1909-1941, 340–344
bij tijdelijke erfpachtrechten, 370–407
algemeen, 466
bepalingen voor, 370–379
en bindende adviezen, 383–387
bij conversie naar voortdurend, 402–407
en grondexploitatierekening, 379–383
knelpunten in, 387–388
tussentijdse, 370
bij verlenging van, 337, 388–402
toetsing van, aan Richtlijn 93/13/EEG, 292, 330
tussentijdse, 138, 344–347
en uniformiteit, gebrek aan, 347–350
varianten van, 319–320
en vestigingsakte, 349, 350, 431, 432–433
voorbeelden van, 320–324
bij voortdurende erfpachtrechten
algemeen, 407–408, 466
en bindende adviezen, 412–424
bij einde tijdvak, 415, 429–443
knelpunten in, 444–445
en particuliere erfpacht, 409–412
en recreatieve erfpacht, 408
en SEBA-zaak. *zie* SEBA-zaak
en voorzienbaarheidscriterium, 23, 247, 318, 319, 382
en waardeontwikkeling grond, 337–338, 343
wetsgeschiedenis van, 331–335
canonherzieningsbepalingen
in agrarisch erfpachtrecht, 375
van Albrandswaard, 376–378
van Amsterdam, 442–443
formulering van, 378–379
locatie van, 349, 350–354, 432–433, 468
uitlegnormen voor, 370–379
canonindexering, 355–369
algemeen, 355–356
en aanvangscanon, 362, 364n181, 375–376
in algemene erfpachtvoorwaarden
van Amsterdam, 345–346, 356, 357, 359–360
van Deventer, 356
en inflatiecorrecties, 367–369
en inflatievergoedingen, 359–367
op bestaande erfpachtrechten, 357
procedure voor, 349
samenvatting/conclusies, 369
en voorzienbaarheidscriterium, 349, 355
en wijziging/vervanging index, 357–359
canonverplichting
algemeen, 164
afkoop van. *zie* afkoop/afkoopsommen
en appartementsrechten, 164–165

herziening van. *zie* canonherzieningen
als kwalitatieve verbintenis, 19, 53, 54, 57–58, 59, 61, 65–66, 68–69, 71–73, 76, 320
als obligatoire verbintenis, 64–65
en opbrengst grond, 122–123
in oudhollands recht, 331
als persoonlijke verbintenis, 51, 53, 56, 61, 66, 115–116, 117, 164, 320
splitsing van, 60, 164
verbintenisrechtelijke karakter van, 75–76
in vestigingsakte, 294
en zakelijk recht, 50–51, 52, 54–56, 58, 59, 61, 65–67, 107, 115–117, 118–119, 320, 517
Capelle aan de IJssel (gemeente), 539–540
CBS-index, 358, 360, 369
Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), 346, 355, 358
Centraal Bureau voor Sociale Adviezen, 335–336
CHET (canonherziening einde tijdvak), 415, 429–443
CHET-akte, 282
Chidda-arrest, 566–567
Code Civil
algemeen, 25
en erfpachtrecht, 38, 96n275, 125, 137, 516n151
en Wetboek Napoleon, 37n33
Common Core of European Private Law (project), 664
Companen, 8n39, 9n41, 460n513
Comptabiliteitswet, 585
Connexxion, 560–561
Constructora Principado-arrest, 226
consumentenorganisaties, 175–176
consumentenovereenkomsten, 192, 440
consumentenprijsindex (CPI), 355, 367
contra proferentem-regel, 379
contractuele modificatie, 180–181
contractuele verlenging, 155
contractvrijheid
algemeen, 85
in erfpachtrecht
algemeen, 17, 24, 37, 131, 161
begrenzing van, 71, 84–85
en canonherzieningen, 325–331, 335
en onderhoudsverplichtingen, 548
van overheidsorganisaties, 486–487, 488
conversie
van appartementsrechten
naar eeuwigdurende erfpacht
in Amsterdam, 459
in Utrecht, 449–451, 454
naar eigendom, 588–598
doctrine over, 592
samenvatting/conclusies, 597–598
in Utrecht, 588–591
van erfpachtrechten
naar eigendom
algemeen, 427
op Waddeneilanden, 584–588
in Utrecht, 588–591
van tijdelijk naar voortdurend, 402–407
coöperatieve flatexploitatieverenigingen, 261
Cras, H.C., 36
criteria
voor erfpachtvoorwaarden, 661
voor financierbaarheid erfpachtrechten (2012), 201, 241, 349, 387, 400, 411, 442, 488, 608, 661
. *zie ook* voorzienbaarheidscriteria

dakopbouwzaken, 302–302
definities
afstand van rechten, 519
bestemmingen, 3, 4
bevoegdheden, 2
canonherzieningen, 318
erfpachters, 27
erfpachtovereenkomsten, 31
erfverpachters, 27
genot, 2, 123
grondeigenaars, 27
houden, 2
kwalitatieve verbintenissen, 53
opstalhouders, 27
overeenkomsten, 178
persoonlijke rechten, 31
recht/rechten, 2
rechtsverhoudingen, 30–31
recreatieschap, 13n67

relativering, 81
schuldvernieuwing, 94–95
verbintenissen, 42
deflatie, 344
Delfgauw, G.T.J., 341n87, 343
Den Haag (gemeente)
algemene erfpachtvoorwaarden van
algemeen, 342
AB 1911, 388–389
AB 1923, 388–389
erfpachtstelsel van
algemeen, 9–10
ontwikkeling van, 7
vernieuwing van, 446–447
erfpachtuitgiftes van
beëindiging van, 127–129, 141–144, 501–502, 616–617
en bestemmingswijzigingen, 301n196, 303
en canonherzieningen, 403–405
en canonindexering, 362–363
in eeuwigdurende erfpacht, 446–447
en Haagse erfpacht-arrest, 82, 141, 143n448, 144, 388–389, 410, 493, 579, 617
heruitgifte van, 350
waardebepaling blooteigendom in, 578, 579
deskundigen, 412–424
benoeming van derde, 205–206
bindende adviezen van, 192–193, 409–410, 412–424
en motivering/motiveringsvereisten, 192–193, 412, 417–418, 419–420, 421
taxatie door, 404–405, 409–411
Deurne (gemeente), 10
Deventer (gemeente), 356
Dexia-zaak, 226, 229, 231, 235
Dienst Domeinen, 585
Diephuis, G., 49–51, 52, 60, 278n102, 332, 515n144–146
dijkgronden, 12, 136, 196–197, 200, 390, 394, 395
doctrine
over algemene voorwaardenregeling, 174–187
algemene erfpachtregelingen als, 180
en contractuele modificatie, 180–181
en Europese Richtlijn 93/13/EEG, 185–187
en gemeentelijke gronduitgifte, 174–177
en soorten bedingen, 177–179
en stedelijke erfpacht, 179
toetsing aan grijze lijst, 181–187
en zakelijk recht, 184–185
over appartementsrechten, 592–597
over beëindiging erfpachtrechten, door rechter ex art. 5:97, 601–607
over rechtsverhoudingen, 47–91
algemeen, 48
en canonverplichting, 58–61
en lijn Eggens, 74–77
en NBW, 77–90
en OBW, 48–52
relatieve kant van, 61–68
samengestelde, 62–63
samenvatting/conclusies, 90–91
en verbintenissen
kwalitatieve, 68–74
met zakelijke werking, 53–54
en vorderingen, zakelijke, 54–58
Dordrecht (gemeente), 130, 504–506, 617–619

eenzijdig wijzigingsbeding
in algemene erfpachtvoorwaarden, 175–176, 191, 238–240, 243–245, 247–249, 251, 438–442
in particuliere erfpachtvoorwaarden, 245
eeuwigdurende erfpachtrechten, 445–465
algemeen, 445–446
van Amsterdam
algemeen, 455–456
en conversie van appartementsrechten, 459
en overstapregeling 2017, 456–459
conclusie, 465
van Den Haag, 446–447
van Haarlem, 111–112
en overdracht recht, 103
van Staat, 109–110
van Utrecht
algemeen, 447–449
beleidswijziging 2015, 451–453

conversie van appartementsrechten, 449–451, 454
conversieregeling 2017, 453–455
EEX-Verordening, 572
Eggens, J., 22, 74–75, 90, 159, 637
eigendom, in rechtsverhoudingen, 74–75, 76
eigendomsrecht, 30
Eindhoven (gemeente), 7n35, 522
empirische-normatieve methode, 26
Enschede (gemeente), 11, 558–559
erfhuur, 118–119
erfpacht
agrarische. *zie* agrarische erfpacht
bestemmingen van. *zie* bestemmingen
groene. *zie* groene erfpacht
recreatieve. *zie* recreatieve erfpacht
stedelijke. *zie* stedelijke erfpacht
erfpachters
beëindiging recht door. *zie* beëindiging
bescherming van, 600, 602, 611, 637–638, 639–640, 658
. *zie ook* onredelijke bezwarendheid
bevoegdheden van. *zie* bevoegdheden
definitie van, 27
en erfverpachter. *zie* erfpachtverhoudingen
opvolgende. *zie* opvolgende erfpachters
particulieren als, 15–16
vennootschappen als, 214–215
verplichtingen van. *zie* verplichtingen
voorkeursrecht van koop van, 571–573
wettelijke bescherming van, 18–19
. *zie ook* erfverpachters
erfpachtovereenkomsten
algemeen, 161–163
definitie van, 31
inhoud van, 162
. *zie ook* erfpachtvoorwaarden
als obligatoire overeenkomst, 31, 80
als twee dimensionale overeenkomst, 163–164
. *zie ook* vestigingsakte
erfpachtrechten
afstand van, 511–512
. *zie ook* afstand
en algemene voorwaardenregeling, 167–174
doctrine over. *zie* doctrine
beëindiging van. *zie* beëindiging
en Boek 6 (NBW), 43–44, 81, 159–160
en Code Civil, 38, 96n275, 125, 137, 516n151
contractvrijheid in
algemeen, 17, 24, 37, 131, 161
begrenzing van, 71, 84–85
en canonherzieningen, 325–331, 335
en onderhoudsverplichtingen, 548
conversie van. *zie* conversie
duur van, 6n23, 38
eeuwigdurende. *zie* eeuwigdurende erfpachtrechten
en erfpachtvoorwaarden. *zie* algemene erfpachtvoorwaarden; erfpachtvoorwaarden
en faillissement, 87–88
financiering van, 69
als financieringsinstrument, 5–6
als flexibel recht, 85
en goede trouw
bij opzegging van, 128–129
bij vernieuwing van, 131–132
en goederenrecht, 93–94
heruitgifte van, 141–144
jurisprudentie over. *zie* jurisprudentie
en natuurbeheer/behoud, 14
en onteigeningen, 124–125, 558, 563–564, 575–576
ontstaan van
door recht van vestiging, 161–163
door verjaring, 100–102, 163
en opstalvergoedingen. *zie* opstalvergoedingen
in oudhollands recht, 102–104, 112
overdraagbaarheid van, 242, 311, 411
overdracht van. *zie* overdracht
partijvrijheid in
algemeen, 17, 24, 37, 131
begrenzing van, 71, 84–85
en persoonlijke rechten, 159
rechtszekerheid in, 72
splitsing van. *zie* splitsing
toepassing in Nederland, 15–16
verbintenissen in, en toepasbaarheid Boek 6 BW, 43–46
verlengde. *zie* verlengde erfpachtrechten
als vermogensrecht, 124–125

voortdurende. *zie* voortdurende erfpachtrechten
waarde van, 272–275, 612–613, 619–625, 632, 654
waardevergoedingen van, 619–625, 628, 629, 653
wetsgeschiedenis van, 36–38
erfpachtstelsels
algemeen, 459–460
van Amsterdam
algemeen, 9
ontwikkeling van, 7
vernieuwing van, 367, 455–459
van Den Haag
algemeen, 9–10
ontwikkeling van, 7
vernieuwing van, 446–447
van Deurne, 10
van Enschede, 11
als financieringsinstrument, 9
van Goes, 11
van Lingewaard, 11
van Rotterdam
actuele situatie van, 460–461
en maatschappelijk gebonden eigendom, 11–12
van Schiedam, 461–463
als sturingsinstrument, 8, 10
van Utrecht
afschaffing van, 8n40, 9
vernieuwing van, 447–455
van Vlaardingen, 463–464
van Westvoorne, 11
erfpachtverhoudingen
algemeen, 19–21, 30–31
en aanbiedingsplicht, 662–663
bij beëindiging erfpachtrecht, 127–129, 141–144, 159–160, 472–473
en conflicten rechtsopvolging, 93–94
doctrine over. *zie* doctrine
in Europese landen, 664–665
en Europese Richtlijn 93/13/EEG, 191
evenwicht in, 16–17, 19, 69, 168, 204, 208–209, 235–237, 240–241, 251, 281, 292, 327–328, 392, 398, 399, 411, 439–440, 441–442, 445, 467–468, 638, 655–656, 665
en goederenrecht, 20–22, 31, 33–36, 85–86, 98–99
jurisprudentie over, 128–134
. *zie ook* jurisprudentie
in media, 17–19
ontstaan van, 161–163
redelijkheid en billijkheid maatstaven in, 141–144
. *zie ook* redelijkheid en billijkheid maatstaven
regulering van
wetsherzieningen, 657–659
zelfregulering, 241, 329, 366, 635, 642, 658–661
samenvatting/conclusies, 662–665
toestemmingsvereiste in. *zie* toestemmingsvereiste
uitgangspunten in, 158–161
en verbintenissen uit zakelijk recht, 163–165
en verbintenissenrecht, 20–22, 31, 33–36, 40–42, 50–52, 85–86, 98–99
en vermogensrecht, 142–143
wettelijke kader voor
en beperkte rechten, 42–46
schakelbepalingen, 39, 40–42
structuur vermogensrecht, 38–40
wetsgeschiedenis erfpachtrecht, 36–38
en zakelijk recht, 19, 49–51
erfpachtvoorwaarden
afspraken in
mondelinge, 148
uitleg van, 147–156
algemene. *zie* algemene erfpachtvoorwaarden
en bestemmingswijzigingen
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 145
en uitlegnorm, 148–150
bevoegdheden in. *zie* bevoegdheden
canonverplichting in. *zie* canonverplichting
criteria voor, 661
en gebruikelijke praktijk, 386
geldigheidsduur van, 102–103
en goede trouw, 306
bij groene erfpacht, 15n76
kwalitatieve verbintenissen in, 70–71
en niet-wettelijk verplichtingen, 73, 74
obligatoire verbintenissen in, 70
onderhoudsverplichtingen in, 129–130
onredelijke bezwarendheid van. *zie*

onredelijke bezwarendheid
en partijbedoelingen, 122, 138, 213–214
en rechtsopvolgers, 165, 180–181
rechtsverhoudingen in, 69–70
toestemmingsvereiste in, 104–106
toetsing van. *zie* inhoudstoetsing
uitlegnorm van, 147–149
vernieuwen van, 130–131
verplichtingen in, 70
. *zie ook* verplichtingen
en voldoende verband-vereiste, 85
als zakelijk recht, 184–185
erfpachtwet (België), 665n59
erfpachtwet (Noorwegen), 665
erfverpachters
beëindiging recht door. *zie* beëindiging
bevoegdheden van. *zie* bevoegdheden
definitie van, 27
en erfpachter. *zie* erfpachtverhoudingen
gemeenten als, 6–11
institutionele beleggers als, 6, 217
en opvolgende erfpachters, 82
professionele organisaties als, 15–16
en toestemmingsvereiste. *zie* toestemmingsvereiste
vennootschappen als, 217
verplichtingen van. *zie* verplichtingen
. *zie ook* erfpachters
Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, 654–656
Europese landen, rechtsverhoudingen in, 664–665
Europese Richtlijn 93/13/EEG, 207–249
en aanzienlijke verstoringstoets, 235, 295, 669
en algemene voorwaardenregeling, 168–169
en bestemming erfpacht, 213–215
en fictieve vergelijkingstoets, 223–237, 238–242, 250–251
en hoedanigheid bij rechtsopvolging, 218–220
en hoedanigheid partijen, 212–218
indicatieve lijst van, 170n11, 174, 175–176, 181, 192, 330, 438–439, 441
reflexwerking van, 652
temporele reikwijdte van, 220–222, 440–441, 444
toepasbaarheid van, 185–186, 202, 220–222
toetsing aan
algemeen, 194–195, 203, 207–209, 250, 637–638, 650
van boetebedingen, 206, 209–212
van canonherzieningen, 292, 330
van eenzijdige wijziging, 438–440, 441–442, 445
van MGE-bedingen, 204
van toestemming overdracht erfpacht, 295
vermelding van, 312, 320, 376, 608
evenwicht, in erfpachtverhoudingen, 16–17, 19, 69, 168, 204, 208–209, 235–237, 240–241, 251, 281, 292, 327–328, 392, 398, 399, 411, 439–440, 441–442, 445, 467–468, 638, 655–656, 665
Everaars, K., 183, 185n77, 599, 604, 606
Ewijk, O.W. van, 274n91
executieverkopen, 270
Eyssell, A.P.T., 60

Fagoed-constructies, 5n22, 623–624
faillissementen, 87–88
fictieve onderhandelingstoets, 226
fictieve vergelijkingstoetsen, 223–237, 238–242, 250–251
financiële belangen, 564–565, 655
financierbaarheidscriteria, 201, 241, 387, 400, 411, 442, 488, 608, 661
Fischer, H.F.W.D., 67n160, 257n16, 267n57
Franken, R., 271n75
Franx, J.K., 263, 299

gebruikelijke praktijk
en canonherzieningen, 103, 372, 373–374, 422–424, 437
en erfpachtvoorwaarden, 386
geldontwaarding. *zie* inflatie
genot, definitie van, 2, 123
Gessel-de Roo, M.J.E.G. van, 516n153–154
glijdende canon. *zie* wisselende canon
goede trouw
en canonherzieningen, 411
en erfpachtrechten
bij opzegging van, 128–129, 132–133

splitsing van, 281, 283
bij vernieuwing van, 131–132
en erfpachtvoorwaarden, 306
en fictieve toetsing, 223, 226
en overheidsinstellingen, 299
en toestemmingsvereiste, 259, 265, 269, 270
werking van, 134–135
. *zie ook* redelijkheid en billijkheid maatstaven
goederenrecht
algemeen, 39
en beperkte rechten, 88–89
en contractuele modificatie, 180–181
en erfpachtverhoudingen, 20–22, 31, 33–36, 85–86, 98–99
relativering van, 21, 33–36, 47, 81–82
en verbintenissenrecht, 32–33, 39–40, 78–80, 87–89
Blaauboer/Berlips-arrest, 120–121
Goes (gemeente), 11
Gorinchem (gemeente), 480
Goudeket Azn., J., 58–60, 278n102
Graaf, K.J. de, 398n293
grijze lijst. *zie* Burgerlijk Wetboek (Nieuw), art. 6:237
groene erfpacht
algemeen, 4–5, 13–15
en canonherzieningen, 363–364
erfpachtvoorwaarden bij, 15n76, 348
grondbelasting, 100
grondeigenaars, definitie van, 27
. *zie ook* erfverpachters
grondexploitatierekening, 379–383
grondopbrengst, 122–123
grondrente, 55
grondwaarde
daling van, 343
marktwaarde, 409–411
reële, 409–410
stijging van, 327–328, 329, 337–338
taxatie van, 403–405, 409–411, 412–416, 422–423, 428, 488
Grondwet, 12, 268n66
Groot, Hugo de, 30, 32, 36, 37n31–32, 103n296

Haaften, A., 109–110
Haagse erfpacht-arrest, 82, 141, 143n448, 144, 388–389, 410, 493, 579, 617
Haan, P. de, 362, 363
Haarlem (gemeente), 111–112
Haarzuilens (landgoed), 15n75
Hamel, J.A. van, 338
Hammerstein, A., 41n55
Harderwijk (gemeente), 602–603
Hardy, R., 325n27, 328, 329
'harmonisatie van gronduitgifte' (De Haan), 362, 363
Hartkamp, A.S., 39–40, 39n45, 134n414
Hartlief, T., 326n30
havengebieden, 129–130, 523, 542, 559, 567–568
Haviltex-norm, 133, 149, 150, 153, 154, 158, 372, 373, 381
Heesakkers/Voets-arrest, 210
Heidemij, 5n22
Heijden, E.J.J. van der, 62–63
Heisterkamp, A.H.T., 32n13, 318n3
Heksenberg-zaak, 495
Hemmen (landgoed), 15n75
hennepteelt, 543–544, 554, 622–623
herbouwplichten, 536, 537, 549
herstructurering, 7, 283, 463, 496, 559, 566
Hervormde Gemeente Eemnes, 321–322
Hijma, J., 208n172, 219n227, 225, 234n289, 325n26
Hondius, E.H., 196
Honnebier-arrest, 193, 420–421
Hoofs, K.J.H., 348
Hoog, P.A. de, 348–349, 657
hoogheemraadschappen. *zie* waterschappen
houden, definitie van, 2
Houwing, J.F., 57, 268n64, 269
Huber, U.H., 103n296
Hudig, D., 336n70–72, 337n73–75
Huijgen, W.G., 7n31, 180, 182, 564, 592–593, 594
huurovereenkomsten, eeuwigdurende, 126
Huussen, A.H., 37n32
Huydecoper, J.L.R.A., 616

Idealservice-arrest, 213
IJsselmeerpolders, 6
imprévision-regeling, 599, 600–601, 605, 606–607
indexering, definitie van, 355
. *zie ook* canonindexering

indicatieve lijst (Richtlijn 93/13/EEG), 170n11, 174, 175–176, 181, 192, 330, 438–439, 441
inflatie
en canonherzieningen, 248, 300, 321, 344–345
en onvoorziene omstandigheden, 327, 335
vergoedingen voor
afzien van, 368–369
meervoudige, 361–367
verminderde, 367–368
. *zie ook* canonindexering
inhoudstoetsing
van algemene erfpachtvoorwaarden
en art. 5:91 lid 4, 232–237
collectieve, 205–207
en fictieve onderhandelingstoets, 226
en fictieve vergelijkingstoets, 223–237, 250–251
en uitoefeningstoetsing, 233
van boetebedingen, 193–194, 209–212
van particuliere erfpachtvoorwaarden
en fictieve vergelijkingstoets, 238–243
aan Richtlijn 93/13/EEG, 217, 237–240
van toestemmingsvereiste
criteria voor
algemeen, 309–311
en bedoeling wetgever, 311–312
en overdraagbaarheid erfpachtrechten, 311
en rechtszekerheid, 312
en waardestijging zaak, 312–314
. *zie ook* Europese Richtlijn 93/13/EEG; uitoefeningstoetsing
Instituut voor Bouwrecht, 660
iustum pretium beginsel, 281n120, 325, 326, 328, 329

Jaarsma, M.I., 16n79
Jong, J. de, 5, 7n29, 10, 14n72, 174–175, 190n92, 192, 265n55, 276, 296n178, 297, 298n184, 300, 301, 318n4, 329n41, 348, 356n149, 360n165, 363–364, 374n219, 479n21
Jongeneel, R.H.C., 185n77, 212n190, 223n243
jurisprudentie
over algemene erfpachtvoorwaarden, 187–207
algemeen, 187–188
en art. 79 RO, 188–192
en bindende adviezen, 192–193
boetebedingen in, 193–195
collectieve toetsing van, 205–207
MGE-bedingen in, 201–204
over algemene opstalvoorwaarden, 196–201
over beëindiging erfpachtrechten, 473–477
en ‘doen blijken,’ 491–499
door erfpachters, 520–522
door erfverpachters
in algemeen belang, 558–562
en canonbetalingen na opzegging, 530–532
Chidda-arrest, 566–567
in financieel algemeen belang, 565–567
gebruik non-conform bestemming, 539–541
en hennepteelt, 543–544, 554
niet realiseren bestemming, 536–538
en onderhoudsverplichtingen erfverpachter, 545–548
en overgangsrecht, 525–528
wegens ernstig tekort schieten, 534–535
wegens wanbetaling canon, 529–530
en zelfbewoningsplicht, 550–555
en koopaanbod, 582–584
door opvolgende erfverpachters, 532–533
door rechter ex art. 5:97, 602–603, 607–609
vergoedingen bij
ex art. 5:99 (NBW), 617–619
geen, ex art. 773 (OWB), 611–614
en verhouding art. 5:87 tot art. 5:99, 626–628
volgens vestigingsakte, 614–617
en waarde erfpachtrechten, 621–625
en voorkeursrecht van koop,

571–575
en waardebepaling blooteigendom, 575–581
over beëindiging opstalrechten, 577
over canonherzieningen
algemeen, 320–324
en redelijke prijs, 327
bij tijdelijke erfpachtrechten
in agrarisch erfpachtrecht, 400–401
van Amsterdam, 402–403, 405–407
conversie van, 402–407
van Den Haag, 403–405
en deskundigenadvies, 383–386
Doopsgezinde gemeente Leeuwarden, 401–402
en evenredigheidsbeginsel, 392
en gangbare praktijk, 373–374
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 374
van Schiedam, 371–373, 385
van Staatsbosbeheer, 389–390
van stichting Renesse, 379–383
bij verlenging, 389–402
van waterschappen, 390–400
bij voortdurende erfpachtrechten
van Amsterdam, 411–412
van Amsterdam, AB 1915, 412–422
van Amsterdam, AB 1934, 422–424
van Amsterdam, AB 2000, 424–429
en bestemming onroerende zaak, 427–429
en bindende adviezen, 412–424
en gebruikelijke praktijk, 422–424
Honnebier-arrest, 420–421
SEBA-zaak. *zie* SEBA-zaak
Zandvoortse canonherziening, 409–411
over canonherzieningenbepalingen
in agrarisch erfpachtrecht, 375
van Albrandswaard, 376–378
van Rijkswaterstaat, 375–376
over erfpachtverhoudingen
algemeen, 91
1838-1905
algemeen, 91–93
en beëindiging erfpachtrechten, 108–115
en bronnen van recht, 99–104
en erfpachtvoorwaarden, 104–108
rechtsverhouding in, 93–99
samenvatting/conclusies, 119–120
en zakelijke/persoonlijke rechtsvorderingen, 115–119
1905-1992
algemeen, 120
en art. 779 OWB, 127–129
en begripsverduidelijking, 121–124
en Blaauboer/Berlips-arrest, 120–121
en goed trouw, 134–135
in lagere rechtspraak, 134–140
en omvang erfpachtrecht, 124–125
rechtsverhouding in, 129–134
samenvatting/conclusies, 140
en zakelijke/persoonlijke recht(svorderingen), 125–127
1992-1998
algemeen, 140–141
redelijkheid en billijkheid maatstaven van, 141–147
samenvatting/conclusies, 156
en uitleg van afspraken, 147–156
samenvatting/conclusies, 157
over onredelijke voorwaarden, 304–309
over overdracht erfpachtrechten, 195–196
over particuliere erfpachtvoorwaarden, 237–245
over Richtlijn 93/13/EEG
en art. 5:91 lid 4, 232–237
en boetebedingen zelfbouwkavels, 209–212
en fictieve vergelijkingstoets, 226–232
en hoedanigheid bij rechtsopvolging, 219–220
en hoedanigheid contractspartijen, 212–218
en onredelijke bezwarendheid,

227–232
en particuliere erfpachtvoorwaarden, 237–245
temporele reikwijdte van, 220–222
en transparantiebeginsel, 245–249
en vergoedingen bij overdracht, 195–196
over toestemmingsvereiste/toestemming
algemeen, 304
Amsterdam/Ikon-arrest, 298–299
en art 875a (OBW), 266
en canonherzieningen, 298–302
en gebruik conform bestemming, 303
bij overdracht erfpachtrecht, 287–289, 291–293
Reggezuid-arrest, 262–264
en splitsing in appartementsrechten, 262–266
Strauss/Amsterdam-arrest, 264–266
over verlenging erfpachtrechten
contractuele, 483–485, 612
opzegging van
ex art. 5:98, 499–508
bij exploot, 499–500
na mislukte onderhandelingen, 500–504
opstalvergoedingen bij, 506–508
stilzwijgende, 480–483
canonbetalingen bij, 504–506
voorwaarden voor, 485–490

Kadasterwet (Kadw)
art. 20, 435
art. 24, 435, 657
art. 46, 199, 258n24, 350n131, 352–353
Kamsteeg/Lisser-arrest, 154
kantonrechter
bevoegdheden van, 57, 58, 115–117
vervangende machtiging van, 144, 229, 236, 258, 262, 275, 276–277, 293–294
Kate, T.B. ten, 130–131
Kemp, P., 599, 602
kenbaarheid
algemeen, 39, 80, 431, 552, 635
van voorwaarden, 292, 351, 353
kettingbedingen, 43n59, 152–153, 165, 178, 186, 401–402, 459, 564, 592–593
kiosken, 558–559
Kisch, I., 62–63
Kleijn, W.M., 128, 129n389, 130, 132–133, 265
KNB (Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie). *zie* Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Koe, M. de, 15n74–76, 347–348, 390n265
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
commissie van, 274–275
preadviezen van
algemeen, 660
over Boek 5 (NBW), 490–491, 508–509, 510
koopaanbod
en beginselen van behoorlijk bestuur, 581–584
verjaren van, 583
Koopgarant, 12, 549, 554n319–320
Koopmans, T., 557n329
koopopties, 573–575
koopwoningen, 282, 428
Kortgene (gemeente), 383–386, 582–583
Kortmann, S.C.J.J., 75n194, 76
kwalitatieve verbintenissen
bepaling van, 74–75
canonverplichtingen als, 19, 53, 54, 57–58, 59, 61, 65–66, 68–69, 71–73, 76, 320
definitie van, 53
doctrine over, 68–74
eigendommelijke, 74–75
in erfpachtvoorwaarden, 70–71
opstalvergoedingen als, 54, 56–57, 66
stedelijk erfpacht als, 72

Land, N.K.F., 53–54, 60, 515
Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (LOVCK). *zie* LOVCK-rapport
Lange, K. M. de, 364n182
Langemeijer, F.F., 127n383
Lauwersoog, 358
Leeuwarden (gemeente), 339
Lelystad-arrest, 176–177, 198, 564
Limburg, J., 61n129
Lingewaard (gemeente), 11
Lipman, B.W., 61n129
Louwman, W., 592, 594

LOVCK-rapport, 222n240, 235n292, 237n298, 240, 664

maatschappelijk gebonden eigendom (MGE), 11–12, 201, 255n5, 311n236, 535, 538, 549
. *zie ook* MGE-constructies
machtspositie
misbruik van, 145–146, 328–329, 395–396, 493, 583–584, 618–619
van overheden/overheidsinstanties, 17, 84, 200, 395–396, 618–619
. *zie ook* evenwicht; zorgplicht
makelaars, 402–403, 496, 612–613
Makelaarsvereniging Amsterdam, 419
Markerwadden, 13
marktconformiteit
van bloot eigendom, 578, 585, 587–588
van canon, 389, 565–567, 570, 618, 620
van waarde erfpachtrechten, 632, 654
Mededingingswet, 145, 328–329, 583–584, 598
Meijers, E.M., 19, 45, 66, 90, 122, 260, 517–518, 572n377
Mertens, R.F.H., 280n113
Meurs/Newomij-arrest, 187n83, 193–194, 215, 215–216
MGE-constructies
jurisprudentie over, 201–204
zelfbewoningsplicht/aanbiedingsplicht in, 549–556, 571, 631, 645
. *zie ook* maatschappelijk gebonden eigendom
Middelburg, 114
Mierlo, A.I.M. van, 45, 612n535
Mijs, U.J., 341n90–91, 342n92
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties en Financiën, 658
modelvoorwaarden, van VNG, 175n30, 341, 660
Mollema, A.F., 83–84, 90, 312n239, 652n17
Moltmaker, J.K., 576n393
Moltzer, J.P., 53, 60
Monchen, J.T.C., 361n171
mondelingen afspraken, 148
Morzer Bruyns, R.A., 576n394
motivering/motiveringsvereisten, 192–193, 412, 417–418, 419–420, 421, 580

naastingsrecht, 102–104
. *zie ook* voorkooprecht
Nationaal Park Schiermonnikoog, 14
Nationaal Park Veluwezoom, 547, 621–622
natuur, erfpacht voor bestemming. *zie* groene erfpacht
Natuurmonumenten
en Markerwadden, 13n66
en Nationaal Park Schiermonnikoog, 14
en Nationaal Park Veluwezoom, 547, 621–622
Nederlandse Vereniging van Banken, 216, 241, 243n326, 329–330, 353, 366, 369, 387, 406, 440n440
. *zie ook* Bancaire richtlijn voor de toetsing van erfpachtrechten
Nederlandse Vereniging van Erfpachters, 419
Nederlandse Vereniging van Hypotheekbanken, 356
Nelisse, P.C.J.-P., 11n56, 319n6, 326n32, 347, 362n172
niet-wettelijk verplichtingen, 73, 74
Nieuwenhuis, J.H., 40
Nijmegen (gemeente), 559–560, 614–616
Noord-Brabant, 109–110
notariële opinies, 216, 217, 238, 239, 249, 366, 411, 467
numerus clausus, 33, 77, 81, 84, 533, 647–648
NVB-criteria, 201, 241, 349, 387, 400, 411, 442, 488, 608, 661

ondererfpacht, 257
onderhandelingstoets, 226
onderhoudskosten, 125, 140
onderhoudsverplichtingen
buitengewone, 548
van erfpachters, 544–549
van erfverpachters, 129–130
van oude gebouwen, 613n542
onderzoekskaders, 16–21, 24, 166
onderzoeksmethode, 24–28
onderzoeksvragen
algemeen, 21–24, 166
bevindingen, 662–664

over canonherzieningen, 324–325
oneerlijkheidstoetsen. *zie* fictieve vergelijkingstoetsen
onrechtmatige daad, 308
onredelijke bezwarendheid
van algemene erfpachtvoorwaarden, 169–170, 172–174, 181–182, 185n77, 186–187, 191, 194–209, 219, 227–232, 247, 249–251, 442–445, 554–555, 608, 669
van algemene opstalvoorwaarden, 198
van boetebedingen, 194–195, 206, 209–212
en canonverhoging, 227–232
en fictieve vergelijkingstoets, 223–227
van MGE-bedingen, 221
in SEBA-zaak, 243–245
onredelijke voorwaarden, 304–309
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 306–308
en schadevergoedingen, 305–306, 308–309
en vervangende toestemming, 304–305
onroerende zaken
bestemmingen van, 427–429, 540
objectieve waarde van, 329
schade aan, 206–207
verwaarlozing, 270
waardedaling van, 272–274
. *zie ook* WOZ-waarde
onroerendezaakbelasting, 329
onteigeningen, 124–125, 558, 563–564, 575–576
Onteigeningswet, 124, 198, 563–564, 569
Ontwerp (1898), 61, 332, 516
Ontwerp Kemper (1816), 37, 55, 161n502, 516
Ontwerp Kemper (1820), 60, 61, 516
Ontwerp-Beekhuis (1972), 268–272, 512n132
Ontwerp-Meijers, 267–268, 332, 512n132
onvoorziene omstandigheden
en inflatie, 327, 335
. *zie ook* imprévision-regeling
Oostrom-Streep, N.C. van, 7n35
Oostvaardersplassen, 133
Operatie Stofkam, 171, 625–626
opleveringsverplichtingen, 290
Oppenheim, A.S., 16n80, 65n153, 66n154
opstalhouders, definitie van, 27
opstalrechten
aantonen aanwezigheid, 139
beëindiging van
bij gebrekkige opstal, 522–523
na mislukte onderhandelingen, 503
tussentijdse, in algemeen belang, 198–199, 200
bij vermenging, 577
rechtsverhoudingen in, 132–133
verkoop van, en solarium, 116–118
verlenging van, 154–155, 395–396, 480–481
opstalvergoedingen (solarium), 614–619
bij beëindiging erfpachtrecht
algemeen, 181–182, 207, 340–341
ex art. 5:99 (NBW), 617–619
geen, ex art. 773 (OWB), 610–614
volgens vestigingsakte, 614–617
bij beëindiging verlengde erfpachtrecht, 506–508
en billijkheid maatstaven, 61
als kwalitatieve verbintenis, 54, 56–57, 66
niet wettelijk geregelde retributie van, 59
vaststellen van, 139–140
bij verkoop opstalrecht, 116–118
bij voortdurende erfpachtrechten, 407–408
opstalvoorwaarden
bij heruitgifte van rechten, 154–155
herziening van, 395–396
onmogelijk duurbepaling in, 151
opnieuw vaststellen van, 148–150
opvolgende erfpachters
en conflicten rechtsopvolging, 93–94
eisen gesteld aan, 284, 294
en erfpachtvoorwaarden, 165
insolvabiliteit van, 270, 284
en overdracht erfpacht, 289–290
rechtsverhoudingen tussen, 180–181
en Richtlijn 93/13/EEG, 218–220
toepasbaarheid algemene voorwaardenregeling op, 180–181, 182–187
en vernietiging van bedingen, 182–183
opzegging. *zie* beëindiging
opzeggingsbevoegdheid
als aanvullend recht, 510, 512
van erfpachters, 174, 334n64, 510,

523–524
van erfverpachters, 174, 197–198, 200n138, 527, 557, 563
opzeggingsgronden, 199
Opzoomer, C.W., 51–52, 331–332, 515
oudhollands recht
canonverplichting in, 331
erfhuur in, 118–119
erfpachtrecht in, 102–104, 112
voorkooprecht in, 575n391
overdraagbaarheid, van erfpachtrechten, 242, 311, 411
overdracht
van erfpachtrechten
toestemming voor
algemeen, 284–285
en bestemmingswijzigingen, 287–289, 295
en canonherzieningen, 290–293
en financiële voorwaarden, 285–286
en opvolgend erfpachter, 289–290, 294
samenvatting/conclusies, 293–296
toetsing van, 294
weigering van, 568
weigeringsgronden voor, 294
vergoedingen bij, 195–196
overeenkomsten
definitie van, 178
. *zie ook*
aandelenleaseovereenkomsten;
consumentenovereenkomsten;
erfpachtovereenkomst;
huurovereenkomsten
Overgangswet NBW
algemeen, 354–355, 431, 433
art. 68, 352n137, 354, 511n129, 513n138
art. 69, 352, 354
art. 71, 505n108
art. 79, 434, 438
art. 166, 474, 482, 499n85, 503, 525–526, 575
art. 167, 499n85, 510–511, 513–514, 520–521, 524
art. 169, 321n13, 600, 604, 605
art. 170, 610, 627, 629
art. 171, 521
art. 191, 167, 248, 321n13, 438
en beëindiging erfpachtrechten, 513–514, 525–529
overheden/overheidsinstanties
algemene erfpachtvoorwaarden van, 170–171, 174–175, 189–192
beleidsvrijheid van, 265, 266, 280, 397, 398, 405, 407, 488, 557, 582, 669
contractvrijheid van, 486–487, 488
en goede trouw, 299
machtspositie van, 17, 84, 200, 395–396, 618–619
. *zie ook* behoorlijk bestuur, beginselen van
overheidsdaad, rechtmatige, 133–134

pachtnormen, en agrarische erfpacht, 355, 357, 358, 369, 400
Pachtnormenbesluit, 358–359, 369
parlementaire geschiedenis
van algemene erfpachtvoorwaarden, 169–174
van art. 5:87, lid 1 (NBW), 512–513
particuliere erfpacht, 5
particuliere erfpachtvoorwaarden
boetebedingen in, 238
en canonherzieningen, 409–412
eenzijdig wijzigingsbeding in, 245
toetsing van, 237–245
partijbedoelingen
en beëindiging erfpachtrechten, 596–597
en erfpachtvoorwaarden, 122, 138, 213–214
verbintenisrechtelijke toetsingskader van, 114–115
partijvrijheid. *zie* contractvrijheid
Paterswoldse meer, 13n68
Pavillon, C.M.D.S., 185n77, 223n243, 226n256, 227n258, 230n273, 232–233, 234, 235–237, 242n320, 292
persoonlijke rechten
en absolute rechten, 87
definitie van, 31
en erfpachtrechten, 159
en zakelijke rechten
tussenvormen van, 53–54, 67–68
verschillen tussen, 19n106, 32–33, 63, 68

. *zie ook* relativering
persoonlijke rechtsvorderingen, 115–119, 125–127
Peursem, G.R.B. van, 425
Pinto, A. de, 49n75
Pitlo, A., 65–66, 75–76, 519n173, 611n531, 652n16
Plantenga, W.B., 16n78, 19n107, 69–70, 268n64, 268n66, 273, 278n103, 344n101, 345, 518
Pleysier, A.J.H., 13n68, 311n235, 538, 620, 625–626
Ploeger, H.D., 5, 190n92, 318n4, 329n41, 348, 356n149, 374n219, 458n508, 460n513, 479n21
preadviezen
voor NWB
algemeen, 338
Boek 5, 69–72, 268n64, 490–491, 508–509, 510, 512n133, 518
Boek 6, 80–81, 179–180, 184
procesrecht, 54, 417
publiciteitsbeginsel, 318n5, 349n125
publieke erfpacht, 5

Raad voor Onroerende Zaken, 361
Rank-Berenschot, E.B., 5, 32n13, 35, 63n143, 78–80, 81, 84, 87–90, 91n267, 198, 348n116, 366n188, 439n436, 486n40–41, 487n42, 584n423–424
Reallast, 53
recht/rechten
afstand van. *zie* afstand
definitie van, 2
indeling van, 36, 77
kenbaarheid van, 39, 80
als spontane orde, 26–27
. *zie ook onder specifieke rechten*
rechtspraak. *zie* jurisprudentie
rechtsverhoudingen
algemeen, 32–33
in beperkte rechten, 75
definitie van, 30–31
eigendom in, 74–75, 76
in Europese landen, 664–665
jurisprudentie over, 129–134
lijn Eggens, 74–77
in NBW, 77–90
in OBW, 48–52
in opstalrechten, 132–133
relatieve kant van, 61–68
. *zie ook* relativering
samengestelde, 62–63
tussen erfpachter en erfverpachter. *zie* erfpachtverhoudingen
rechtsvorderingen, 54–58, 115–119, 125–127
rechtszekerheid, 72, 170, 312, 467, 597, 648
recognitiefunctie, 60, 101, 119, 331, 332
recreatieparken/terreinen/woningen, 125–126, 149, 322–324, 379–383, 383–386, 389, 528, 534, 547, 548, 586–588, 621–622
recreatieschappen, 13n67
recreatieve erfpacht, 14–15, 408
. *zie ook* recreatieparken/terreinen/woningen
redelijkheid en billijkheid, maatstaven van, 141–147
en beëindiging erfpachtrechten, 472–473, 476, 491, 493
beperkende werking van, 146–147
en beperkte rechten, 82–83
bevindingen, 646–650
en canonherzieningen, 146–147, 374, 398, 401, 406, 417, 420, 643–644
en canonverhoging, 144
en erfpachtrechten
beëindiging van, 129
bij heruitgifte van, 141–144
heruitgifte van, 145
bij splitsing van, 144–145
splitsing van, 281
en erfpachtvoorwaarden
bij bestemmingswijzigingen, 144–145
bij vernieuwing van, 131–132, 141–144
en onredelijke voorwaarden, 306–308
en opstalvergoedingen, 61
toepassing van, 33–34, 81–83
en toestemmingsvereiste, 258–259, 265
en verlenging erfpachtrechten, 489–490
. *zie ook* goede trouw
Reehuis, W.H.M., 30n5, 32n13, 40, 318n3
Reepmaker, A.A., 61, 109n319, 331n48, 342, 515–516, 517

Reggezuid-arrest, 262–264
registratierecht, 99–100
Rekenkamer van Gemeente Amsterdam, 424
Rekenkamer van Gemeente Groningen, 460
relativering
definitie van, 81
van goederenrecht, 21, 33–36, 47, 81–82
rentebedingen, 153–154
Rhenen (gemeente), 138
Rijken, G.J., 134n412–413, 306n220, 307n221
Rijksvastgoedbedrijf, 13n65–66, 13n66
Rijkswaterstaat, 14n71, 375–376
. *zie ook* Waterstaat
Rijkszeeweringenreglement, 585
Rijpert, B.A.G.P., 7n31
Roëll, D., 56–57, 116n346
Rotterdam (gemeente)
algemene erfpachtvoorwaarden van, 360
erfpachtstelsel van
actuele situatie van, 460–461
en maatschappelijk gebonden eigendom, 11–12
erfpachtuitgiftes van
beëindiging van
in algemeen belang, 558–559
en hennepteelt, 543–544
en onrechtmatige opzegging, 567–568
en onderhoudsverplichtingen, 129–130
vergoedingen bij, 622–623
ondererfpachtuitgiftes van, 7n34
Rutten, L.E.H., 68–69
RWE Vertrieb-arrest, 246

sale-and-lease-back-constructies, 7n35
samengestelde rechtsverhoudingen, 62–63
Santen, A.H.M., 363n175
Savigniaanse dichotomie, 77
schade, aan onroerende zaken, 206–207
schadevergoedingen, en onredelijke voorwaarden, 305–306, 308–309
schakelbepalingen, 39, 40–42
. *zie ook* Burgerlijk Wetboek (Nieuw), art. 3:98; Burgerlijk Wetboek (Nieuw), art. 6:216
Schatzenberg-zaken, 531, 532–533
Schelhaas, H.N., 149n470, 306n217, 307n223
Scheltema, M., 189n90
Schiedam (gemeente)
algemene erfpachtvoorwaarden van, 336, 353–354
erfpachtstelsel van, 461–463
erfpachtuitgiftes van
beëindiging van, 561–562
en canonbetalingen, 137–138
en canonherzieningen, 336, 371–373, 385
en ‘doen blijken,’ 496–497
en vervallenverklaringen, 138
Schiermonnikoog (eiland), 585
Scholten, G.J., 126
Scholten, P., 58, 60, 61n130, 65, 66, 268n61, 479n20
schonelei splitsing, 589, 590
Schoordijk, H.C.F., 19–20, 80, 81, 90
schuldvernieuwing, definitie van, 94–95
SEBA-zaak
algemeen, 219–220
en bepaalbaarheid canon, 433–438
en canonherzieningen, 429–431
collectieve toetsing in, 205–206
conclusie, 443–444
deskundigenrapporten in, 421–422
en eenzijdige wijziging algemene erfpachtvoorwaarden, 438–442
en erfpachtvoorwaarden, 190–191
onredelijk bezwarendheid in, 243–245
en toepasbaarheid Richtlijn 93/13/EEG, 220–222
toepasselijk overgangsrecht in, 431–433
en toetsing canonherzieningsbepalingen, 442–443
voorzienbaarheidscriteria in, 183–184, 185
Seijffert, F., 364n182
Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV, 151–152
Sieburgh, C.H., 41n54, 307n223, 325n25, 326n28
Sint Maarten, 279
Sint-Philipsland, 475

Slagter, W.J., 177n41–42, 178n44
Smidt, J.T. de, 37n32
Smits, J.M., 26, 77, 77n204, 326n28
Snijders, H.J., 5, 32n13, 35, 87–89, 159, 193n108, 194–195, 242, 248n339, 271, 273, 274, 277, 335n66, 600, 605–606, 608, 637
Snijders, W., 174
Soest (gemeente), 492–494
solarium. *zie* opstalvergoedingen
spiegelsplitsing, 589–590
Spierings, C., 254n3, 510n127
splitsing
van canonverplichting, 60, 160
van erfpachtrechten
in appartementsrechten. *zie* appartementsrechten
en goede trouw, 281, 283
in meerdere erfpachtrechten, 278–279, 383–384
sportaccommodaties/verenigingen, 7n35, 303, 473–474, 494–495, 496, 503–504, 531, 537–538, 539–540, 546–547, 602–603, 607–608
Staatsbosbeheer
algemeen, 13n65
erfpachtuitgiftes van
algemene erfpachtvoorwaarden van, 227–232
beëindiging van, 586–588
en canonherzieningen, 389–390
op Waddeneilanden, 14n72, 586–588, 630
en transparantiebeginsel, 247, 248
Staatscommissie herziening Burgerlijk Wetboek (Nieuw), 260
stadsuitbreiding, 6–7
stedelijke erfpacht
algemeen, 4–5
beëindiging van, 137–138
met bestemming bedrijvigheid, 6–8
canon in, vormen van, 347
canonherzieningen in, 344, 347
en grondwaardestijging, 327–328
index gebruikelijke in, 360–361
als kwalitatieve verbintenis, 72
opkomst van (1896-1909), 335–340
uitbreiding van (1909-1941), 340–344
en waardestijging grond, 338
. *zie ook onder specifieke steden*
Stichting Erfpachtersbelang Amsterdam, 205, 657
. *zie ook* SEBA-zaak
stichting Renesse, 379–383
stilzwijgende verlenging, 155
Stolz, H., 258n25
Strauss/Amsterdam-arrest, 264–266, 281
Struyken, T.H.D., 33–34, 75n194, 77n203, 81–83, 90, 180, 307, 647–649
subjectief recht, 30n5, 31
Suijling, J.P., 63–65, 80

tankstations, 6, 151–152, 499–500, 540
taxatie
van grondwaarde, 403–405, 409–411, 412–416, 422–423, 428, 488
van waarde erfpachtrechten, 612–613, 619–625, 632, 654
. *zie ook* WOZ-waarde
Terschelling (eiland), 584
Terschelling (gemeente), 81n225, 150–151, 327, 389, 408
Texel (eiland), 375–376
tiendrecht, 347
Tilburg (gemeente), 621
Tjong Tjin Tai, T.F.E., 226n256
toestemming
voor bestemmingswijzigingen, 272–277, 296–304
algemeen, 296–297
en canonherzieningen, 298–303
en gebruik conform bestemming, 303
bij overdracht, 287–289, 295
samenvatting/conclusies, 303–304
vervangende machtiging voor, 272–273, 275, 297
en waardevermindering, 272–274
voor ondererfpacht, 257
voor overdracht erfpacht
algemeen, 284–285
bij beëindiging erfpachtrecht, 287–289
en bestemmingswijzigingen, 287–289, 295
en canonherziening, 290–293
financiële voorwaarden voor, 285–286
en opvolgend erfpachter, 289–290, 294

samenvatting/conclusies, 293–296
van Staatsbosbeheer, 227–323
toetsing van, 294
weigering van, 568
weigeringsgronden voor, 294
voor splitsing erfpachtrechten
in appartementsrechten, 261–266, 279–283
en goede trouw, 281, 283
in meerdere erfpachtrechten, 278–279
samenvatting/conclusies, 283–284
weigeringsgronden, 280
voor verhuur, 256
. *zie ook* toestemmingsvereiste
toestemmingsvereiste, 253–315
algemeen, 253–255
en achterstallige canonbetaling, 269, 270
als beperking erfpachter, 254–255
bevindingen, 639–641
en executieverkoop, 270
en goede trouw, 259, 265, 269, 270
inhoudstoetsing van
algemeen, 309–311
en bedoeling wetgever, 311–312
en overdraagbaarheid erfpachtrechten, 311
en rechtszekerheid, 312
en waardestijging zaak, 312–314
jurisprudentie, 262–266
voor overdracht, 271–272
als rechtsfiguur, 256–259
en rechtsgevolgen van oneerlijke voorwaarden, 304–309
en redelijkheid en billijkheid maatstaven, 258–259, 265
en splitsing in appartementsrechten
algemeen, 261–262
in publiek belang, 262–264
met voorwaarde canonverhoging, 264–266
verbintenisrechtelijke dimensie van, 314–315
voorwaarden verbonden aan, 271
weigeringsgronden, 270–271
wetsgeschiedenis van, 259–277
algemeen, 259–260
art. 5:91
gewijzigd ontwerp (1972), 268–272
invoeringswet (1984), 272
regeringsontwerp Driemanschap (1957), 267–268
samenvatting/conclusies, 277–278
toestemming voor bestemmingswijzigingen, 272–277
wettelijke vormen van, 254, 256
. *zie ook* toestemming
toetsing. *zie* fictieve onderhandelingstoetsen; fictieve vergelijkingstoetsen; inhoudstoetsing; uitoefeningstoetsing
transparantiebeginsel, 245–249
algemeen, 245–247
en erfpacht
algemeen, 251
Amsterdam, 247
en appartementsrechten, 248
en eenzijdig wijzigingsbeding, 247–249
Staatsbosbeheer, 247
transparantie-eis, 232
Treurniet, W.C., 69, 70–72, 268n66, 273, 339, 345, 347, 512n133
tuinbouwgebieden, 558
Tweede Maasvlakte, 7
Tweehuysen, V., 533n237, 593–594

uitlegnormen
en algemene opstalvoorwaarden, 154–155
van erfpachtvoorwaarden, 148–150
Haviltex-norm, 133, 149, 150, 153, 154, 158, 372, 373, 381
van notariële aktes, 150–151
van obligatoire verplichtingen, 153–154
uitoefeningstoetsing, 187, 233, 234–235, 236, 243, 249, 250–251, 639
. *zie ook* inhoudstoetsing
Utrecht (gemeente)
erfpachtstelsel van
afschaffing van, 8n40, 9
vernieuwing van, 447–455
erfpachtuitgiftes van
beëindiging van, 188–189, 588–591
en bestemmingswijzigingen, 301n196

en canonherzieningen, 347
in eeuwigdurende erfpacht, 447–455
algemeen, 447–449
beleidswijziging 2015, 451–453
conversie van appartementsrechten, 449–451, 454
conversieregeling 2017, 453–455

Valk, W.L., 149n470, 153n486
Valkenburg, 503
variabele canon. *zie* wisselende canon
Veegens, J.D., 16n80, 65n153, 66n154
Veerse Meer, 383–386
Velten, A.A. van, 21, 31n10, 34–35, 43n59, 46n71–72, 80–81, 179, 199, 258n19, 280n109, 281n116, 281n118, 348n114–115, 350–351, 353, 446n455, 479n22, 483n33, 510n125, 535, 570n371, 590–591, 592, 595, 625, 627n605
verbintenissen
uit beperkte rechten, 42–47, 78, 80
definitie van, 42
in erfpacht, en toepasbaarheid Boek 6 BW, 43–46
kwalitatieve. *zie* kwalitatieve verbintenissen
in OBW, 48–52
ontstaan van, 43
met zakelijke werking, 53–54
verbintenissenrecht
algemeen, 39
en beperkte rechten, 88–89
en erfpachtverhoudingen, 20–22, 31, 33–36, 40–42, 50–52, 85–86, 98–99
en goederenrecht, 32–33, 39–40, 78–80, 87–89
Blaauboer/Berlips-arrest, 120–121
opvattingen over, 61
uitlegregels voor, 114
en zakelijke rechten, 46, 49–52, 65, 74, 114–115, 158–159
verboekrecht, 196
Verdrag Europese Unie (VEU), 207–208
Vereeniging van Directeuren van Hypotheekbanken, 341
Vereniging Eigen Huis, 657
Vereniging Nederlandse Gemeenten (VNG)
modelvoorwaarden van, 175n30, 341, 660
rapport ‘Verkoop of erfpacht,’ 341
vermelding van, 268n66, 271, 344, 535n244
Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten. *zie* Natuurmonumenten
vereniging van eigenaars (VvE)
algemeen, 215–216, 385
overdracht bloot eigendom op, 589, 590–591, 595, 597–598
Vereniging van Grondbedrijven, 660
Vereniging van Huiseigenaren in Nederland, 343
Vereniging voor Bouwrecht, 174–175
vergoedingen
bij beëindiging erfpachtrecht
algemeen, 610
geen, ex art. 773 (OWB), 610–614
opstalvergoedingen. *zie* opstalvergoedingen
samenvatting/conclusies, 629
en verhouding art. 5:87 & art. 5:99, 625–629
en waarde erfpachtrechten, 619–625
bij overdracht erfpachtrecht, 195–196
Verheul, E.F., 183–184, 185
verhuur, toestemming voor, 256
verjaring, erfpachtrecht ontstaan door, 100–102, 163
‘Verkoop of erfpacht’ (rapport VNG), 341
verlengde erfpachtrechten
algemeen, 112–114, 479
canonherzieningen bij, 388–402
contractuele, 155, 483–485, 612
stilzwijgende
algemeen, 155, 478–479, 480–483
opzegging van
ex art. 5:98, 499–508
canonbetalingen bij, 504–506
bij exploot, 499–500
na mislukte onderhandelingen, 501–502
en opstalvergoedingen, 506–508
voorwaarden voor, 485–490
vermogensrecht
en beperkte rechten, 83–84

betekenis van, 30n5
en erfpachtrecht, 124–125
en erfpachtverhoudingen, 142–143
indeling van, 36, 40, 158
structuur in NWB, 38–40
Verordening Brussel-I bis, 572
verplichtingen
algemeen, 163–164
van erfpachters
algemeen, 19
aanbiedingsplicht, 202–203, 311, 535, 549, 570n371, 571, 575
bouwplicht/herbouwplicht, 70, 71, 122, 535–536, 537, 549
canonverplichting. *zie* canonverplichting
onderhoudsverplichting, 544–549
opleveringsverplichtingen, 290
verzekeringsplicht, 548–549
in vestigingsakte, 536–537
zelfbewoningsplicht, 535
van erfverpachters
algemeen, 19
onderhoudsverplichtingen, 129–130
zorgplicht, 389, 397, 399, 466, 618
tot een doen, 46
. *zie ook* bevoegdheden
verstoringstoets, 235, 295, 669
vertrouwensbeginsel, 391–392
vervallenverklaringen, 75, 95–98, 109–112, 135–136, 137–138, 171
vervangende machtiging
van boedelrechter, 271
van kantonrechter, 144, 229, 236, 258, 262, 275, 276–277, 293–294
voor toestemming
bestemmingswijzigingen, 272–273, 275, 297
weigering van, 266
vervreemdingsbevoegdheid, 268–269, 517n160
verzekeringsplicht, 548–549
vestigingsakte
aanvangscanon in, 350, 351, 432
algemene erfpachtvoorwaarden in, 353–354
en bestemming, 3–5
canonherzieningsbepalingen in, 349, 350, 431, 432–433, 468
canonverhoging bij overdracht in, 293–294
canonverplichting in, 294
inschrijving in openbare registers, 92
opstalvergoedingen volgens, 614–617
opzeggingsgronden in, 199
als primaire bron, 94, 99–100, 139
verplichtingen erfpachter in, 536–537
weigeringsgronden in, 199
. *zie ook* erfpachtovereenkomsten
Vlaardingen (gemeente), 336n71, 463–464
Vleuten, M.C.E. van der, 262n40
Vlieland (eiland), 14n72, 586–588
VNG-modelvoorwaarden, 175n30, 341, 660
voldoende verband-vereiste, 44, 45–46, 73, 77–78, 85
volkshuisvestigingsbeleid, 203–204, 262–263
Vonck, F.J., 5, 6n24, 13n64, 15n76, 23, 31n11, 34, 84–85, 90, 159, 182–183, 216n211, 219n226, 230n273, 232–233, 235–237, 257n13, 257n15, 292, 311, 349, 383n247, 389, 459n510, 476, 511n128, 522n191, 524n199, 528–529, 534, 538, 540n264, 546, 553n316, 557, 572n377, 593, 595–596, 603–604, 620, 625n596, 626n600, 626n603, 631, 637, 649–650
voorkeursrecht, 571–575
voorkooprecht, 102–104, 257–258, 574–575, 577
. *zie ook* naastingsrecht
voortdurende erfpachtrechten
canonherzieningen bij
algemeen, 407–408
en bindende adviezen, 412–424
bij einde tijdvak, 429–443
knelpunten in, 444–445
en particuliere erfpacht, 409–412
en recreatieve erfpacht, 408
en SEBA-zaak. *zie* SEBA-zaak
vooruitbetaling, van canonverplichting, 123–124
voorwaarden
kenbaarheid van, 292, 351, 353
onredelijke. *zie* onredelijke voorwaarden
. *zie ook* modelvoorwaarden
voorzienbaarheidscriteria

en canonherzieningen, 23, 247, 318, 319, 382
en canonindexering, 349, 355
en hoedanigheid partijen bij rechtsopvolging, 218, 220, 250
en overdracht erfpacht, 294
in SEBA-zaak, 183–184, 185
vorderingen
persoonlijke
opstalvergoedingen als, 59
vs. zakelijke, 56–57
zakelijke
algemeen, 54
canon als, 54–56, 59, 320
vs. persoonlijke, 56–57
Vranken, J.B.M., 41n55
Vries, A.E. de, 13n68, 267n58
Vries Lentsch-Kostense, C.L. de, 130, 142–143, 245, 288n145

waardeverdeling, 651–656
waardevergoedingen, 619–625, 628, 629, 653
waarde/waardeontwikkelingen
van erfpachtrechten, 272–275, 612–613, 619–625, 632, 654
van geld. *zie* deflatie; inflatie
van grond, 327–328, 329, 337–338, 343
van onroerende zaken, 272–274
Waddeneilanden, 584–588, 630
. *zie ook* Terschelling (gemeente); Texel (eiland)
wanbetalingen. *zie* canonverplichtingen, achterstallige
warmtekrachtkoppelingen (WKK's), 480–481
waterschappen
algemene erfpachtvoorwaarden van, 190, 196–197, 199–200
erfpacht van, 12–13, 136
erfpachtuitgiftes van
beëindiging van
in algemeen belang, 563–564
en art. 5:97, 607
en canonherzieningen, 287–289, 390–398
en canonindexering, 365–366
contractuele verlenging van, 485–489
eigen karakter van, 390, 391
en ontbindende voorwaarden, 481–482
en toestemming overdracht, 295
Waterstaat, 109–110
. *zie ook* Rijkswaterstaat
Wechem, T.H.M. van, 177–179
weigeringsgronden
publiek belang als, 280
voor toestemming
algemeen, 270–271
overdracht erfpachtrechten, 294
splitsing erfpachtrechten, 280
in vestigingsakte, 199
Werf, W.E.J. van der, 199–200
Wesseling-van Gent, E.M., 194
Wessels, B., 177–179
Westvoorne (gemeente), 11
Wet beheer Rijkswaterstaatwerken, 7n34
Wet op de rechterlijke organisatie (RO)
art. 38 (oud), 54, 116
art 79 (voorheen art. 99), 188–192, 249
art. 81, 154, 212, 376, 616–617
art. 99, 130
Wet ruimtelijke ordening (Wro; nieuw), 4, 10, 176–177
Wet Voorkeursrecht Gemeenten, 593
Wet waardering onroerende zaken, 459
Wetboek Napoleon, 37n33, 96n275, 98, 112
wetsgeschiedenis
van art. 5:91 (NBW), 267–272
van art. 5:97 (NBW), 599–601
van canonherzieningen, 331–335
van erfpachtrecht, 36–38
van NBW, 24–25
van toestemmingsvereiste, 259–277
wetsherzieningen, 657–659
Wierdsma, P., 103n296
wijzigingsakte, 350
wijzigingsbedingen. *zie* eenzijdige wijzigingsbedingen
windturbines, 573–575
wisselende canon, 333, 336, 338n76, 339, 341–343, 345, 347–348, 606
. *zie ook* canonherzieningen
Wissink, M.H., 184–185, 199n133, 208n170, 212–213, 214n202, 218n225, 222n237, 352, 376, 434, 435–436
Wolff, H.W. de, 5n19, 403n310, 460n513

Wolterbeek Muller, J., 338
Wolters, P.T.J., 281n120, 401n301
wonen, erfpacht voor bestemming, 8–13
. *zie ook* MGE-constructies; woningcorporaties
woningcorporaties
en erfpacht, 8–9, 11–12
erfpachtuitgiftes van, 201–204, 311n236, 535, 549–555, 584
woningverbetering, 301–302
Woningwet (2015), 12n58, 299
WOZ-waarde, 283, 329n41, 453, 457–458

Zaandam (gemeente), 336, 339
zakelijke rechten
als bron van verbintenissen, 64
en canonverplichting, 50–51, 52, 54–56, 58, 59, 61, 65–67, 107, 115–117, 118–119, 320, 517
en erfpachtverhoudingen, 19, 49–51
en persoonlijke rechten
tussenvormen van, 53–54, 67–68
verschillen tussen, 19n106, 32–33, 63, 68
relativering van, 33–36
als samengestelde rechtsverhoudingen, 62–63
verbintenissen uit beperkt recht als, 78
en verbintenissenrecht, 46, 49–54, 65, 74, 114–115, 158–159
zakelijke rechtsvorderingen, 54–58, 115–119, 125–127
Zaltbommel, 116–118
Zandvoort (gemeente), 409–411, 414, 565–566
Zeeland, 109–110
zelfbewoningsplicht, 201–203, 535, 549–556
zelfbouwkavels, 209–212, 536
zelfregulering, in erfpachtverhoudingen, 241, 329, 366, 635, 642, 658–661
Zoetermeer (gemeente), 303
zorgplicht, van erfverpachters, 389, 397, 399, 466, 618
zorgvuldigheidsbeginsel, 305, 391–392, 399, 580
Zuiderbad-arrest, 483–484, 612
zwarte lijst. *zie* Burgerlijk Wetboek (Nieuw), art 6:236
Zwijndrecht (gemeente), 614

Curriculum vitae

Jacqueline Broese van Groenou

1957	Geboren te Leiden
1979	Documentalist, Algemene Reclasseringsvereniging, Den Bosch
1992	Doctoraalexamen Scandinavische taal- en letterkunde (cum laude), UvA
1992	Researchmedewerkster Scandinavië, A. Gerits & Son, Martinus Nijhoff International
1994	Promovenda, Centrum voor Promotieonderzoek, KU Nijmegen
2001	Informatiespecialist, Vereniging Nederlandse Gemeenten, Den Haag
2005	Kennismanager, Stichting het Juridisch Loket, Utrecht
2009	Bachelordiploma Nederlands recht, OU
2012	Masterdiploma Nederlands recht (cum laude), OU
2012	Buitenpromovenda, Faculteit Rechtswetenschappen, OU
2012	Advocaat, Corten De Geer Advocaten, Amsterdam
2018	Ambtelijk secretaris, Commissie Governancecode Woningcorporaties
2018	Onderzoeker, Vakgroep privaatrecht, OU

Serie-overzichten RECHT EN PRAKTIJK

Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht
Onder redactie van prof.mr. R.P.J.L Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp
CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden – 6e druk
CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten
CA6. P.S. Bakker, Redelijkheid en billijkheid als gedragsnorm
CA7. F.A. van Tilburg, Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid
CA8. B.M. Paijmans, De zorgplicht van scholen
CA9. R.I.V.F. Bertrams, S.A. Kruisinga, Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag – 6e druk
CA10. R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband
CA11. E.A.L. van Emden, M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid
CA12. M.M. van Rossum, P.H.L.M. Kuypers (red.), Garanties in de rechtspraktijk
CA13. F.J.L. Kaptein, J.G. Knot, R. Koolhoven, D.F. Kopalit, E.F. Verheul, F.M.J. Verstijlen, Het internationale eigendomsvoorbehoud
CA14. J.E. van de Bunt, Het rampenfonds
CA15. L. Leber, De patronaatsverklaring
CA16. H.E. Urlus, T. Charatjan, J. Christ, De agentuurovereenkomst – 2e druk
CA17. R. Hage, Handhaving van privaatrecht door toezichthouders
CA18. A. Kolder, Aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker
CA19. J.M. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken
CA20. J.E. Brink-van der Meer, Accountantsaansprakelijkheid

Recht en Praktijk Financieel Recht
Onder redactie van prof.mr. D. Busch, dr.mr. F.M.A. 't Hart en prof.mr. V.P.G. de Serière
FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie
FR2. G.R. Boshuizen, B.H. Jager, Verzekerd van toezicht – 2e druk
FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld
FR4. E.L.A. van Emden, E.A.L. van Emden, Bankgarantie – 7e druk
FR5. K. Frielink, M. van Eersel, Toezicht trustkantoren in Nederland – 2e druk
FR6. L.J. Silverentand, F.W.J. van der Eerden (red.), Hoofdlijnen Wft, - 4e druk
FR7. R.E. van Esch, Giraal betalingsverkeer / Elektronisch betalingsverkeer – 3e druk
FR8. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten – 2e druk
FR9. E. van den Ing, Markttoegang financiële dienstverleners Wft
FR10. K.A. Kralj, De prospectusplicht

FR11. M. van Eersel, Handhaving in de financiële sector
FR12. J. Diamant, De Collateral Richtlijn
FR13. N. Lavrijssen, Verzekering verzekerd?
FR14. R.E. van Esch, De financiëledienstverlener online
FR15. J.P. Franx, Prospectusaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en contract
FR16. R. Knopper, Toegankelijkheid, ADR en effectendienstverlening
FR17. C.A. Oudshoorn, Grensoverschrijdend bankbeslag op geldvorderingen
FR18. R.M.I. Lamp, M. Nelemans (red.), Handboek Handel met voorwetenschap

Recht en Praktijk – Informatie en Communicatietechnologie
ICT1. J. Borking, Privacyrecht is code
ICT2. H. Struik, P.C. van Schelven, W.A.J. Hoorneman, Softwarerecht
ICT3. E.W. Verhelst, Recht doen aan Privacyverklaringen
ICT4. S. van der Hof, A.R. Lodder, G.J. Zwenne (red.), Recht en computer
ICT5. A.G. Awesta, De Grondslagen van de Cyberspace

Recht en Praktijk – Insolventierecht
Onder redactie van prof.mr. B. Wessels, mr.dr. R.J. de Weijs en mr.drs. C.M. Harmsen
InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies
InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk
InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht
InsR4. P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en insolventierecht – 2e druk
InsR5. A.J. Noordam (red.), Schuldsanering (ex-)ondernemers
InsR6. B.J. Engberts, Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht
InsR7. J.A.A. Adriaanse, D.H. van Offeren, J.I. van der Rest (red.), Turnaround Management
InsR8. S. Renssen, De herijking van het faillissementsrecht. De pijler fraudebestrijding
InsR9. B.P.A. Santen, A. de Bos, J.M.J. Blommaert, Financiële economie voor insolventieadvocaten
InsR10. K.A. Messelink, R. van den Bosch, Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen
InsR11. A. Karapetian, Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen

Recht en Praktijk – Intellectuele Eigendom
IE1. S.J. Schaafsma, Intellectuele eigendom in het conflictrecht
IE2. J.H. Spoor, D.W.F. Verkade en D.J.G. Visser, Auteursrecht. Auteursrecht, portretrecht, naburige rechten en databankenrecht – 4e druk

Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht
Onder redactie van prof.mr. W.J.M. van Veen en mr. J.A.M. ten Berg
ONR1.W.J.M. van Veen, J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)
ONR2. H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid – 5e druk
ONR3. W.J.M. van Veen (red.), De Europese naamloze vennootschap (SE) – 2e druk
ONR4. F.K. Buijn, P.M. Storm, Ondernemingsrecht. BV en NV in de praktijk
ONR5. M.Y. Nethe, Ontbinding en vereffening van rechtspersonen
ONR6. W.W. de Nijs Bik, De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance
ONR7. W.J.M. van Veen, M.P. Bongard, Grensoverschrijdende juridische fusies. De verschillende grondslagen, mogelijkheden en beperkingen
ONR8. A.J.S.M. Tervoort, Het Nederlandse personenvennootschapsrecht

ONR9. R. Abma, D.P. van Kleef, N. Lemmers, M. Olaerts, De algemene vergadering van Nederlandse beursvennootschappen
ONR10. K. Frielink, Kort begrip van het Nederlands Caribisch Rechtspersonenrecht

Recht en Praktijk – Personen- en Familierecht
PFR1. L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding
PFR2. B. Breederveld, De aangepaste gemeenschap van goederen in verband met echtscheiding
PFR3. Th.M. de Boer, F. Ibili, Nederlands internationaal personen- en familierecht - Wegwijzer voor de rechtspraktijk – 2e druk
PFR4. J.A.M.P. Keijser, Handleiding bij scheiding
PRF5. P.A.W. Kuijper, Een nieuwe visie op afstamming

Recht en Praktijk – Staats- en bestuursrecht
SB1. M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel
SB2. Willem Braams, Arjen van Rijn, Martijn Scheltema (red.), Klimaat en recht
SB3. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure – 6e druk
SB4. R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht
SB5. J.H.G. van den Broek, Omgevingsrecht
SB6. J.E. van den Brink, De uitvoering van Europese subsidieregelingen
SB7. J.A.M. van Angeren, De gewone rechter en de bestuursrechtspraak – 6e druk
SB8. J.E.F.M. den Drijver-van Rijckevorsel, M. Rus-van der Velde, A.W. van Engen, F.A. Mulder, Onteigening

Recht en Praktijk – Vastgoedrecht
VG1. B.A.M. Janssen, Wie heeft de leiding?
VG2. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht
VG3. M.F.A. Evers, Huurrecht bedrijfsruimten
VG4. H.J. Rossel, Huurrecht algemeen
VG5. D.L. Rodrigues Lopes, Eigendom en beperkte rechten – 2e druk
VG6. D.L. Rodrigues Lopes, Landinrichting – 2e druk
VG7. A. van Heeswijck, Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures
VG8. E.H.M. Swaneveld-Bakelaar, De huur van ongebouwde onroerende zaken: een leemte in de wet
VG9. S.J.L.M. van Bergen, Zekerheid voor de vastgoedfinancier
VG10. J. Broese van Groenou De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter

Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht (voorheen Serie Verzekeringsrecht)
Onder redactie van prof.mr. N. van Tiggele-van der Velde, prof.mr. J.H. Wansink,
mr. S.Y.Th. Meijer en mr. N. Vloemans
VR1. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van elektronisch verzekeren
VR2. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen, J.G.J. Rinkes, Verzekeringsrecht – 5e druk
VR3. W.M.A. Kalkman, De overeenkomst van levensverzekering – 3e druk
VR4. N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op 10 jaar 'nieuw' verzekeringsrecht
VR5. E.J. Wervelman, De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering – 3e druk
VR6. S.Y.Th. Meijer, N. van Tiggele-van der Velde, N. Vloemans, J.H. Wansink (red.), Zicht op toezicht in de verzekeringssector

Recht en Praktijk - Verschenen delen onder redactie van prof.mr. R.P.J.L. Tjittes
1. Bedrijfsopvolging in de middenstand
2. Bedrijfsopvolging in de landbouw

3. Opvolging in het vrije beroep
4. Familierechtelijke betrekkingen
5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand
6. Bouw- en woningrecht
6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed
6b. Huurrecht bedrijfsruimten
6c. Huurprijzenwet woonruimten
7a. Zekerheidsrechten (hypotheek)
7b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht)
8. Wet op het consumentenkrediet
9. De Kamers van Koophandel in de praktijk
10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)
11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht, mandeligheid, erfdienstbaarheden
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag
16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surséance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam
29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte
35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van produkten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW
57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derden-bescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve akties in het privaatrecht

82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in de praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten
92. Contracteren in de internationale praktijk/ Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/ Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen
142. Mobiliteit van goederen in het IPR
143. Algemene voorwaarden
144. Contractsoverneming
145. Onrechtmatige overheidsbesluiten
146. De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht
147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)
148. Gewogen rechtsmacht in het IPR
149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten
150. Toegang tot het recht bij massaschade
151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming
152. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden
153. Levering van roerende zaken
154. De afkoelingsperiode in faillissement
155. Huurrecht algemeen

156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht
157. De kwaliteitsrekening
158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen
159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht
160. Wsnp en goede trouw
161. Conformiteit bij koop
162. De bevrijdende verjaring
163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging
164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige
165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure
166. De gewone rechter en de bestuursrechtspraak
167. De grenzen van het recht op nakoming
168. Sport en Mededingingsrecht
169. Van geschil tot oplossing
170. Bedrijfsovername en milieurecht
171. De Wbp en de vennootschap
172. Onrechtmatige wetgeving
173. Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden
174. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht

Dit boek behandelt de vraag hoe de rechtsbetrekking tussen de eigenaar van een perceel grond, de erfverpachter, en de gebruiker van die grond, de erfpachter, juridisch gekwalificeerd moet worden en of, en zo ja onder welke omstandigheden, sprake kan zijn van relativering van de goederenrechtelijke rechtsverhouding. Na een overzicht van de opvattingen van de wetgever, de doctrine en de rechtspraak over de rechtsverhouding in de loop van de tijd wordt aan de hand van recente rechtspraak uitvoerig besproken in welke gevallen het verbintenissenrecht van toepassing kan zijn op kwesties die veelvuldig tot geschillen leiden. Het toestemmingsvereiste bij erfpacht, verschillende vormen van canonherziening en van beëindiging van erfpachtrechten worden in kaart gebracht. Indien sprake is van een beding opgenomen in algemene erfpachtvoorwaarden wordt tevens aandacht besteed aan een interpretatie conform de algemene voorwaardenregeling en de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten.

Open Universiteit
www.ou.nl

verkrijgbaar als e-book
www.wolterskluwer.nl/e-books

www.wolterskluwer.nl

9 789013 153347

Vastgoedrecht

VG10

Wolters Kluwer