

ECLI:NL:GHARL:2017:8437

| | |
|----------------------|---|
| Instantie | Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden |
| Datum uitspraak | 19-09-2017 |
| Datum publicatie | 28-09-2017 |
| Zaaknummer | 200.139.113/01 |
| Rechtsgebieden | Civiel recht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep |
| Inhoudsindicatie | <p>Het hof heeft in een eerder tussenarrest ambtshalve de vraag opgeworpen of een beding in de tussen partijen geldende erfpachtvoorwaarden, oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13. Aan partijen is gelegenheid geboden zich daarover uit te laten.</p> <p>Door Staatsbosbeheer is aangevoerd dat het betreffende beding niet valt onder het toepassingsbereik van de richtlijn, dat sprake van een kernbeding dat zich aan toetsing op oneerlijkheid onttrekt, dat geen sprake is van een oneerlijk dan wel onredelijk bezwaren beding en ten slotte dat zelfs zo als sprake is van een oneerlijk beding dat vernietigd wordt, appellant daardoor geen schade heeft geleden.</p> <p>Het hof gaat op al deze vragen in, om te concluderen dat het beding vernietigd zal worden en dat Staatsbosbeheer aansprakelijk is voor de schade die appellant heeft geleden doordat Staatsbosbeheer zich op het beding heeft beroepen.</p> |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl RVR 2017/109 AR 2017/5052 |

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Leeuwarden

afdeling civiel recht, sector handel

zaaknummer gerechtshof 200.139.113/01

(zaaknummer rechtbank Overijssel C/07/201648 / HZ ZA 12-218)

arrest van 19 september 2017

in de zaak van

1 [appellant] ,

2. [appellante]

beiden wonende te Spanje en in deze zaak woonplaats kiezend te [A] ,
appellanten,

in eerste aanleg: eisers in conventie en verweerders in reconventie,

hierna: **[appellanten] c.s.,**

advocaat: mr. J.A.M. van de Sande, kantoorhoudend te Rotterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

Staatsbosbeheer

zetelend te Driebergen-Rijsenburg, mede kantoorhoudend te Deventer,

hierna: **Staatsbosbeheer,**

geïntimeerde,

in eerste aanleg: gedaagde in conventie en eiseres in reconventie,

advocaat mr. F. Sepmeijer kantoorhoudend te Den Haag.

1 Het verdere verloop van de procedure in hoger beroep

1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 22 september 2015 over en handhaaft die.

1.2 Na het tussenarrest is door beide partijen een akte genomen en hebben zij de zaak schriftelijk bepleit.

1.3 Vervolgens hebben partijen de stukken opnieuw overgelegd voor het wijzen van arrest en heeft het hof arrest bepaald.

2 De verdere beoordeling

2.1 Inleiding

2.1.1 In zijn tussenarrest van 22 september 2015 heeft het hof geoordeeld dat artikel 10 van de erfpachtvoorwaarden valt binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn 93/13/EEG van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn). Het Hof zag zich daarmee geplaagd voor de vraag of deze bepaling een oneerlijk beding is in de zin van de richtlijn. De beantwoording van die vraag viel naar het oordeel van het hof binnen de

grenzen van de rechtsstrijd van partijen. Het hof heeft vervolgens overwogen dat naar zijn voorlopig oordeel artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden (hierna ook: het beding) een oneerlijk beding is in de zin van de richtlijn. Het hof heeft voorts geoordeeld dat de erfpachtvoorwaarden dienen te worden beschouwd als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 e.v. BW en dat het beding getoetst moet worden aan de open norm van artikel 6:233, aanhef en onder a BW. Aan partijen is gelegenheid geboden zich uit te laten over die voorlopige oordelen en de consequenties daarvan voor de onderhavige procedure.

- 2.1.2 In de vervolgens gewisselde stukken zijn door partijen de volgende punten aan de orde gesteld:
- a. het beding valt (niet) binnen het toepassingsgebied van de richtlijn;
 - b. het beding is een kernbeding dat niet voor (ambtshalve) toetsing in aanmerking komt;
 - c. de vraag of artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden een oneerlijk beding is, valt niet binnen de grenzen van de rechtsstrijd;
 - d. artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden is geen oneerlijk beding in de zin van de richtlijn;
 - e. artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden is niet een onredelijk bezwarend beding in de zin van artikel 6:233 BW;
 - f. zo er al sprake is van een oneerlijk c.q. onredelijk bezwarend beding, dan leidt dit niet tot schadeplechtigheid van Staatsbosbeheer.

- 2.1.3 Het hof gaat in het onderstaande op de onder 2.1.2 genoemde punten in. Aan de hand van de daarbij te geven oordelen zal het hof vervolgens het hoger beroep beoordelen.

2.2 Ad a. Het toepassingsgebied van de richtlijn

- 2.2.1 De verplichting tot ambtshalve toetsing van oneerlijke bedingen vloeit volgens vaste rechtspraak van het HvJ EU voort uit de Richtlijn oneerlijke bedingen (zie onder meer HvJEU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2099, NJ 2015/53 (Banco Bilbao) en HvJ EU 4 juni 2015, ECLI:EU:C:2015:357 (Faber/Hazet Ochten)) en de Hoge Raad (HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1866, NJ 2016/439). Die verplichting ziet op gevallen die vallen binnen het toepassingsgebied van de Richtlijn. De rechter moet, indien deze over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt om te vermoeden dat een overeenkomst onder het bereik van de Richtlijn valt daarnaar onderzoek doen (HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274).
- 2.2.2 De Richtlijn ziet op oneerlijke bedingen in overeenkomsten tussen een verkoper en een consument (artikel 1 lid 1 Richtlijn), die zijn gesloten na 31 december 1994 (artikel 10 lid 1 Richtlijn). Het gaat daarbij om bedingen waarover tussen partijen niet afzonderlijk is onderhandeld (artikel 3 lid 1 Richtlijn). Daarmee wordt in de richtlijn met consumenten bedoeld "iedere natuurlijke persoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen" (artikel 2 onder b Richtlijn) en met verkopers "iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit" (artikel 2 onder c Richtlijn).
- 2.2.3 Aan al deze voorwaarden wordt in de onderhavige zaak voldaan waarbij Staatsbosbeheer heeft te gelden als verkoper en [appellanten] c.s. als consument in de zin van de richtlijn. Uit de stellingen van partijen volgt dat de overeenkomst is gesloten na 31 december 1994 en gesteld noch gebleken is dat over artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden afzonderlijk is onderhandeld.
- 2.2.4 De conclusie dient daarom te zijn dat artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden valt onder het toepassingsgebied van de richtlijn zodat het hof het nationale recht richtlijnconform zal dienen uit te leggen (HvJEG 4 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:443, NJ 2006/593 (Adeneler); HvJ EG 23 april 2009, AB 2009/195 en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389), in dit geval gaat het om de uitleg van artikel 6:233 sub a BW.

2.3 Ad b. Wel of geen kernbeding

2.3.1 Voor het antwoord op de vraag of artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden een zogenoemd kernbeding is dat aan de toetsing op het oneerlijke karakter daarvan is onttrokken, is in artikel 4 lid 2 van de richtlijn een kernbeding omschreven als een bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst. Het Hof van Justitie EU heeft dit als volgt uitgewerkt. Wat in het concrete geval een kernbeding is, is overgelaten aan de nationale rechter. Op grond van de richtlijn moet de nationale rechter het begrip stringent uitleggen, omdat de kwalificatie als kernbeding het betreffende beding onttrekt aan de in de Richtlijn beoogde bescherming van de consument. Het moet gaan om een beding dat de kern van de prestaties betreft en de overeenkomst als dusdanig kenmerkt. De rechter dient daarbij rekening te houden met de aard, de algehele opzet en alle voorwaarden van de erfpachtregeling tussen partijen. Daarbij vallen bedingen die een aanvulling op de bedingen die de kern van de contractuele verhouding bepalen, niet onder het begrip eigenlijke voorwerp van de overeenkomst (HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, RvdW 2014/808 (Kasler/Jelzálogbank) en HvJ EU 23 april 2015, ECLI:EU:C:2015:262 (Van Hove)).

2.3.2 In de onderhavige zaak gaat het om een erfpachtovereenkomst. De kernprestaties die daarbij tegenover elkaar staan, zijn het verlenen van een erfpachtrecht en het daarvoor periodiek betalen van een vergoeding (canon). Artikel 10 lid 3 van die voorwaarden heeft weliswaar betrekking op de betaling van die vergoeding maar zij bepaalt niet het bestaan van die verplichting als zodanig. Zij vormt daarop slechts een aanvulling doordat zij voor een specifiek geval, te weten als de erfpachter zijn recht wenst over te dragen aan een derde, bepaalt dat de hoogte van de canon kan worden aangepast. In het licht van de hiervoor genoemde jurisprudentie is daarmee van een bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst in de zin van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn geen sprake. Het standpunt dat sprake is van een kernbeding dient daarom te worden verworpen, zodat het beding niet op grond daarvan is onttrokken aan de toetsing op het oneerlijke karakter daarvan.

2.4 Ad c. De grenzen van de rechtsstrijd

2.4.1 Staatsbosbeheer heeft betoogd dat het hof door het mogelijk oneerlijke karakter van artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden aan de orde te stellen, is getreden buiten de grenzen van de rechtsstrijd. Daartoe voert zij - samengevat - aan dat [appellanten] c.s. in hun grieven niet hebben aangevoerd dat artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden een oneerlijk of kennelijk onredelijk beding is. [appellanten] c.s. vorderen slechts een verklaring voor recht dat de door Staatsbosbeheer op of omstreeks 13 juli 2009 gestelde voorwaarde aan een verkoop van het erfpachtrecht, inhoudende een verhoogde canon van 18.956,25 per jaar (artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden), onrechtmatig is jegens hen en dat Staatsbosbeheer om die reden schadeplichtig is jegens [appellanten] c.s. Het hof overweegt dienaangaande het volgende.

2.4.2 De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets) overwogen dat volgens de rechtspraak van het HvJ EU de richtlijnbevestigingen op één lijn moeten worden gesteld met bepalingen die naar nationaal recht hebben te gelden als bepalingen van openbare orde. Volgens het Nederlandse appelprocesrecht dient de rechter recht van openbare orde in beginsel ook toe te passen buiten het door de grieven ontsloten gebied, met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen dient te respecteren.

2.4.3 Die situatie doet zich hier voor. Staatsbosbeheer voert op zich terecht aan dat [appellanten] c.s. in hun grieven niet aan de orde stellen dat artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden een oneerlijk karakter heeft. In zoverre treedt het hof buiten het door de grieven ontsloten gebied. Het door de grieven ontsloten gebied kan echter niet worden vereenzelvigd met de grenzen van de rechtsstrijd (HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340, RvdW 2016/362 (Ebecsek/Trudo)).

2.4.4 In het onderhavige geding is, zowel in hoger beroep als in eerste aanleg, de kern van de discussie dat Staatsbosbeheer zich ten onrechte beroept op artikel 10 lid 3 van de

erfpachtvoorwaarden. [appellanten] c.s. noemen dat onrechtmatig en verwijzen daarnaast naar de werking van redelijkheid en billijkheid als uitgewerkt in artikel 6:2 en 6:248 BW. Waar de discussie in de kern op neer komt is echter dat aan Staatsbosbeheer (geen) beroep toekomt op artikel 10 lid 3, terwijl zij daaraan wel heeft vastgehouden. De vraag naar het oneerlijke karakter van artikel 10 lid 3 en daarmee de omstandigheid dat aan Staatsbosbeheer daarop geen beroep toekomt, ligt derhalve geheel binnen de grenzen van de aldus gegeven rechtsstrijd. Het staat het hof daarmee niet alleen vrij om ambtshalve dat beding op de (on)eerlijkheid daarvan te toetsen, hij is daartoe ook gehouden. Ook in dit opzicht faalt het betoog van Staatsbosbeheer.

2.5 Ad d. en e. Oneerlijkheid c.q. onredelijke bezwarendheid van artikel 10 lid 3

- 2.5.1 De vraag naar het oneerlijke karakter en de vraag naar het onredelijk bezwarende karakter van artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden lenen zich voor gezamenlijke beoordeling. De onredelijke bezwarendheid van algemene voorwaarden is immers geregeld in artikel 6:233 e.v. BW, terwijl deze bepalingen in deze zaak richtlijnconform moeten worden uitgelegd (HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2435, NJ 1998/6 (Assoud)). Dit houdt in dat de nationale rechter het nationale recht zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 288 (derde alinea) VWEU te beantwoorden.
- 2.5.2 Voor de beantwoording van de vraag of een beding oneerlijk is, is in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn bepaald dat *"een beding in een overeenkomst waarover niet afzonderlijk is onderhandeld, 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"*. Op grond van art. 4 lid 1 van de Richtlijn worden voor de beoordeling van dat oneerlijke karakter in aanmerking genomen alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten, rekening houdend met de aard van de goederen of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft.
- 2.5.3 De Hoge Raad heeft dienaangaande overwogen dat moet worden nagegaan of door de betreffende bepaling een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst van partijen voortvloeiende rechten en verplichtingen wordt veroorzaakt ten nadele van de consument, met name doordat als gevolg van dit beding diens uit de wettelijke bepalingen voortvloeiende rechtspositie in daartoe voldoende ernstige mate wordt aangetast. Daarbij is in het bijzonder van belang of door dat beding een onevenredig hoge vergoeding wordt opgelegd aan de consument die zijn verbintenissen niet nakomt. Deze beoordeling dient plaats te vinden naar het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst, waarbij dient te worden gezien welke gevolgen het beding voor de consument kan hebben (HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, JOR 2017/164).
- 2.5.4 Het HvJ heeft deze toets in iets andere bewoordingen als volgt verwoord (HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60, RCR 2017/29 (Banco Primus/Garcia)):
"Bij het onderzoek of een beding van een consumentenovereenkomst mogelijk oneerlijk is, moet worden nagegaan of dat beding een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de contractpartijen veroorzaakt ten nadele van de consument. Dat onderzoek moet worden verricht in het licht van de nationale regels die van toepassing zijn bij gebreke van afspraken tussen de partijen, de middelen waarover de consument volgens de nationale regeling beschikt om een einde te maken aan het gebruik van dat soort bedingen, de aard van de goederen of de diensten waarop de overeenkomst in kwestie betrekking heeft en alle omstandigheden rond de sluiting van die overeenkomst"
- 2.5.5 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.

- 2.5.6 Waar het in deze zaak om gaat is dat de erfverpachter inbreuk kan maken op de in beginsel vrije bevoegdheid van de erfpachter om zijn erfpacht over te dragen aan een derde. In artikel 5:91 lid 1 BW is daartoe onder meer bepaald: *"In de akte van vestiging kan worden bepaald dat de erfpacht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen of toegedeeld. ()"*. De eigenaar is in beginsel bevoegd aan de overdracht zijn toestemming te onthouden, mits dat schriftelijk is vastgelegd in de vestigingsakte.
- 2.5.7 Aan die op zich ruime bevoegdheid wordt in artikel 5:91 lid 4 een grens gesteld: *"Indien de eigenaar de vereiste toestemming zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, kan zijn toestemming op verzoek van degene die haar behoeft, worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin de zaak of het grootste gedeelte daarvan is gelegen."*
- 2.5.8 Daarmee heeft de wetgever een contractueel evenwicht gegeven tussen de belangen van enerzijds de erfverpachter en anderzijds die van de erfpachter. Met betrekking tot dit evenwicht werd bij de totstandkoming van artikel 5:91 BW overwogen: " dat een vervreemdingsverbod, speciaal bij de landelijke erfpacht, nuttig kan zijn." Daarbij werd overwogen dat de vrije circulatie van goederen niet al te zeer belemmerd moet worden. Het vereiste van toestemming door de eigenaar werd daarbij vooral wenselijk geacht omdat "het gemeenten mogelijk moet worden gemaakt enige invloed te oefenen op de persoon van de opvolger. Het kan gemeenten niet onverschillig zijn, wie op industrieterreinen of in havengebieden als erfpachters gaan optreden." 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.
- 2.5.9 In de onderhavige zaak is in artikel 10 lid 1 van de erfpachtvoorwaarden uitvoering gegeven aan de in artikel 5:91 lid 1 BW aan de erfverpachter toe te kennen verbodsmogelijkheid. In artikel 10 lid 1 is onder meer bepaald: *"Indien de erfpachter de erfpacht geheel of gedeeltelijk wil overdragen (), dient hij zich ten einde daarvoor toestemming te kunnen verkrijgen tot het regiohoofd Staatsbosbeheer of de voor hem in de plaats komende functionaris te wenden middels aangetekend schrijven."*
- 2.5.10 Tegen deze bevoegdheid van de erfverpachter wordt de erfpachter beschermd door de regeling in artikel 5:91 lid 4 BW. Op grond daarvan kan de erfpachter aan de kantonrechter een de toestemming vervangende machtiging vragen als de eigenaar (de erfverpachter) zonder redelijke gronden zijn toestemming tot overdracht weigert.
- 2.5.11 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. Het economisch effect van die voorwaarde laat zich in de onderhavige zaak als volgt omschrijven. Bij het achterwege blijven van overdracht van de erfpacht zou de jaarlijkse canon van 13.750,- ten tijde van de gevraagde toestemming (9 maart 2009) nog doorlopen tot 18 maart 2023, dat wil zeggen nog veertien jaar, zij het met een jaarlijkse indexering. Aan de overdracht stelt Staatsbosbeheer de voorwaarde dat de jaarlijkse canon wordt verhoogd tot 18.956,25 (eveneens met jaarlijkse indexering). Daarmee valt Staatsbosbeheer gedurende veertien jaar een aanmerkelijk voordeel in de schoot dat (zonder contant maken daarvan) neerkomt op $14 \times (18.956,25 - 13.750,-) = 72.887,50$, welke voordeel haar zonder overdracht door [appellanten] c.s. niet zou zijn toegekomen. Voor [appellanten] c.s. had de hogere canon daartegenover een waarde drukkend effect op de

verkoopprijs van zijn erfpachtrecht.

2.5.12 Uiteraard had Staatsbosbeheer de voorwaarde tot het aanpassen van de hoogte van de canon wegens overdracht kunnen stellen zonder artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden. Artikel 5:91 lid 1 BW in samenhang met artikel 10 lid 1 erfpachtvoorwaarden zouden ook dan immers die mogelijkheid geven. In dat geval had de Kantonrechter deze voorwaarde echter op de voet van artikel 5:91 lid 4 BW kunnen toetsen op haar redelijkheid. Door op voorhand in de erfpachtvoorwaarden te bedingen dat de hier bedoelde voorwaarde *in ieder geval* mogelijk was, werd beoogd deze te onttrekken aan de toetsing daarvan door de Kantonrechter. Daarmee wordt het contractuele evenwicht tussen erfverpachter en erfpachter zoals dat voortvloeit uit de wet, door artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden, in ernstige mate verstoort. Dit terwijl de genoemde bevoegdheid, gezien de wetsgeschiedenis, niet is gegeven als instrument om gemaakte prijsafspraken te doorbreken en tot gevolg heeft dat Staatsbosbeheer een substantieel voordeel in de schoot geworpen krijgt en [appellanten] c.s. een substantieel nadeel lijden.

2.5.13 De onevenwichtigheid van artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden vloeit mede daaruit voort dat het aan Staatsbosbeheer vrijstond al dan niet een beroep te doen op aanpassing van de canon. In geval van een lagere marktwaarde van de canon kon Staatsbosbeheer daarmee afzien van het aanpassen van de hoogte van de canon voor de nieuwe erfpachter. Daarmee had Staatsbeheer een voorwaarde met verstrekkende financiële gevolgen voor beide partijen in handen, die slechts zou worden ingeroepen indien dit voor Staatsbosbeheer voordelig zou zijn.

2.5.14 Het antwoord op de vraag of de kantonrechter, indien artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden wordt weggedacht, de verhoging van de canon onredelijk zou hebben geoordeeld, is bij de vraag waarom het hier gaat niet aan de orde. Het gaat immers niet om de redelijkheid van de voorwaarde in de zin van artikel 5:91 lid 4 BW maar om vraag of de voorwaarde oneerlijk is in de zin van de Richtlijn. Dit geldt te meer nu in het kader van de beoordeling van de oneerlijkheid van het beding niet relevant is of het betreffende beding concreet is toegepast. Het Europese Hof heeft in dat verband overwogen dat teneinde de afschrikkende werking van artikel 7 van Richtlijn 93/13 te waarborgen, de bevoegdheden van de nationale rechter die vaststelt dat sprake is van een oneerlijk beding in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, niet kunnen afhangen van de vraag of dat beding al dan niet concreet wordt toegepast. Volgens het Europese Hof moet Richtlijn 93/13 aldus worden uitgelegd dat wanneer de nationale rechter heeft geconstateerd dat een beding in een consumentenovereenkomst oneerlijk is in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn, het feit dat dat beding niet tot uitvoering is gebracht op zichzelf de nationale rechter niet kan verhinderen alle passende consequenties aan dat oneerlijke karakter te verbinden (HvJ EU 11 juni 2015, (Banco Bilbao), C-602/13, (EU:C:2015:397) en HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60, RCR 2017/29 (Banco Primus/Garcia)).

2.5.15 De vraag of bij het wegdenken van artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden de achteraf in gelijke zin gestelde voorwaarde door de kantonrechter wel als redelijk zou zijn beoordeeld komt wel onder 2.6 aan de orde in het kader van de vraag of [appellanten] c.s., als gevolg van het beroep door Staatsbosbeheer op artikel 10 lid 3 erfpachtvoorwaarden, schade hebben geleden.

2.5.16 Nu het hof van oordeel is dat sprake is van een oneerlijk beding in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn zal het dit beding op grond van artikel 6:233 e.v. BW vernietigen. Staatsbosbeheer kon zich voor het weigeren van haar toestemming derhalve niet op artikel 10 lid 3 BW haar standpunten beroepen.

2.6 Ad f. Schadeplichtigheid?

[appellanten] c.s. vorderen in deze procedure een verklaring voor recht dat (kort gezegd) de door Staatsbosbeheer verbonden voorwaarde aan overdracht van de erfpacht, te weten een verhoging van canon tot 18.956,25 per jaar, onrechtmatig is jegens [appellanten] c.s., met veroordeling van Staatsbosbeheer tot schadevergoeding op te maken bij staat. In haar tegenvordering vordert

Staatsbosbeheer betaling door [appellanten] c.s. van achterstallige canon, te vermeerderen met de contractuele boete. De kantonrechter heeft de vorderingen van [appellanten] c.s. afgewezen en die van Staatsbosbeheer toegewezen.

2.6.1 Het hof gaat eerst in op de vraag of Staatsbosbeheer door aan het verlenen van haar toestemming de voorwaarde van een hogere canon te verbinden onrechtmatig heeft gehandeld jegens [appellanten] c.s. De enkele omstandigheid dat het hof artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden heeft vernietigd, is daartoe onvoldoende. Staatsbosbeheer kon in dat geval immers ook op grond van artikel 5:91 lid 1 BW in samenhang met artikel 10 lid 1 van de erfpachtvoorwaarden haar toestemming onthouden onder de voorwaarde dat zij slechts akkoord ging als de hoogte van de canon zou worden aangepast.

2.6.2 De vraag is of de kantonrechter vervolgens in een procedure op grond van artikel 5:91 lid 4 BW het onthouden van toestemming onder die voorwaarde als onredelijk zou hebben beoordeeld. Bij die beoordeling dienen de wetsgeschiedenis betreffende artikel 5:91 BW en de economische effecten van de gestelde voorwaarde te worden betrokken. Het hof verwijst naar zijn overwegingen onder 2.5.8 tot en met 2.5.13 en beschouwt die overwegingen als hier herhaald. 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. Aannemelijk is dat de kantonrechter de voorwaarde als onredelijk terzijde zou hebben gesteld. Staatsbosbeheer heeft aangevoerd (maar niet nader onderbouwd) dat de omstreden voorwaarde gebruikelijk is in erfpachtverhoudingen. Dit maakt echter het vorenstaande niet anders.

2.6.3 Het Hof gaat voorbij aan het verweer dat [appellanten] c.s. de gestelde voorwaarde niet daadwerkelijk op grond van artikel 5:91 lid 4 BW aan de kantonrechter hebben voorgelegd. Die rechtsgang lag doordat Staatsbosbeheer zich uitdrukkelijk beriep op artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden minder voor de hand nu, zoals het hof hiervoor heeft overwogen, deze bepaling tot strekking had de gestelde voorwaarde aan het redelijkheidsoordeel van de kantonrechter te onttrekken (zie onder 2.5.11 en 2.5.12). In haar brief van 13 juli 2009 aan [appellanten] c.s. (productie IV bij inleidende dagvaarding) schrijft Staatsbosbeheer onder meer: *"Op basis van het bepaalde in artikel 10 lid 3 van het onderliggende erfpachtcontract heeft Staatsbosbeheer de mogelijkheid om aan de toestemming voor overdracht van het erfpachtrecht in het ieder geval de voorwaarde te verbinden dat de canon op een actueel peil gebracht wordt alvorens tot overdracht wordt overgegaan."*

2.6.4 Daarmee staat in rechte is vast dat Staatsbosbeheer geen beroep toekwam op artikel 10 lid 3 van de erfpachtvoorwaarden en dat de voorwaarde die zij verbond aan het verlenen van haar toestemming als onredelijk in de zin van artikel 5:91 lid 4 BW dient te worden aangemerkt. Staatsbosbeheer heeft, zoals het hof hiervoor al overwoog, op zich terecht aangevoerd dat de vernietiging van artikel 10 lid 3 als zodanig haar niet zonder meer schadeplechtig maakt. Staatsbosbeheer verliest daarmee echter uit het oog dat in het licht van die vernietiging voor haar een deugdelijke grond ontbrak om haar toestemming te onthouden aan de overdracht van de erfpacht. Het toch onthouden van die toestemming is onrechtmatig jegens [appellanten] c.s. en uit hoofde daarvan is Staatsbosbeheer in beginsel schadeplechtig is jegens [appellanten] c.s. In zoverre slagen de grieven I en II.

2.6.5 Gezien het tijdsverloop sinds 2009 ligt verwijzing naar een schadestaatprocedure niet voor de hand. Het hof wenst nadere informatie aangaande de standpunten van partijen met betrekking tot hun schade. [appellanten] c.s. hebben in de stukken tot dusver aangevoerd dat hun schade bestaat in een waardevermindering van de woning en de omstandigheid dat zij langer dan gewenst moesten doorgaan met de betaling van de canon. Met dat laatste hangt grief III samen. Enerzijds heeft Staatsbosbeheer terecht opgemerkt dat de onderbouwing van hun schade door

[appellanten] c.s. gering is, anderzijds is aannemelijk dat de verkoopwaarde van een woning door een aanmerkelijk hogere canon afneemt.

2.6.6 Het hof zal een comparitie van partijen gelasten voor overleg over de vraag of en hoe doorgeprocedeerd moet worden over de schade. Het hof draag [appellanten] c.s. op ter voorbereiding op een comparitie eerst binnen vier weken schriftelijk en gedocumenteerd aan het hof en Staatsbosbeheer een schadeopstelling te doen toekomen, waarop Staatsbosbeheer binnen twee weken na ontvangst van die schadeopstelling kunnen reageren. Op de vervolgens te houden comparitie kunnen beide partijen reageren op de aldus gewisselde stukken.

3 Slotsom

Het hof zal een comparitie van partijen bevelen overeenkomstig de rechtsoverwegingen 2.6.5 en 2.6.6. Voor het overige houdt het hof iedere beslissing aan.

4 Beslissing

het hof, rechtdoende in hoger beroep:

Het gerechtshof:

verwijst de zaak naar de rol van 14 november 2017 voor het nemen **door [appellanten] c.s.** van een akte met een gedocumenteerde schadeopstelling als genoemd onder 2.6.5 en 2.6.6 en het **door beide partijen** opgeven van verhinderdata betreffende de maanden januari 2018 tot en met maart 2018, voor het houden van een comparitie. Aan Staatsbosbeheer zal gelegenheid worden gegeven om binnen twee weken nadat door [appellanten] c.s. van akte is gediend (maar voorafgaand aan de comparitie) een antwoordakte te nemen;

bepaalt dat [appellanten] c.s. in persoon dienen te verschijnen en dat Staatsbosbeheer deugdelijk vertegenwoordigd dient te verschijnen welke vertegenwoordiger gemandateerd zal zijn tot het treffen van een regeling, voor het hierbij tot raadsheer-commissaris benoemde lid van het hof **mr. G. van Rijssen**, die daartoe zitting zal houden in het gerechtsgebouw, Schuurmanstraat 2 te Zwolle op een nader door deze te bepalen dag en tijdstip, om inlichtingen te geven en opdat kan worden onderzocht of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden;

bepaalt dat partijen de verhinderdagen van partijen en hun advocaten in de maanden januari 2018 tot en met maart 2018 zullen opgeven op de roldatum 14 november 2017 waarna dag en uur van de comparitie (ook indien voormelde opgave van een of meer van partijen ontbreekt) door de raadsheer-commissaris zullen worden vastgesteld;

bepaalt dat indien een partij ter comparitie nog een proceshandeling wenst te verrichten en/of producties in het geding wil brengen, zij ervoor dient te zorgen dat aan het hof en de wederpartij schriftelijk wordt meegedeeld wat de inhoud is van de ter comparitie te verrichten proceshandeling (voorzien van stukken) en indien een partij ter comparitie nog producties in het geding wenst te brengen dat zij daarvan goed leesbare afschriften aan het hof en de wederpartij dient over te leggen, in beide gevallen uiterlijk veertien dagen voorafgaand aan de zitting;

verstaat dat de advocaat van [appellanten] c.s. uiterlijk twee weken voor de verschijning zal plaatsvinden een kopie van het volledige procesdossier ter griffie van het hof doet bezorgen, bij gebreke waarvan de advocaat van Staatsbosbeheer alsnog de gelegenheid heeft uiterlijk één week voor de vastgestelde datum een kopie van de processtukken over te leggen.

Dit arrest is gewezen door mr. G. van Rijssen, mr. R.E. Weening en mr. J. Smit en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op dinsdag

19 september 2017.