

## **Uitspraak Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening nr. 2023-0008**

(mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. dr. S.B. van Baalen, drs. F.J. van der Ent MHA, mr. E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, F.R. Valkenburg AAG RBA, leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris)

|                            |  |
|----------------------------|--|
| Beroepschrift ontvangen op | 17 mei 2022  |
| Ingediend door             | Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen de bank |
| Tegen                      | de consument   |
| Datum uitspraak            | 20 februari 2023   |
| Aard uitspraak             | bindend advies   |
| Uitkomst                   | beroep ongegrond   |

### **Samenvatting**

In een geval waarbij het recht van erfpacht van een consument waarop het hypotheekrecht van de bank rust, wijzigt van een voortdurend recht van erfpacht naar een eeuwig durend recht van erfpacht, mag de bank verlangen dat een nieuw hypotheekrecht wordt gevestigd. Gelet op de huidige stand van de juridische wetenschap, waar algemeen wordt aangenomen dat het recht van erfpacht in een dergelijk geval niet zodanig wijzigt dat het opnieuw gevestigd zou moeten worden, is het echter niet langer redelijk om de kosten van de nieuwe hypotheekakte te verhalen op de consument.

### **I. De procedure in beroep**

- I.1 Bij een op 17 mei 2022 gedateerd pro forma beroepschrift heeft de bank bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 11 maart 2022 (dossiernummer [nummer], gepubliceerd onder nummer 2022-0192) en hersteld bij hersteluitspraak van 12 april 2022.
- I.2 Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:
  - de aanvullende beroepsgronden van de bank van 31 mei 2022;
  - het verweerschrift van de consument van 22 juli 2022;
  - de aanvullende stukken zoals toegestuurd op verzoek van de Commissie van Beroep.
- I.3 De mondelinge behandeling van dit beroep heeft plaatsgehad op 10 oktober 2022. Namens de bank waren mr. [naam 1], [hoedanigheid], en mr. [naam 2], [hoedanigheid], aanwezig, bijgestaan door mr. D.S. Volleberg, advocaat verbonden aan La Gro Geelkerken Advocaten B.V.. De bank heeft spreekantekeningen overgelegd. Voorts is de consument daar verschenen. Partijen hebben hun standpunt toegelicht en vragen van de Commissie van Beroep beantwoord.

## 2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure bij de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie van 11 maart 2022.

## 3. De feiten

3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de volgende feiten die tussen partijen vast staan.

3.2 De consument is eigenaar van een woning die niet op eigen grond staat, maar die hij in erfpacht heeft gekregen van de gemeente Amsterdam. Het erfpachtrecht van de consument betrof een voortdurend erfpachtrecht. In 2016 heeft de consument de bestaande hypothecaire geldlening overgesloten naar de bank. De consument heeft ten behoeve van de bank een hypotheekrecht gevestigd op het recht van erfpacht.

3.3 Artikel 26 van de Algemene bankvoorwaarden (versie 2017) luidt als volgt:

*1. U verbindt zich om meteen (aanvullende) zekerheid voor uw schulden aan ons te geven, als wij dat vragen. Deze zekerheid kan bijvoorbeeld zijn een pand- of hypotheekrecht op een goed van u. Voor de zekerheid geldt verder:*

*a) De zekerheid is voor de voldoening van alle schulden die u aan ons heeft of zal hebben. Het maakt hierbij niet uit hoe die schulden ontstaan. Die schulden kunnen bijvoorbeeld ontstaan door een lening, krediet (rood staan), hoofdelijke aansprakelijkheid, borgtocht of garantie.*

*b) U hoeft niet meer zekerheid te geven dan redelijkerwijs nodig is. Maar u moet ervoor zorgen dat onze zekerheid op ieder moment voldoende is voor de voldoening van de schulden die u aan ons heeft of zal hebben.*

*Bij de beoordeling hiervan wordt rekening gehouden met uw risicoprofiel, ons kredietrisico op u, de (dekkings-)waarde van eventuele zekerheid die wij al hebben, een eventueel gewijzigde beoordeling van zulke factoren, en alle andere factoren of omstandigheden waarvan wij aannemelijk kunnen maken dat deze voor ons van belang zijn.*

*c) U moet ons de zekerheid geven die wij wensen. Als wij bijvoorbeeld een pandrecht vragen op uw voorraden, kunt u niet in plaats daarvan een pandrecht geven op uw inventaris.*

*d) Het geven van zekerheid kan ook zijn dat u ermee instemt dat een derde die zekerheden van u krijgt of heeft gekregen, zich voor u borg of garant stelt en daarvoor verhaal kan nemen op die zekerheden. Die instemming houdt dan ook in dat wij ons tegenover die derde borg of garant voor u mogen stellen en daarvoor verhaal kunnen nemen op zekerheden die wij van u krijgen of hebben gekregen.*

*e) Als wij in plaats van bestaande zekerheid andere zekerheid wensen, moet u daaraan voldoen.*

*Deze verbintenis komt tot stand bij het van toepassing worden van de ABV.*

- 3.4 Op de overeenkomst met de bank zijn de Algemene voorwaarden voor hypotheeken van de Rabobank 2009 (AVH) van toepassing. Artikel 9 daarvan luidt voor zover hier relevant als volgt:

#### **9 Hypotheek op een beperkt recht**

Voor zover het onderpand bestaat uit een beperkt recht, zoals een recht van erfpacht, ondererfpacht of opstal, geldt, onverminderd het overigens in deze algemene voorwaarden bepaalde, het volgende.

*1 Zonder schriftelijke toestemming van de bank is het u niet toegestaan:*

- a. overeenkomsten aan te gaan waarbij de voorwaarden worden gewijzigd waaronder het beperkte recht is gevestigd;*
- b. het onderpand in een zodanige toestand te brengen dat daarvan een wijziging van de voorwaarden waaronder het beperkte recht is gevestigd het gevolg is of kan zijn;*
- c. handelingen te verrichten of na te laten waardoor het beperkte recht kan worden beëindigd.*

*De bank kan aan deze toestemming voorwaarden verbinden.*

Artikel 17 daarvan luidt voor zover hier relevant als volgt:

#### **17 Kosten**

*1 Ten laste van u komen in ieder geval:*

- a. alle kosten van vestiging, instandhouding en uitoefening van het hypotheekrecht, daaronder begrepen kosten van doorhaling, rangwisseling en van eventuele vernieuwing van de hypothecaire inschrijving;*
- b. kosten van taxatie, hertaxatie of inspectie van het onderpand;*
- c. alle kosten die de bank in verband met het behoud en de instandhouding van het onderpand heeft gemaakt;*
- d. met betrekking tot het onderpand door de bank betaalde verzekeringspremies of -omslagen, lasten en belastingen;*
- e. alle kosten van vestiging, instandhouding en uitoefening van door u aan de bank verleende en te verlenen pandrechten;*
- f. alle gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten die de bank in verband met haar hypotheek- en/of pandrechten of anderszins ter bescherming en uitoefening van haar rechten heeft gemaakt;*
- g. alle kosten die de bank in verband met het beveiligen van het onderpand heeft gemaakt;*
- h. alle kosten die de bank in het kader van het beheer, de ontruiming, het onder zich nemen en/of de executie van het onderpand heeft gemaakt.*

*2 U bent verplicht alle door de bank betaalde en voor rekening en/of ten laste van u komende kosten en alle door u aan de bank verschuldigde vergoedingen op eerste verzoek van de bank onmiddellijk aan haar te voldoen.*

*3 De hypotheek strekt mede tot zekerheid voor de terugbetaling van al hetgeen u ingevolge deze algemene voorwaarden aan de bank verschuldigd bent.*

- 3.5 Op 10 februari 2020 heeft de gemeente Amsterdam de consument een aanbod gedaan om over te stappen naar eeuwigdurende erfpacht. Op 14 oktober 2020 heeft de consument het aanbod van de gemeente Amsterdam aanvaard.
- 3.6 Op 25 februari 2021 heeft de consument de bank per e-mail verzocht om overleg over haar eis inhoudende een nieuwe hypotheekakte bij de overstap van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht. Op 10 maart 2021 heeft de bank de consument telefonisch en per e-mail een toelichting gegeven op haar eis om een nieuwe hypotheekakte bij de overstap.
- 3.7 Op 1 april 2021 heeft de consument per brief zijn bezwaar hiertegen bij de bank gemaakt. Op 9 april 2021 heeft de bank per brief gereageerd op de klacht van de consument.
- 3.8 Op 9 juni 2021 is een nieuwe hypotheekakte gepasseerd ten behoeve van de bank vanwege de overstap van de consument van voortdurende naar eeuwigdurende erfpacht.

#### **4. De klacht en de uitspraak van de Geschillencommissie**

- 4.1 De consument heeft er bij de Geschillencommissie over geklaagd dat de kosten verbonden aan het vestigen van een nieuw recht van hypotheek vanwege de wijziging van het erfpachtrecht, bij hem in rekening zijn gebracht. De consument stelt dat de bank op basis van de huidige inzichten in de juridische literatuur geen enkel (reëel) risico loopt op basis van het reeds gevestigde hypotheekrecht. Het vestigen van een nieuw recht van hypotheek is niet nodig en als de bank dat al wenst te vestigen, dan is er geen grond – ook niet in de algemene voorwaarden van de bank waarnaar verwezen wordt – om deze kosten voor rekening van de consument te laten komen. De consument vordert op deze grond terugbetaling van de kosten van de nieuwe hypotheekakte.
- 4.2 De bank heeft de stellingen van de consument betwist en gesteld dat er (nog steeds) een risico is dat het bestaande hypotheekrecht van de bank niet mede omvat het gewijzigde recht van erfpacht. Aldus heeft de bank een belang bij het vestigen van een nieuw hypotheekrecht omdat zij anders een onaanvaardbaar risico loopt ten aanzien van de haar toekomstige zekerheden. Op basis van de algemene voorwaarden komen die kosten voor rekening van de consument. De bank heeft daarbij gewezen op de bestendige lijn van de Geschillencommissie.
- 4.3 De Geschillencommissie heeft de vordering van de consument toegewezen. Samengevat weergegeven, heeft zij geoordeeld dat de bank in de gegeven omstandigheden een nieuw zekerheidsrecht kan en mag vragen. Echter, gelet op de uitvoerige onderbouwing van de consument en voortschrijdend inzicht in de huidige rechtswetenschap, is de Geschillencommissie van oordeel dat er op dit moment slechts een miniem risico voor de bank bestaat dat haar hypotheekrecht teniet gaat door de overstap van het voortdurende naar het eeuwigdurende erfpachtrecht.

In de gegeven omstandigheden is het vorderen van nakoming door de bank van de gemaakte afspraak, te weten dat de consument de kosten draagt zoals bepaald in artikel 17 AVH, in het licht van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Nu niet is komen vast te staan dat het risico groot dan wel daadwerkelijk aanwezig is dat de zekerheidspositie van de bank in gevaar komt bij de overstap naar eeuwigdurende erfpacht, is de Geschillencommissie van oordeel dat het onredelijk is dat de bank van de consument vraagt om de kosten te dragen voor het kleine risico dat de bank kan lopen bij de overstap naar het eeuwigdurende erfpachtrecht.

## **5. De beoordeling van het beroep**

- 5.1 Partijen twisten er in de kern over of sprake is van een noodzaak tot het opnieuw vestigen van een recht van hypotheek vanwege de wijziging van een voortdurend erfpachtrecht in een eeuwigdurend erfpachtrecht en of de kosten die daarmee gepaard gaan door de bank voor rekening van de consument mogen worden gebracht.
- 5.2 De Commissie van Beroep is van oordeel dat de bank onvoldoende heeft onderbouwd dat het recht van erfpacht in 2021 teniet is gegaan op de enkele grond dat het voortdurende erfpachtrecht is omgezet in een eeuwigdurend erfpachtrecht. Daarbij is onder meer van belang dat uit de stellingen van de bank niet blijkt dat de wijziging die de gemeente en de consument zijn overeengekomen, praktisch en juridisch gezien van wezenlijke aard is. De wijziging lijkt met name betrekking te hebben op het tijdstip waarop de gewijzigde canon wordt bepaald. De Commissie van Beroep acht het dan ook onaannemelijk dat de wijziging van de erfpachtvoorwaarden zo wezenlijk is, dat er in 2021 een nieuw recht van erfpacht is ontstaan. Hieruit vloeit voort dat art. 26 ABV niet rechtstreeks relevant is: op grond van deze bepaling mag de bank weliswaar zekerheden bedingen, maar er is onvoldoende aanleiding om te veronderstellen dat het hypotheekrecht dat in 2016 ten behoeve van de bank is gevestigd, is komen te vervallen als gevolg van de wijziging van de erfpachtvoorwaarden.
- 5.3 Uit artikel 9 lid 1 onder a AVH 2009, waarop de bank zich in haar beroepschrift daarnaast nog beroept, volgt dat toestemming van de bank nodig is voor het aangaan van een overeenkomst waarbij de voorwaarden worden gewijzigd, waaronder het erfpachtrecht, zijnde het onderliggende zekerheidsrecht van de bank. Op basis van artikel 9 AVH 2009 kan de bank ook voorwaarden verbinden aan de toestemming. Een voorwaarde kan dus zijn de eis om een nieuwe hypotheekakte te laten inschrijven. Dat betwist consument overigens ook niet.
- 5.4 Verder volgt uit artikel 17 AHV lid 1 sub a dat alle kosten die de bank in verband met het behoud en de instandhouding van het hypotheekrecht heeft gemaakt, voor rekening van de klant komen. Voor zover dus het opmaken en inschrijven van een nieuwe hypotheekakte noodzakelijk is voor het in stand houden van het hypotheekrecht van de bank op het erfpachtrecht, zijn die kosten voor rekening van de klant.
- 5.5 In dit verband geldt dat uit hetgeen is bepaald in artikel 6:2 BW, alsmede de algemene zorgplicht om in het belang van de klant te handelen uit artikel 7:401 BW en artikel 2 Algemene Bankvoorwaarden, volgt dat de voorwaarden uit artikel 9 AVH 2009 die de

bank stelt redelijk moeten zijn en dat de bank de kosten uit artikel 17 AHV alleen bij de consument in rekening mag brengen voor zover dat redelijk is.

- 5.6 De bank heeft aangevoerd dat het niet volledig zeker is dat de oude hypotheekakte volstaat en dat zij daarom belang erbij heeft dat er een nieuw hypotheekrecht wordt gevestigd. De consument heeft echter gemotiveerd en onderbouwd betoogd dat de overgrote meerderheid van de schrijvers in de juridische literatuur inmiddels ervan uitgaat dat een wijziging in de erfpachtvoorwaarden zoals de onderhavige, het niet noodzakelijk maakt een nieuw erfpachtrecht te vestigen. De bank stelt daar te weinig tegenover waaruit iets ander zou kunnen worden afgeleid. Dit brengt mee dat de Commissie van Beroep ervan uitgaat dat het verlijden van een nieuwe hypotheekakte evenmin noodzakelijk is. Immers, omdat het recht van erfpacht is blijven bestaan, is ook het daarop rustende hypotheekrecht blijven bestaan. In dat verband zij nog opgemerkt dat de bank ook niet gesteld heeft dat de gewijzigde voorwaarden van het erfpachtrecht, nadelig zijn voor de zekerheidspositie van de bank en dat dit nadeel te verhelpen zou zijn door middel van een nieuwe hypotheekakte. Bij deze stand van zaken, kan niet gezegd worden dat er een zodanige rechtsonzekerheid bestaat dat de kosten tot het vestigen van een nieuw recht van hypotheek in redelijkheid voor rekening van consument kunnen worden gebracht. Het staat de bank vrij om inschrijving van een nieuwe hypotheekakte te verlangen om het door haar gevoelde juridische risico in haar zekerheidspositie te ondervangen, echter de daarmee gepaard gaande kosten kan zij in redelijkheid niet verhalen op consument. De bezwaren van de bank tegen de uitspraak van de Geschillencommissie falen dus.
- 5.7 Waar de bank subsidiair vraagt te bepalen dat deze uitspraak geen terugwerkende kracht heeft, overweegt de Commissie van Beroep dat een dergelijke uitspraak haar taak en bevoegdheden te buiten zou gaan. Wel moge duidelijk zijn dat de Commissie van Beroep heeft geoordeeld dat het verhalen van de kosten op de consument vanwege het opnieuw vestigen van een erfpachtrecht, naar huidige opvattingen niet redelijk is.
- 5.8 Voor zover de consument nog een incidenteel bezwaar opwerpt tegen de uitspraak van de Geschillencommissie ten aanzien van de door de Geschillencommissie toepasselijk geachte ABV 2017, hoeft dat bezwaar geen bespreking omdat het niet tot een andere beslissing kan leiden. Dat geldt ook voor de stelling van de consument dat artikel 17 AVH (met daarin de bepalingen dat de kosten voor verbonden aan de nieuwe hypotheekakte voor rekening van de klant komen), als zodanig al niet van toepassing is op de onderhavige situatie.

## **6. De beslissing**

De Commissie van Beroep:

bevestigt de beslissing van de Geschillencommissie.