

RN 2017/3

HOF AMSTERDAM

1 november 2016, nr. 200.176.708/01

(Mrs. R.J.M. Smit, J.E. Molenaar, C.C. Meijer)

Art. 6:233 BW; Richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

ECLI:NL:GHAMS:2016:4314

Algemene erfpachtvoorwaarden. Boetebeding. Onredelijk bezwarend beding.**Is een boetebeding in algemene erfpachtvoorwaarden onredelijk bezwarend?**

De Gemeente Amsterdam heeft bij akte van 11 maart 2009 een zelfbouwkavel in erfpacht uitgegeven. Onderdeel van de erfpachtvoorwaarden is onder meer de verplichting van de erfpachter de bebouwing van de kavel vóór 1 mei 2009 te voltooien op straffe van een boete van € 10.000 per maand. Op 4 april 2008 heeft de erfpachter een aanvraag voor een bouwvergunning ingediend. Omdat de bouw aanvraag afweek van het geldende bestemmingsplan moest een vrijstellingsprocedure doorlopen worden. Op 14 november 2008 is de bouwvergunning verleend. De gemeente heeft tot uiteindelijk 10 december 2009 aan erfpachter uitstel verleend om aan haar bouwverplichtingen te voldoen. Nu de bebouwing niet voor deze datum was voltooid, heeft de gemeente per 10 december 2009 aan erfpachter maandelijkse boetes van € 10.000 opgelegd. Erfpachter heeft tegen de boetes geprotesteerd en de boetes onbetaald gelaten. In september 2010 is de bouw van de woning voltooid.

Hof: Op zichzelf bestaat er geen bezwaar tegen dat de gemeente haar beleidsdoelstelling dat kavels in dezelfde periode worden bebouwd in verband met het inrichten van de openbare ruimte en het beperken van bouwoverlast, mede door middel van een boetebeding wil bewerkstelligen. Een boete ter hoogte van € 10.000 per maand is als zodanig niet onredelijk bezwarend. Weliswaar betreft dit voor een particulier een hoog bedrag, maar dit is ook vereist wil een beding in deze situatie een effectieve prikkel tot nakoming vormen. In het boetebeding is echter geen maximumbedrag opgenomen, zodat het uiteindelijke bedrag van de boete onbeperkt kan oplopen. Zolang de erfpacht niet is gevestigd, is de gemeente bevoegd geen uitvoering meer te geven aan de erfpachtovereenkomst als de erfpachter niet aan het boetebeding voldoet, maar de erfpachter heeft op zijn beurt geen contractuele mogelijkheid om aan de werking van het boetebeding te ontkomen. Redelijkerwijs dient het mogelijk te zijn om in de periode gelegen tussen de datum waarop de bouwvergunning moest zijn aangevraagd en de datum

waarop de bebouwing voltooid moest zijn de bouwvergunning te verkrijgen, aannemers te contracteren om het bouwplan te realiseren en de bouw te voltooien. De bouwtermijn behoort enige tijd te gunnen, dan wel voldoende flexibiliteit te bieden om vertragingen het hoofd te kunnen bieden die worden veroorzaakt door het optreden van (niet aan de aanvrager verwijtbare) voorzienbare dan wel onvoorziene omstandigheden tijdens het bouwproces. Een voorbeeld daarvan is in dit geval het aanvragen van een vrijstelling van het bestemmingsplan, vooral omdat het hier om zelfbouw gaat. Nu het boetebeding voorziet in ongelimiteerde contractuele boetes die zijn verbonden aan een te korte bouwtermijn, terwijl erfpachter verplicht is om erfpacht hoe dan ook voort te zetten, is het boetebeding voor de erfpachter onredelijk bezwarend als bedoeld in art. 6:233 aanhef en onder a BW, uitgelegd in overeenstemming met art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG.

Zie ook:

- HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, RCR 2016/58 (Stichting Erfpachters Belang Amsterdam/Gemeente Amsterdam);
- HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431 m.nt. H.J. Snijders (Bouwbedrijf Van Marrum B.V./L.G. Wolff);
- Hof Amsterdam 27 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9248;
- Rb. Amsterdam 17 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4033, RVR 2016/8;
- Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, p. 1580.

Wenk:

Het is gebruikelijk dat op erfpachtverhoudingen algemene voorwaarden van toepassing zijn of worden verklaard. Dat geldt in het bijzonder wanneer de erfpacht is of wordt uitgegeven door (semi)overheidslichamen, zoals gemeenten. Voor vernietigbaarheid van een beding in algemene (erfpacht)voorwaarden op grond van art. 6:233 BW is vereist dat het beding onredelijk bezwarend is voor de wederpartij (de erfpachter). Daarbij moet worden gelet op alle omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden tot stand zijn gekomen (eenzijdig door de erfverpachter opgestelde voorwaarden zullen eerder onredelijk bezwarende bedingen bevatten dan voorwaarden opgesteld in overleg met een organisatie die de belangen van de erfpachter behartigt), de wederzijds kenbare belangen van partijen en de vraag of het beding duidelijk en begrijpelijk is geformuleerd.

Volgens vaste rechtspraak betekent het feit dat een dergelijk beding op de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG staat, niet dat het noodzakelijkerwijs als oneerlijk moet

worden beschouwd. Een zodanige beoordeling moet steunen op een specifieke motivering waarin wordt ingegaan op de concrete omstandigheden van het geval. Verwezen wordt naar een belangrijk arrest van de Hoge Raad van 29 april 2016 (Stichting Erfpachters Belang Amsterdam/Gemeente Amsterdam) waarin de Hoge Raad eveneens oordeelt over algemene voorwaarden met betrekking tot erfpacht. In dat arrest was de Stichting Erfpachters Belang Amsterdam (SEBA) van mening dat onredelijk bezwarend is voor de erfpachter de bepaling dat de gemeente de erfpachter ten minste drie jaar voor aanvang van een nieuw tijdvak op de hoogte dient te stellen van door de gemeente eenzijdig op te leggen nieuwe bepalingen. Zij beriep zich op art. 6:233 onder a BW jo. onderdeel j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG. De vraag was of het beding een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert van het evenwicht in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 93/13/EEG. De Hoge Raad overwoog dat onder meer van belang is 1) dat de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het door de gemeente als overheid gevoerde beleid met betrekking tot de grond binnen haar grenzen, 2) 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, 3) dat de voorwaarden worden getoetst en vastgesteld door de raad van de gemeente, 4) dat de vaststelling en toepassing van die voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en 5) dat bij de toets aan deze beginselen mede van belang is met welk doel de grond in erfpacht wordt uitgegeven. Met het oog hierop oordeelde de Hoge Raad dat het beding in kwestie niet zonder meer onredelijk bezwarend was. Voorts ging de Hoge Raad onder meer in op de vraag of in algemene voorwaarden mag worden bepaald dat op een gegeven moment de canon wordt herzien door deskundigen. De Hoge Raad oordeelde dat canonherziening door deskundigen op basis van de algemene bepalingen niet onredelijk bezwarend is, omdat sprake is van een overeenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW, waarbij partijen ter voorkoming van onzekerheid zich op voorhand binden aan een vaststelling door derden. De deskundigen dienen geen geschil tussen partijen te beslechten maar de canon te bepalen die in het vervolg op grond van de overeenkomst van partijen geldt.

In deze uitspraak wordt in lijn met voorgaande rechtspraak gesteld dat er op zichzelf geen bezwaar tegen bestaat dat de ge-

meente haar grondbeleid (mede) middels een in de algemene erfpachtvoorwaarden opgenomen boetebeding beoogt te bewerkstelligen. Echter de concrete omstandigheden van het geval (ongelimiteerde contractuele boetes verbonden aan een te korte bouwtermijn, terwijl erfpachter verplicht is om erfpacht voort te zetten) maken dat het boetebeding voor de erfpachter in casu onredelijk bezwarend wordt geacht.

Overigens heeft Amsterdam na meer dan 100 jaar voortdurende erfpacht, sinds 1 juli 2016 ook eeuwigdurende erfpacht. De Gemeente Amsterdam heeft recent de Algemene Bepalingen voor eeuwigdurende erfpacht 2016 Amsterdam vastgesteld. De nieuwe algemene bepalingen bevatten belangrijke wijzigingen ten opzichte van de eerdere algemene bepalingen, in het bijzonder het schrappen van de canonherziening einde tijdvak en het ontbreken van de bevoegdheid van de gemeente om eenzijdig nieuwe algemene bepalingen van toepassing te verklaren. De gemeente beoogt hiermee meer zekerheid, transparantie en voorspelbaarheid te bieden aan de erfpachter. Het nieuwe erfpachtstelsel geldt per 1 juli 2016 alleen voor nieuwe uitgften, dat wil zeggen toekomstige nieuwbouw en zelfbouw waarvan de erfpachtafspraken pas na 1 juli zijn gemaakt. Voor bestaande erfpachters die straks ook eeuwigdurende erfpacht willen, wordt waarschijnlijk nog een overstapregeling vastgesteld.

Gemeente Amsterdam, te Amsterdam, appellante, tevens verweerster in incidenteel appel, adv. mr. D.J.L. van Ee, tegen
Geïntimeerde, tevens appellante in incidenteel appel, adv. mr. J.A.F. Corten.

Hof:

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna de gemeente en geïntimeerde genoemd.

De gemeente is bij dagvaarding van 20 augustus 2015 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de rechtbank Amsterdam, afdeling privaatrecht, van 17 juni 2015, onder bovenvermeld zaak/rolnummer gewezen tussen de gemeente als eiseres en geïntimeerde als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel;

- akte houdende uitlating producties, van de gemeente.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 18 augustus 2016 doen bepleiten, de gemeente door mr. Van Ee voornoemd alsmede mr. R.P. Fennis, advocaat te Amsterdam, en geïntimeerde door mr. Corten voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Ter zitting heeft de gemeente haar eis verminderd en grief 14 in het principaal appel ingetrokken. Geïntimeerde heeft haar tweede grief in het incidenteel appel ingetrokken.

Ten slotte is arrest gevraagd.

De gemeente heeft geconcludeerd, na vermindering van haar eis bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en – uitvoerbaar bij voorraad – alsnog de vordering van de gemeente tot betaling van € 100.000 zal toewijzen, met veroordeling van geïntimeerde tot terugbetaling, met rente, van hetgeen de gemeente op grond van het bestreden vonnis heeft betaald, met beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

Geïntimeerde heeft – naar het hof begrijpt – zowel in principaal als in incidenteel appel geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met – uitvoerbaar bij voorraad – beslissing over de proceskosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

2.1 De rechtbank heeft in het in deze zaak gewezen tussenvonnis van 23 april 2014 onder 2.1 tot en met 2.19 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die zijn gebleken uit de niet (voldoende) weersproken stellingen van partijen, komen de feiten neer op het volgende.

2.1.1. Steigereiland is een van de zeven eilanden van IJburg te Amsterdam. Daarop worden 2.000 woningen gebouwd, verdeeld over drie buurten waaronder de Zuidbuurt. Een gedeelte van de Zuidbuurt bestaat uit in erfpacht uitgegeven zelfbouwkavels; daarop wordt in particulier opdrachtgeverschap gebouwd. Particulieren mogen hun woning zelf ontwerpen en bij de aanvraag van de bouwvergunning is er geen beoordeling door de welstandscommissie. Wel is het ontwerp aan verschillende beperkingen onderhevig.

2.1.2. In de door de gemeente uitgebrachte brochure ‘Zelf bouwen op IJburg’ betreffende Steigereiland strook (strooknummer 1) en (strooknummer 2) is onder meer vermeld:

“Voorwaarden

(...) U bent verplicht de woning vóór 1 maart 2009 op te leveren en zelf te bewo-

nen. De bouwaanvraag moet vóór 17 februari 2008 ingediend worden. Wanneer u niet aan deze verplichting voldoet, legt de gemeente een forse boete op. De gemeente wil dat de kavels in dezelfde periode worden gebouwd en opgeleverd in verband met het inrichten van de openbare ruimte en het beperken van bouwoverlast.”

2.1.3. Geïntimeerde heeft zich ingeschreven voor het zelfbouwproject Steigereiland. Bij brief gedateerd 15 juni 2006 (hierna: de erfpachtaanbieding) heeft de gemeente haar zelfbouwkavel (kavelnummer), gelegen in strook (strooknummer 2) van de Zuidbuurt op het Steigereiland (hierna: de kavel), in erfpacht aangeboden.

2.1.4. In de erfpachtaanbieding is onder het kopje ‘erfpachtvoorwaarden’ vermeld dat, naast algemene bepalingen, bijzondere bepalingen van toepassing zijn die onder meer inhouden (hierna: het boetebeding):

“6a. de erfpachter is verplicht de bebouwing van het terrein te voltooien voor 1 maart 2009

6b. de aanvraag van de bouwvergunning inzake de op de kavel te bouwen woning moet zijn ingediend bij de bevoegde stedelijke instantie voor 17 februari 2008;

6c. de erfpachter krijgt een boete door de gemeente opgelegd van € 10.000 voor elke kalendermaand, waarbij een gedeelte van een maand voor een volle maand wordt gerekend, indien hij zijn verplichtingen niet nakomt zoals gesteld onder 6a. en 6b.;”

Voorts is onder het kopje ‘Vaststelling ingangsdatum erfpacht/bouwrijpe levering’ onder meer vermeld:

“De ingangsdatum van de erfpacht gaat in op 1 maart 2007. Op de ingangsdatum zal het Ontwikkelbedrijf het terrein bouwrijp aan u leveren. (...)”

Ten slotte is onder ‘Slotbepalingen’ onder meer vermeld:

“Uitwerking bijzondere bepaling 6a en 6b vóór aktepassering:

Indien de erfpachter niet voldoet aan de onder bijzondere bepaling 6a. en/of 6b. omschreven verplichtingen is daarop het in art. 6c van de bijzondere bepalingen vervatte boetebeding van kracht. Zolang de erfpacht niet is gevestigd zijn Burgemeester en Wethouders tevens bevoegd:

1. geen uitvoering meer te geven aan de erfpachtovereenkomst;

2. (...)”

2.1.5. Op 23 juni 2006 heeft geïntimeerde de erfpachtaanbieding geaccepteerd door invulling en ondertekening van een ‘bericht van acceptatie’.

2.1.6. Op 1 mei 2007 is de kavel aan geïntimeerde economisch geleverd.

2.1.7. Bij brief van 7 februari 2008 heeft de gemeente geïntimeerde erop geattendeerd dat de bouwvergunningsaanvraag voor 17 februari 2008 moet zijn ingediend, bij gebreke waarvan een boete wordt opgelegd. Bij brief van 5 maart 2008 heeft de gemeente geïntimeerde te kennen gegeven dat zij tot 5 april 2008 de gelegenheid heeft een bouwvergunning aan te vragen.

2.1.8. Op 4 april 2008 heeft geïntimeerde de aanvraag voor een bouwvergunning ingediend. Omdat de bouwaanvraag van geïntimeerde voorzag in een deels onder maaiveldniveau gelegen begane grondvloer en daarmee, volgens de gemeente, afweek van het geldende bestemmingsplan, moest een vrijstellingsprocedure doorlopen worden. Op 14 november 2008 is die procedure afgerond en de bouwvergunning overeenkomstig de bouwaanvraag aan geïntimeerde verleend.

2.1.9. Bij brief van 26 november 2008 heeft de gemeente geïntimeerde gewezen op haar verplichting de bebouwing van de kavel voor 1 mei 2009 te voltooien en op de boete van € 10.000 per maand die anders zou worden opgelegd. Voorts heeft de gemeente gemeld dat het haar was opgevallen dat de erfpachtake nog altijd niet was verleden en dat evenmin met de bouw was begonnen, hetgeen haar deed betwijfelen of geïntimeerde tijdig aan haar verplichtingen zou voldoen. Geïntimeerde heeft bij brief van 4 december 2008 gereageerd. Zij heeft erop gewezen dat de hypotheekverlening was vertraagd doordat de vergunning op zich liet wachten. Ook de aannemingsovereenkomst kon pas getekend worden wanneer die vergunning was verleend. De aannemer zal begin januari 2009 zijn werkzaamheden aanvangen en oplevering zal eind oktober 2009 plaatsvinden, aldus geïntimeerde in die brief.

2.1.10. Bij akte van 11 maart 2009 is de kavel in erfpacht aan geïntimeerde uitgegeven. In de akte is onder verwijzing naar (het hiervoor onder 2.1.4 aangehaalde) art. 6 van de bijzondere bepalingen de verplichting opgenomen om de bebouwing van de kavel voor 1 mei 2009 te voltooien.

2.1.11. Bij brief van 20 mei 2009 heeft de gemeente, die had geconstateerd dat de bebouwing op de kavel niet voor 1 mei 2009 was voltooid, geïntimeerde uitstel verleend tot 17 juni 2009 om alsnog aan haar verplichtingen te voldoen en haar meegedeeld dat anders een boete zou worden opgelegd.

2.1.12. Bij brief van 9 juli 2009 heeft de gemeente aan geïntimeerde meegedeeld dat zij op 24 juni 2009 had geconstateerd dat geïntimeerde niet aan haar bouwverplichtingen had voldaan, haar per 17 juni 2009 een boete opgelegd van € 10.000 en aangekondigd dat bij elke maand dat de bouw verder vertraagd zou zijn, nieuwe boetes van € 10.000 werden verbeurd.

Bij brief van 15 juli 2009 heeft geïntimeerde begrip gevraagd voor de ontstane vertraging en verzocht geen nadere boetes op te leggen. De gemeente heeft daarop laten weten dat de boete gehandhaafd werd.

2.1.13. Geïntimeerde heeft zich gewend tot een advocaat die namens haar heeft verzocht het opleggen en incasseren van boetes te staken op de grond dat dat onrechtmatig zou zijn. De gemeente heeft die gestelde onrechtmatigheid bij brief van 3 september 2009 van de hand gewezen. Wel heeft de gemeente zich in die brief, naar zij schrijft 'zonder daartoe verplicht te zijn', bereid verklaard de uiterste opleveringstermijn gelijk te trekken met de termijn die gold voor de bebouwing van strook (strooknummer 3) van de Zuidbuurt van Steigereiland (van 30 naar 36 maanden) en de uiterste opleveringsdatum op te schuiven naar 1 november 2009. Tot inning van de al opgelegde boetes wordt niet overgaan, aldus de gemeente in die brief. Bij brief van 12 november 2009 heeft de gemeente de termijn waarbinnen de bebouwing voltooid moest zijn nogmaals opgeschoven, naar 10 december 2009.

2.1.14. Bij brief van 4 december 2009 heeft geïntimeerde via haar advocaat aan de gemeente gemeld dat de bouw op zijn vroegst gereed komt op 28 februari 2010. De gemeente heeft daarop laten weten niet bereid te zijn de termijn tot die datum te verlengen.

2.1.15. Per 10 december 2009 heeft de gemeente aan geïntimeerde maandelijkse boetes van € 10.000 opgelegd, als volgt:

<i>Datum nota</i>	<i>Boeteperiode</i>	<i>Vervaldatum</i>	<i>Bedrag</i>
17 februari 2010	10 december 2009-10 januari 2010	19 maart 2010	€ 10.000
17 februari 2010	10 januari 2010-10 februari 2010	19 maart 2010	€ 10.000
11 maart 2010	10 februari 2010-10 maart 2010	9 april 2010	€ 10.000
19 april 2010	10 maart 2010-10 april 2010	10 mei 2010	€ 10.000
3 mei 2010	10 april 2010-10 mei 2010	2 juni 2010	€ 10.000
6 juli 2010	01 mei 2010-10 juni 2010	5 augustus 2010	€ 10.000
6 juli 2010	10 juni 2010-10 juli 2010	5 augustus 2010	€ 10.000
3 augustus 2010	10 juli 2010-10 augustus 2010	29 oktober 2010	€ 10.000
16 september 2010	10 augustus 2010-10 september 2010	29 oktober 2010	€ 10.000
16 september 2010	10 september 2010-10 oktober 2010	29 oktober 2010	€ 10.000

2.1.16. Bij brief van 20 april 2010 heeft geïntimeerde via haar advocaat tegen de boetes geprotesteerd.

2.1.17. In september 2010 is de bouw van (de buitenkant van) de woning voltooid. Geïntimeerde heeft de boetes onbetaald gelaten.

2.1.18. Geïntimeerde heeft de woning verkocht. Op 25 januari 2012 heeft het transport plaatsgevonden.

3 Beoordeling

3.1 In dit geding vordert de gemeente dat geïntimeerde wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 100.000 aan verbeurde

boetes, met nevenvorderingen. De rechtbank heeft het verweer van geïntimeerde dat het boetebeding waarop de vordering van de gemeente is gebaseerd onredelijk bezwarend is, gehonoreerd en de vorderingen van de gemeente daarom afgewezen. Tegen dat oordeel en de gronden waarop het berust is het hoger beroep van de gemeente gericht. Het incidenteel appel van geïntimeerde is beperkt tot enkele in het bestreden vonnis gegeven oordelen.

3.2 Centraal staat in hoger beroep de vraag of het boetebeding onredelijk bezwarend is als bedoeld in art. 6:233 aanhef en sub a BW, welk artikel richtlijnconform (namelijk: overeenkomstig Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, verder: de Richtlijn) moet worden uitgelegd. Het hof verwerpt het betoog van de gemeente dat de Richtlijn niet van toepassing is omdat het boetebeding niet kwalificeert als een beding dat tot doel dan wel tot gevolg heeft de consument die zijn verbintenissen niet nakomt een onevenredig hoge schadevergoeding op te leggen (art. 1.e van de bijlage bij de Richtlijn). De lijst van bedingen in de bijlage bij de Richtlijn is volgens art. 3 lid 3 van de Richtlijn indicatief en niet uitputtend, zodat voor de vraag of het beding oneerlijk is geen aansluiting bij een beding van die lijst hoeft te worden gezocht. Waar het om gaat, is of sprake is van een beding waarover niet afzonderlijk is onderhandeld (dat is hier het geval) en of het beding, in strijd met de goede trouw, het evenwicht tus-

sen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort (art. 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 (art. 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 accepta-

tie door geïntimeerde van de erfpachtaanbieding van de gemeente waarin het boetebeding was opgenomen (zie rov. 2.1.4 en 2.1.5).

3.3 Het hof stelt voorop dat er op zichzelf geen bezwaar tegen bestaat dat de gemeente haar beleidsdoelstelling, dat de kavels in dezelfde periode worden gebouwd in verband met het inrichten van de openbare ruimte en het beperken van de bouwoverlast, mede door middel van een boetebeding beoogt te bewerkstelligen. Aan de gemeente kan worden toegegeven dat een dergelijk (in de woorden van de gemeente 'disciplinerend en preventief werkend') instrument waarschijnlijk effectiever en (kosten)efficiënter is dan het afdwingen van de naleving van normen door het voeren van daartoe strekkende procedures voor de civiele rechter, versterkt met dwangsommen. Het gebruikmaken van publiekrechtelijke bevoegdheden is ook niet wettelijk voorgeschreven, terwijl het administratieve recht de gemeente niet de mogelijkheden biedt die een contractuele boete haar wel geeft, zodat er geen belemmering is voor de gemeente om dit civielrechtelijke instrument te benutten.

3.4 Anders dan de rechtbank acht het hof in het onderhavige geval een boete ter hoogte van € 10.000 per maand als zodanig niet onredelijk bezwarend. 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.

3.5 Wel moet worden geconstateerd dat in het boetebeding zelf geen maximumbedrag is opgenomen, zodat het uiteindelijke bedrag van de boete geen contractuele limiet kent, maar onbeperkt kan oplopen. Dat is een aspect dat, in samenhang met hetgeen hierna onder 3.6 e.v. wordt overwogen, het beding onredelijk bezwarend maakt. De gemeente heeft weliswaar aangevoerd dat zij het beleid voert om de boetes die zij oplegt te beperken tot een maximumbedrag van € 120.000 maar gesteld noch gebleken is dat ten tijde van de acceptatie door geïntimeerde van de erfpachtaanbieding van de gemeente het voor geïntimeerde duidelijk was dat de gemeente dit limiteringsbeleid hanteerde. Om het bezwaarlijke karakter aan het beding te ontnemen had de limitering dan ook minst genomen in het beding zelf dienen te zijn verwoord. De vraag of indien het boetebeding tot een bedrag van € 120.000 zou zijn gelimiteerd, dat zou meebrengen dat het boetebeding niet onredelijk bezwarend is, is in dit

geding overigens niet ter beantwoording aan het hof voorgelegd, zodat daarover ook geen oordeel wordt gegeven.

3.6 Daar komt nog bij dat de gemeente, zolang althans de erfpacht niet is gevestigd, krachtens de overige erfpachtvoorwaarden bevoegd is geen uitvoering meer te geven aan de erfpachtvereenkomst ingeval de erfpachter niet aan het boetebeding voldoet, maar de erfpachter op zijn beurt geen enkele contractuele mogelijkheid heeft om aan de werking van het boetebeding te ontkomen. Dat wreekt zich in het bijzonder indien de boetes ongelimiteerd oplopen.

3.7 Bij de beoordeling van het onderhavige boetebeding hanteert het hof verder als uitgangspunt dat het redelijkerwijs mogelijk dient te zijn om in de periode gelegen tussen de datum waarop de bouwvergunning moest zijn aangevraagd en de datum waarop de bebouwing voltooid moest zijn (deze periode wordt hierna ook 'de bouwtermijn' genoemd) de bouwvergunning te verkrijgen, aannemers te contracteren om het vergunde bouwplan te realiseren en de bouw te voltooien. Ook met inachtneming van het doel van het boetebeding behoort de bouwtermijn daarnaast enige tijd te gunnen, dan wel voldoende flexibiliteit te bieden (door bijvoorbeeld in uitstel of 'stand still' te voorzien) om vertragingen het hoofd te kunnen bieden die worden veroorzaakt door het optreden van (niet aan de aanvrager verwijtbare) voorzienbare dan wel onvoorziene omstandigheden tijdens het bouwproces. Een voorbeeld van een dergelijke omstandigheid is in het onderhavige geval het aanvragen van een vrijstelling van het bestemmingsplan, vooral omdat het hier om zelfbouw gaat. De gemeente heeft in haar brochure voor Steigereiland (productie 2 bij inleidende dagvaarding) benadrukt dat het project de kans biedt 'helemaal volgens uw eigen inzichten' te bouwen. Dan ligt in de lijn der verwachting dat gegadigden de mogelijkheid voor het maken van individuele keuzes in het ontwerp van hun woning optimaal benutten.

3.8 Met de procedure tot verstrekking van de bouwvergunning is hoe dan ook een periode van enkele weken (zij het, gelet op art. 46 lid 1 Woningwet maximaal 12 weken) gemoeid. Indien een vrijstelling van het bestemmingsplan wordt verzocht, is die procedure aanmerkelijk langer; gezien de conclusies in het rapport van de ombudsman van de gemeente (productie 10 bij inleidende dagvaarding) zal het hof daarbij uitgaan van een duur van ongeveer zes maanden. Voor het contracteren van een aannemer (hetgeen eerst definitief kan plaatsvinden nadat de bouwvergunning, al dan niet met een vrijstelling, is verstrekt) en het door die aannemer inplannen van de werkzaamheden zullen, naar redelijkerwijs mag

worden aangenomen, vervolgens ook enkele weken benodigd zijn. Het hof zal er verder vanuit gaan dat een daadwerkelijke bouwtijd van circa tien maanden voor woningen in dit project redelijk is, nu de aannemer van geïntimeerde een dergelijke bouwtijd verwachtte (zie rov. 2.1.9) en de gemeente niet heeft aangevoerd dat die bouwtijd onredelijk lang was. Dit een en ander leidt ertoe dat de bouwtermijn al snel (veel) meer dan 12 maanden in beslag neemt, te meer wanneer ook rekening wordt gehouden met het optreden van – kort gezegd – vertragingen. Een redelijke bouwtermijn dient daarom aanmerkelijk langer dan 12 maanden te zijn.

3.9 De bouwtermijn in het boetebeding liep van 17 februari 2009 tot 1 maart 2009 en duurde daarmee 12,5 maand. Die termijn is dus te kort, zeker wanneer (zoals in het onderhavige geval) bij de aanvraag van de bouwvergunning een vrijstelling van het bestemmingsplan wordt verzocht. Het verbeuren van boetes is dan welhaast onvermijdelijk.

3.10 Nu het boetebeding voorziet in ongelimiteerde contractuele boetes die zijn verbonden aan een te korte bouwtermijn, terwijl de erfpachter verplicht is om de erfpacht hoe dan ook voort te zetten, is het hof van oordeel dat het boetebeding voor geïntimeerde onredelijk bezwarend is als bedoeld in art. 6:233 aanhef en sub a BW, uitgelegd in overeenstemming met art. 3 lid 1 van de Richtlijn.

3.11 Aan het onder 3.10 gegeven oordeel doet niet af dat de gemeente de uiterste datum voor voltooiing van de bouw van de woning van geïntimeerde nog enkele malen heeft uitgesteld tot (uiteindelijk) 10 december 2009 en geïntimeerde aldus een ruimere bouwtermijn heeft gegeven. Gesteld noch gebleken is immers dat ten tijde van de acceptatie van de erfpachtaanbieding door geïntimeerde al bekend was dat de gemeente – in weerwil van de duidelijke tekst van het boetebeding – een uitstelbeleid zou hanteren dat geïntimeerde in staat zou stellen om de bouw te voltooien binnen de tijd die zij daarvoor redelijkerwijs nodig had, zonder het risico boetes te verbeuren; uit rov. 2.1.12 en 2.1.13 volgt integendeel dat de gemeente, na eerst boetes te hebben opgelegd, daartoe pas veel later en na aandringen door de advocaat van geïntimeerde bereid was.

3.12 De gemeente heeft nog aangevoerd dat geïntimeerde kan worden verweten dat zij de bouwtermijn niet heeft gehaald, omdat zich vertragende omstandigheden hebben voorgedaan die voor haar risico komen. Voor zover de gemeente daarmee bedoelt aan te voeren dat ook indien de contractuele bouwtermijn niet te kort zou zijn geweest, geïntimeerde boetes zou hebben verbeurd, verwierpt het hof dat betoog als niet ter zake dienend. De gevorderde contractuele boetes zijn immers gebaseerd op een,

als onredelijk bezwarend, vernietigd beding, zodat de gemeente op die boetes hoe dan ook geen aanspraak kan maken.

3.13 Op deze oordelen stuiten de grieven af. Het incidenteel appel, dat ook tegen het tussenvonnis van 23 april 2014 is gericht, treft evenmin doel nu dat strekt tot de beslissing die thans wordt gegeven en het in wezen voorwaardelijk (namelijk onder de voorwaarde dat een grief in het principaal appel doel zou treffen) is ingesteld.

3.14 Het (eind)vonnis waarvan beroep zal daarom worden bekrachtigd. De gemeente zal als de in het ongelijk te stellen partij worden verwezen in de kosten van het geding in principaal appel. Hoewel het incidenteel appel nodeloos is ingesteld, zal het hof conform vaste rechtspraak in dat appel geen kostenveroordeling uitspreken.

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het (eind)vonnis waarvan beroep; veroordeelt de gemeente in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, tot op heden aan de zijde van geïntimeerde begroot op € 1.615 aan verschotten en € 7.896 voor salaris;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.