

**Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-586  
(mr. R.J. Paris, voorzitter, mr. D.P.C.M. Hellegers, mr. dr. M.D.H. Nelemans, leden  
en mr. R.E. van Lambalgen, secretaris)**

Klacht ontvangen op : 24 februari 2020  
Ingediend door : Consument  
Tegen : Nationale-Nederlanden Bank N.V., gevestigd te Den Haag, verder te noemen de Bank  
Datum uitspraak : 16 juli 2020  
Aard uitspraak : Bindend advies  
Bijlage : Relevante bepalingen

## **Samenvatting**

Consument wil overstappen van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht. De Bank geeft hier alleen toestemming voor als er een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld. Consument is het hier niet eens. De Commissie overweegt als volgt. Het hypotheekrecht van de Bank rust op het voortdurende erfpachtrecht. Het is momenteel onzeker of het hypotheekrecht blijft bestaan bij een overstap naar eeuwigdurende erfpacht. Met haar eis dat er bij de overstap een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld, neemt de Bank het zekere voor het onzekere – en dat is naar het oordeel van de Commissie niet onaanvaardbaar.

## **I. Het procesverloop**

- 1.1 De Commissie beslist volgens haar Reglement en op basis van de stukken die beide partijen in deze procedure hebben ingebracht. Het gaat hier om: 1) het klachtformulier van Consument; 2) het verweerschrift van de Bank; 3) de repliek van Consument; en 4) de dupliek van de Bank.
- 1.2 De Commissie oordeelt dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.
- 1.3 De Commissie stelt vast dat partijen hebben gekozen voor bindend advies.

## **2. Het geschil tussen partijen**

*Wat is er gebeurd?*

- 2.1 Consument woont in Amsterdam. Hij heeft geen woning op eigen grond, maar heeft de grond in *erfpacht* gekregen van de gemeente Amsterdam. Hiervoor betaalt Consument een vergoeding (“erfpachtcanon”) aan de gemeente Amsterdam.

- 2.2 Het erfpachtrecht van Consument betreft een *voortdurend* erfpachtrecht. Bij een voortdurende erfpacht wordt de hoogte van de erfpachtcanon elke 50 of 75 jaar opnieuw berekend op basis van de actuele grondwaarde. Sinds 2017 biedt de gemeente Amsterdam de mogelijkheid om over te stappen naar *eeuwigdurende* erfpacht. Waar bij een voortdurende erfpacht de hoogte van de erfpachtcanon elke 50 of 75 jaar wordt vastgesteld, staat bij eeuwigdurende erfpacht de hoogte van de erfpachtcanon voor altijd vast (de canon wordt overigens wel geïndexeerd voor de inflatie). Het voordeel van de overstap naar eeuwigdurende erfpacht is dat de erfpachter niet meer elke 50 of 75 jaar te maken krijgt met een forse canonverhoging als de grond in waarde is gestegen.
- 2.3 Consument wil graag overstappen naar eeuwigdurende erfpacht, maar hij krijgt daarbij te maken met een eis die de Bank stelt. Consument heeft namelijk een hypothecaire geldlening bij de Bank. Als zekerheid is er ten behoeve van de Bank een recht van hypotheek gevestigd *op het voortdurend recht van erfpacht*. Volgens de Bank is het onduidelijk wat er gebeurt met haar hypotheekrecht (dat op het voortdurend erfpachtrecht rust) indien het erfpachtrecht gewijzigd wordt van voortdurend naar eeuwigdurend. Aangezien het niet zeker is of het hypotheekrecht in stand blijft, stelt de Bank de eis dat er een nieuw hypotheekrecht gevestigd wordt. Hiervoor moet een nieuwe hypotheekakte worden opgesteld.

#### *Vordering van Consument*

- 2.4 Een nieuwe hypotheekakte brengt extra (notaris)kosten met zich mee. Consument vordert vergoeding van die kosten dan wel dat de Bank de eis van een nieuwe hypotheekakte laat vallen.
- 2.5 Consument vindt het namelijk onterecht dat de Bank de eis stelt dat er een nieuwe hypotheekakte moet worden opgesteld. Hieraan legt Consument het volgende ten grondslag. Ten eerste wijst Consument erop dat het huidige tijdvak van de erfpachtcanon nog tot 2065 loopt en dat de looptijd van de hypothecaire geldlening binnen dat tijdvak valt. Volgens Consument heeft de overstap dan ook geen invloed op de hypotheek. Ten tweede wijst Consument erop dat er ook banken zijn die geen nieuwe hypotheekakte vereisen.

#### *Verweer van de Bank*

- 2.6 De Bank heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

### 3. De beoordeling

- 3.1 Kernvraag in deze zaak is of de Bank de eis mag stellen dat er bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld.
- 3.2 De Commissie stelt voorop dat dat Consument *zonder voorafgaande toestemming van de Bank* geen overeenkomst mag aangaan waarbij de erfpachtvoorwaarden worden gewijzigd. Dit volgt uit artikel 11.6 van de Algemene voorwaarden van geldlening, hypotheek en/of andere zekerheidstelling (opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak). Aangezien de overstap van voortdurende erfpacht naar eeuwigdurende erfpacht neerkomt op een wijziging van de erfpachtvoorwaarden, mag Consument deze overstap dus enkel maken indien de Bank daarvoor toestemming geeft. De Bank is vrij om aan die toestemming voorwaarden te verbinden. Deze vrijheid is evenwel niet onbegrensd: de eis van de Bank dat er bij de overstap een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld, mag niet *onaanvaardbaar* zijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid (in de zin van artikel 6:248 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW)).
- 3.3 Naar het oordeel van de Commissie is de eis van de Bank niet onaanvaardbaar.
- 3.4 Voor de Bank is namelijk van belang dat zij haar zekerheidspositie behoudt. Wanneer haar zekerheidsrecht (te weten het recht van hypotheek) teniet dreigt te gaan, heeft de Bank er belang bij dat er een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld. Door het opstellen van een nieuwe hypotheekakte wordt er immers een nieuw hypotheekrecht gevestigd.
- 3.5 Momenteel is het onzeker of het hypotheekrecht van de Bank (dat op het erfpachtrecht rust) blijft bestaan als Consument overstapt naar eeuwigdurende erfpacht. Juridisch gezien is het recht van hypotheek een beperkt recht en als het moederrecht – in dit geval het erfpachtrecht – tenietgaat, dan gaat in beginsel ook het beperkte recht teniet (artikel 3:81 lid 2 onder a BW). Er is momenteel echter nog geen duidelijkheid over wat er gebeurt met het erfpachtrecht indien Consument de overstap maakt naar eeuwigdurende erfpacht. Heeft deze overstap te gelden als een voortzetting van het bestaande erfpachtrecht? Of leidt de overstap tot een nieuw erfpachtrecht en tot het tenietgaan van het ‘oude’ erfpachtrecht – en daarmee ook tot het tenietgaan van het daarop rustende hypotheekrecht?
- 3.6 Deze vragen zijn nog niet eenduidig beantwoord. De wetgever heeft deze kwestie namelijk niet geregeld en ook de rechter heeft zich nog niet uitgesproken over dit vraagstuk.

En de literatuur is verdeeld – al lijkt er zich wel steeds meer een meerderheid af te tekenen voor de opvatting dat de wijziging van de erfpachtvoorwaarden niet tot een nieuw erfpachtrecht leidt. De literatuur kan echter geen uitsluitsel geven. Alleen rechtspraak (van de Hoge Raad) of wetgeving kan rechtszekerheid bieden. En zolang die rechtspraak of wetgeving er nog niet is, is het onzeker of het hypotheekrecht geraakt wordt door de overstap naar eeuwigdurende erfpacht.

- 3.7 Kortom: het is momenteel onzeker of het hypotheekrecht blijft bestaan bij een overstap naar eeuwigdurende erfpacht. Met haar eis dat er bij de overstap een nieuwe hypotheekakte wordt opgesteld, neemt de Bank het zekere voor het onzekere. Dat de Bank in een situatie van (rechts)onzekerheid liever het zekere voor het onzekere neemt, is naar het oordeel van de Commissie niet onaanvaardbaar.
- 3.8 De argumenten van Consument maken dit niet anders. Ten eerste wijst Consument erop dat het huidige tijdvak van de erfpachtcanon nog tot 2065 loopt en dat de looptijd van de hypothecaire geldlening binnen dat tijdvak valt. Volgens Consument heeft de overstap dan ook geen invloed op de hypotheek. De Commissie gaat hier niet in mee. Uit artikel I van de erfpachtvoorwaarden (opgenomen in de bijlage bij deze uitspraak) blijkt namelijk dat de overstap naar eeuwigdurende erfpacht ingaat op het moment waarop de overstapakte wordt ondertekend. Verder is het weliswaar nog geen uitgemaakte zaak of de overstap consequenties heeft voor het voortbestaan van het hypotheekrecht, maar als het consequenties blijkt te hebben, dan is het niet uitgesloten dat het al vanaf de ingangsdatum van de overstap consequenties heeft (en niet pas in 2065). Met andere woorden: dat Consument pas in 2065 te maken heeft met de nieuwe erfpachtcanon wil nog niet zeggen dat het hypotheekrecht niet al eerder geraakt zou kunnen worden door de overstap.
- 3.9 Ten tweede wijst Consument erop dat er ook banken zijn die geen nieuwe hypotheekakte vereisen. Ook dit argument slaagt niet. Elke bank maakt immers haar eigen afweging. Dat andere banken een ander beleid (zouden) hanteren, maakt de eis van de Bank dus nog niet onaanvaardbaar.
- 3.10 De slotsom is dan ook dat de vordering van Consument moet worden afgewezen.

#### **4. De beslissing**

De Commissie wijst de vordering af.

*In artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van bindende beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor [www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid](http://www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid).*

*U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.*

## **Bijlage: relevante bepalingen**

### **Relevante bepalingen uit de Algemene voorwaarden van geldlening, hypotheek en/of andere zekerheidstelling**

Op de hypothecaire geldlening zijn (onder meer) de *Algemene voorwaarden van geldlening, hypotheek en/of andere zekerheidstelling* van toepassing. Deze luiden, voor zover relevant, als volgt:

#### **Artikel 11.**

##### **Instandhouding van het onderpand**

(...)

**6** Indien een recht van hypotheek is verleend op een recht van erfpacht zal de erfpachter:

- zonder voorafgaande toestemming van de schuldeiseres geen overeenkomst aangaan waarbij de erfpachtvoorwaarden worden gewijzigd
- het onderpand niet in een zodanige toestand brengen, dat daarvan een wijziging van erfpachtvoorwaarden het gevolg is of kan zijn
- geen handelingen verrichten of nalaten waardoor het recht van erfpacht kan komen te vervallen.

#### **Artikel 17.**

##### **Opeisbaarheid**

De schuldeiseres zal van het hierna omschreven recht het verschuldigde op te eisen alleen dan gebruikmaken indien haar belangen dit naar haar oordeel wenselijk maken. Bij opeising zal zij kunnen vorderen, dat het verschuldigde terstond wordt betaald. Het verschuldigde is onmiddellijk opeisbaar:

(...)

**5** Ten aanzien van het verbodene, bovendien:

(...)

I indien een recht van hypotheek is verleend op een recht van erfpacht in geval:

- van niet-nakoming of overtreding door de erfpachter van één of meer van de verplichtingen voor hem uit de erfpachtvoorwaarden voortvloeiend, speciaal die tot betaling van de canon
- van wijziging van de bestaande erfpachtvoorwaarden zonder voorafgaande toestemming van de schuldeiseres
- van opzegging door of aan de erfpachter van het verbonden recht van erfpacht
- de eigenaar van de grond maatregelen treft tot vervallenverklaring van het recht van erfpacht
- van het vervallen van het recht van erfpacht in het algemeen of enige andere wijze van beëindiging
- het recht van erfpacht naar het oordeel van de schuldeiseres dreigt op te houden te bestaan of dreigt teniet te gaan.

### **Relevante bepalingen uit de erfpachtvoorwaarden**

De overstap naar eeuwigdurende erfpacht vindt plaats op basis van de erfpachtvoorwaarden.

Deze luiden, voor zover relevant, als volgt:

**1. Ingangsdatum overstap**

*De ingangsdatum van de overstap is de datum waarop de notariële akte met betrekking tot de overstap wordt getekend.*

**2. Algemene bepalingen**

*Algemene bepalingen zijn de algemene afspraken over rechten en plichten die op het erfpachtrecht van toepassing zijn. De Algemene Bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 Amsterdam (hierna: Algemene Bepalingen 2016) zijn vanaf de ingangsdatum van de overstap op uw erfpachtrecht van toepassing. (...)*