

# Jurisprudentie- en actualiteitenoverzicht 2017 (civiel recht)

BW, Rv, FW

De Hoge Raad heeft gedurende 2017 voor de vastgoedpraktijk meerdere relevante uitspraken gedaan. Wij hebben een selectie gemaakt van uitspraken die wij het meest interessant vinden. De uitspraken beslaan het gebied van koop, huur, volmacht, vaststellingsovereenkomst en erfdienstbaarheid. Ter afsluiting wordt de nieuwe wet behandeld die beoogt verenigingen van eigenaars beter te laten functioneren.



mr. J.W.A. Hockx    mr. S.H. Westera

## 1. KOOPVEREENKOMST OP EEN BIERVILTJE?

*Inleiding en wettelijk kader*

Een koopovereenkomst van vastgoed is de overeenkomst waarbij de verkoper zich verplicht vastgoed over te dragen tegen ontvangst van een koopprijs en de koper zich verplicht die koopprijs te betalen (vgl. art. 7:1 BW). Indien een consument een woning koopt, dan moet de koop schriftelijk zijn (art. 7:2, lid 1, BW). Daarbuiten is de koopovereenkomst van vastgoed vormvrij en kan dus ook mondeling tot stand komen. Vaak wordt de koopovereenkomst toch schriftelijk vastgelegd, vanwege het bewijs dat een koopovereenkomst is gesloten en wat de inhoud is van de gemaakte afspraken. De door verkoper en koper ondertekende koopakte levert tussen die partijen dwingend bewijs dat partijen hebben verklaard wat in die koopakte is vastgelegd en dat hetgeen is verklaard tussen partijen als waarheid geldt (art. 157, lid 2, Rv.). Dat is voor de rechter ook het uitgangspunt. Indien een partij het daar toch niet mee eens is, kan hij tegenbewijs leveren (art. 151, lid 2, Rv.). Dat kan met alle middelen (art. 152, lid 1, Rv.). Hetzelfde geldt voor het leveren van bewijs als er geen koopakte is. De rechter bepaalt welke waarde hij aan deze vrije bewijsmiddelen toekent (art. 152, lid 2, Rv.).

*Casus*

In een bespreking tussen eiseres en verweerder is gesproken over de verkoop en koop van een perceel grond. Verweerder heeft vervolgens de in het gesprek gemaakte afspraken met steekwoorden opgeschreven. Het schriftelijke stuk vermeld onder andere de woorden 'overeengekomen' en 'aankoop grond'; de kadastrale aanduiding en grootte van de grond; de koopprijs; de beoogde leveringsdatum; ontbindende voorwaarden financiering en toestemming. Verweerder en de bestuurder van eiseres hebben dit ondertekend. Gelet op het summere karakter doet het schriftelijke stuk denken aan afspraken op een bierviltje of de achterkant van een sigarenkistje. Vervolgens is in geschil of het bierviltje<sup>1</sup> een koopovereenkomst bevat (eiseres) of slechts een intentieovereenkomst (verweerder).

De voorzieningenrechter wijst in kort geding de vordering van eiseres tot levering toe, waarna de grond ook daadwerkelijk door verweerder aan eiseres wordt geleverd. In hoger beroep vernietigt het hof echter de uitspraak van de voorzieningenrechter, waarna de grond door eiseres aan verweerder wordt teruggeleverd. In de bodemprocedure die daarop volgt, wordt door zowel de rechtbank als het Hof de vordering van eiseres tot levering afgewezen.

Het hof moest oordelen over het bestaan van een koopovereenkomst. Het hof heeft over het bierviltje overwogen dat daarop geen concrete, op koop en verkoop gerichte verklaring staat en dat (uitleg van) hetgeen partijen op het bierviltje hebben verklaard onvoldoende is om daaraan met dwingende bewijskracht de conclusie te verbinden dat een koopovereenkomst tot stand is gekomen. Uit de verklaringen van de gehoorde getuigen heeft het hof niet kunnen vaststellen dat er wilsovereenstemming was over een verkoop en koop. Volgens het hof is er dus geen koopovereenkomst tot stand gekomen.

*Hoge Raad<sup>2</sup>*

De Hoge Raad kan zich vinden in de uitleg die het hof aan het bierviltje geeft dat het dwingende bewijskracht mist ten aanzien van het bestaan van een koopovereenkomst wegens het ontbreken van een duidelijke op verkoop en koop gerichte verklaring.

Niettemin vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof en verwijst door naar een ander hof. Dat komt omdat het hof niet duidelijk is over of en hoe het hof de inhoud van het bierviltje als vrij bewijsmiddel heeft meegewogen. Heeft het hof de inhoud van het bierviltje niet meegenomen, dan is dat onjuist. Het bierviltje moet, net zoals de andere vrije bewijsmiddelen, gewoon in het oordeel worden meegenomen. Zou het hof dat wel hebben gedaan, dan is dat in ieder geval onvoldoende gemotiveerd. Het hof had volgens de Hoge Raad aandacht moeten besteden aan de woorden 'overeengekomen' en 'aankoop grond' op het bierviltje naast de essentialia die het bierviltje bevat ten aanzien van een eventuele verkoop en koop.

## 2. KOOP DOOR BEDROG. GEVOLGEN NIET TIJDIG KLAGEN OF PROCEDEREN VOOR VORDERING KOPER GEBASEERD OP BEDROG

### *Inleiding en wettelijk kader*

Een koper kan geen beroep meer doen op dat de afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, indien de koper dit niet binnen een bekwame tijd heeft gemeld aan de verkoper, nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken (art. 7:23, lid 1, BW). Wanneer aan een zaak een eigenschap ontbreekt die deze volgens de verkoper bezat, dan moet de kennisgeving geschieden binnen bekwame tijd na de ontdekking daarvan. Zie voor de vraag wanneer tijdig aan deze klaagplicht is voldaan het jaaroverzicht 2014.<sup>3</sup> Klaagt de koper wel tijdig, dan verjaren rechtsvorderingen en verweeren ter zake van de non-conformiteit waarover is geklaagd, door het verloop van twee jaar na de klacht (art. 7:23, lid 2, BW). Indien de koper niet (tijdig) klaagt of na tijdig klagen niet doorzet zodat de rechtsvordering verjaart, dan verspeelt de koper al zijn rechten ter zake van de non-conformiteit. Dat zijn allereerst de gebruikelijke rechten uit hoofde van de koop. Genoemd kunnen worden: het recht op een eventueel verbeurde boete, het recht op gehele of gedeeltelijke ontbinding van de koopovereenkomst, het recht op schadevergoeding wegens tekortschieten. Maar het gaat verder. De koper verspeelt ook het recht op schadevergoeding wegens onrechtmatige daad<sup>4</sup> en het recht op vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling.<sup>5</sup> In de literatuur bestond discussie over de vraag of de koper ook het recht op vernietiging van de koopovereenkomst of schadevergoeding wegens bedrog verspeelt.<sup>6</sup>

### *Casus*

Olimar B.V. koopt van en krijgt geleverd door verkopers aandelen in Prowi Holding B.V. De koopprijs bedraagt € 8.000.000. Bij de levering in maart 2002 betaalt Olimar € 6.000.000; het restant wordt schuldig gebleven. In juli 2002 beroept de advocaat van Olimar zich erop dat de koopovereenkomst tot stand is gekomen door onder meer bedrog van de zijde van verkopers. Verkopers hebben Olimar opzettelijk onjuiste informatie gegeven en belangrijke zaken over de onderneming verzwegen, teneinde Olimar ertoe te bewegen de koopovereenkomst aan te gaan. Na faillietverklaring van Olimar in september 2002 draagt de curator de vordering tot schadevergoeding op verkopers ter zake van het bedrog in februari 2012 over aan MBS Raad B.V. De advocaat van MBS heeft in maart 2012 de verjaring van alle aanspraken en vorderingen van MBS tegen verkopers gestuit.

### *Hoge Raad<sup>7</sup>*

De Hoge Raad oordeelt dat art. 7:23 BW voor het begin van de verjaringstermijn uitdrukkelijk rekening houdt met het geval dat de verkoper opzettelijk een onjuiste indruk over de eigenschappen van de zaak heeft gewekt. De verjaringstermijn van art. 7:23, lid 2, BW is volgens de Hoge Raad dan ook van toepassing op een vordering gebaseerd op bedrog waaraan feiten ten grondslag liggen die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt (non-conform is). Voor zover de vordering wegens bedrog is onderbouwd met feiten die zelfstandig (=los van de feiten die de toewijzing van een non-conformiteitsvordering kunnen dragen) bedrog opleveren, is de verjaringstermijn van art. 7:23, lid 2, BW niet van toepassing.

Onzes inziens mag worden aangenomen dat de vervaltermijn van art. 7:23, lid 1, BW (het verspelen van rechten bij niet tijdig klagen) eveneens niet van toepassing is voor zover de vordering of het verweer van de koper wegens bedrog van de verkoper is onderbouwd met feiten die zelfstandig bedrog opleveren.

## 3. KOOP BREEKT GEEN HUUR. OOK ALS DE KOOP SLECHTS EEN GEDEELTE VAN HET VASTGOED BETREFT?!

### *Inleiding en wettelijk kader*

'Koop breekt geen huur'. Dit alom bekende adagium is neergelegd in art. 7:226 BW en komt erop neer dat bij overdracht van een verhuurde onroerende zaak of de vestiging van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal daarop, de huurovereenkomst wordt voortgezet door de verkrijger. De bepaling strekt ertoe dat een huurder bij de overdracht van het huurobject zijn huurgenot niet verloren ziet gaan. Het recht van die huurder is immers in beginsel obligatoir en art. 7:226 BW heeft de functie om aan dat recht een zekere werking ten opzichte van rechtsopvolgers toe te kennen.

### *Casus*

Een huurder heeft met een verhuurder een huurovereenkomst gesloten ter zake van een perceel grond met daarop een opstal. De oorspronkelijke verhuurder heeft een gedeelte van het verhuurde perceel (en wel het gedeelte met daarop de opstal) verkocht en overgedragen aan een koper. Deze koper zegt anderhalf jaar later de huurovereenkomst met de huurder op.

Bij het gerecht in eerste aanleg<sup>8</sup> heeft huurder onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat de huurverhouding tussen de oorspronkelijke verhuurder en huurder nog rechtsgeldig voortduurt en dat huurder uitsluitend aan de oorspronkelijk verhuurder huurtermijnen is verschuldigd, dan wel verdeling van de huurpenningen tussen de oorspronkelijke verhuurder en de koper naar evenredigheid, met bepaling van het tijdstip van de verdeling. Koper heeft in reconventie een bevel tot ont ruiming, betaling van achterstallige huurtermijnen en betaling van een gebruiksvergoeding gevorderd.

Het gerecht heeft de vorderingen van huurder afgewezen en die van koper grotendeels toegewezen.

In hoger beroep overweegt het hof dat de wettelijke regel van 'koop breekt geen huur'<sup>9</sup> niet van toepassing is nu niet de gehele zaak waarop de huurovereenkomst betrekking heeft is overgedragen en zijn de rechten en verplichtingen van de oorspronkelijke verhuurder niet (deels) op de koper overgegaan, zodat er geen huurovereenkomst tussen de huurder en de koper is ontstaan. De huurovereenkomst tussen huurder en de oorspronkelijke verhuurder is blijven bestaan. Krachtens die huurovereenkomst heeft huurder aanspraak op het gebruik van het aan de koper overgedragen perceel. Het hof vernietigt het vonnis van het gerecht in eerste aanleg en verklaart voor recht dat huurder, zolang het gebruik van het deel van het perceel met opstal krachtens de huurovereenkomst met de oorspronkelijk verhuurder geschiedt, geen huur aan koper is verschuldigd.

### *Hoge Raad<sup>10</sup>*

De Hoge Raad geeft aan dat de bepaling inzake 'koop breekt geen huur'<sup>11</sup> ertoe strekt dat een huurder bij de overdracht van het huurobject zijn huurgenot niet verloren ziet gaan. Het recht van die huurder is immers in beginsel obligatoir en de

bepaling inzake 'koop breekt geen huur' heeft de functie om aan dat recht een zekere werking ten opzichte van rechtsopvolgers toe te kennen. De rechten en verplichtingen van de verhuurder gaan ingevolge die bepaling over op de verkrijger van de verhuurde zaak, die dan opvolgend verhuurder wordt. De regel van 'koop breekt geen huur' wordt niet bezwaarlijk geacht voor de verkrijger: die verkrijgt immers het recht op de huurpenningen.

Met betrekking tot de overdracht van een gedeelte van een verhuurde zaak vermeldt de parlementaire geschiedenis kort gezegd dat de bepaling inzake de regel van 'koop breekt geen huur' slechts geldt voor de situatie dat de gehele zaak wordt overgedragen of de gehele zaak met een recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal wordt bezwaard, maar dat de bepaling niet uitputtend is. Het kan nodig zijn ook deze bepalingen, waar de bescherming van de huurder dit eist, extensief uit te leggen. Het is immers niet goed mogelijk voor alle gevallen die zich in de – toekomstige – praktijk nog zouden kunnen voordoen een uitgewerkte regel op te nemen.

Volgens de Hoge Raad blijkt niet dat de wetgever de huurder bescherming tegen een opvolgende verkrijger van een gedeelte van het gehuurde heeft willen onthouden. Het onthouden daarvan zou in voorkomend geval ook onaanvaardbaar afbreuk (kunnen) doen aan de strekking van art. 7:226 BW. Daarom moet worden aanvaard dat door middel van een extensieve uitleg van art. 7:226 BW of, in voorkomend geval, toepassing van art. 7:227 BW bij analogie, kan worden voorzien in de bescherming van de huurder in geval van een gedeeltelijke overdracht van het verhuurde. Extensieve uitleg van art. 7:226 BW zal ertoe kunnen leiden dat de huurverhouding wordt gesplitst in twee (of meer) huurovereenkomsten. Van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of zodanige splitsing tot een zinnig resultaat leidt.

In deze casus leent de regel van 'koop breekt geen huur' zich voor toepassing, omdat volgens de Hoge Raad niet valt in te zien dat deze toepassing in dat geval niet tot een zinnig resultaat leidt. Dit heeft tot gevolg dat de oorspronkelijke huurovereenkomst door de eigendomsovergang wordt gesplitst in twee huurovereenkomsten.

Verder oordeelt de Hoge Raad nog dat zolang de huurder niet van de vervreemding heeft kennisgenomen, hij in beginsel de gehele huurprijs bevrijdend aan zijn oorspronkelijke verhuurder kan betalen. Na kennisneming van de vervreemding geldt dat laatste niet meer, maar is wel het uitgangspunt dat de huurder is gerechtigd iedere betaling van de huurprijs op te schorten totdat de verhuurders hem gezamenlijk, of ieder voor zich maar eensluidend, hebben meegedeeld hoe de oorspronkelijke huurprijs moet worden gesplitst (dan wel op welke rekening de totale huursom ten behoeve van beide verhuurders moet worden gestort).

#### **4. DE LEER UIT AUKEMA Q.Q./UNI-INVEST EN NIEUWBUREN/ROMANIA BEHEER IS OOK VAN TOEPASSING OP BANKGARANTIES EN DE DAARMEE SAMENHANGENDE REGRESVORDERING**

*Inleiding en wettelijk kader*

In het arrest *Aukema q.q./Uni-invest*<sup>12</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verhuurder geen recht heeft op vergoeding door de boedel van de failliete huurder van de door de verhuurder geleden (leegstand)schade als gevolg van een opzegging van de

huurovereenkomst door de curator op grond van art. 39 FW. De Hoge Raad heeft in dat arrest overwogen dat art. 39 FW op een afweging van belangen berust, met aan de ene kant het belang van de boedel om het oplopen van de boedelschulden in de vorm van verschuldigde huurpenningen te voorkomen en aan de andere kant het belang van de verhuurder bij betaling van de huurpenningen. De afweging van deze belangen door de wetgever heeft geresulteerd in de mogelijkheid voor de curator om de huurovereenkomst op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden, waarbij de huurpenningen over deze drie maanden worden aangemerkt als boedelschuld. Er is geen reden gezien om de verhuurder daarnaast nog een recht op schadevergoeding toe te kennen.

In het arrest *Nieuwburen/Romania Beheer*<sup>13</sup> heeft de Hoge Raad de overwegingen uit het arrest *Aukema/Uni-Invest* bevestigd en voorts geoordeeld dat er geen aanleiding is om een contractueel tussen de verhuurder en de huurder overeengekomen schadevergoedingsbeding wegens een voortijdig einde van de huurovereenkomst door het faillissement van de huurder nietig te achten jegens de gefailleerde zelf. Maar de daaruit resulterende vordering komt dus niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder. De Hoge Raad was verder van oordeel dat op het moment dat een derde de nakoming van een dergelijk contractueel overeengekomen schadebeding heeft gegarandeerd, de verhuurder de nakoming van dat beding kan verlangen van die garant, tenzij anders is bedongen. Maar die garant kan eveneens de uit de nakoming van die garantie voortvloeiende regresvordering niet uitoefenen jegens de boedel van de gefailleerde huurder.

*Casus*

De onderhavige casus is een volgende variant op dit thema, waarbij een bank op verzoek van een huurder een bankgarantie heeft afgegeven ten gunste van de verhuurder. De bank heeft voor hetzelfde bedrag als waarvoor de bankgarantie is afgegeven een contragarantie bedongen bij de huurder. Nadat de huurder in staat van faillissement is verklaard, heeft de verhuurder de bank verzocht een bedrag uit te keren onder de bankgarantie, welk bedrag hoger was dan het bedrag van de huurpenningen over drie maanden, aan welk verzoek door de bank is voldaan. De bank verrekent dat bedrag vervolgens met het op een bankrekening van huurder geblokkeerde creditsaldo. De curator verzet zich hier niet tegen. Wel vordert de curator (onder meer) een verklaring voor recht dat de verhuurder niet was gerechtigd de bankgarantie te trekken voor een hoger bedrag dan krachtens art. 39 FW in aanmerking mag worden genomen en vordert van de verhuurder (terug)betaling van het door de bank teveel aan verhuurder betaalde.

*Hoge Raad*<sup>14</sup>

De Hoge Raad oordeelt dat de belangenafweging van art. 39 FW slechts betrekking heeft op de verhouding tussen verhuurder en boedel. De op die afweging berustende regeling van art. 39 FW strekt niet mede ter bescherming van het belang van de gefailleerde. Een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder is dan ook niet nietig jegens de gefailleerde huurder zelf. Als een huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van art. 37 FW, heeft een dergelijk beding alleen geen effect jegens de boedel en komt de daaruit

resulterende vordering niet in aanmerking voor verificatie in het faillissement van de huurder en kan evenmin op andere wijze ten laste van de boedel worden gebracht.

Indien een derde de nakoming van de bedoelde vordering heeft gegarandeerd, brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van art. 39 FW geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, *tenzij anders is bedongen*.<sup>15</sup>

Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel. Daarbij maakt niet uit op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht; de aard van de vordering staat eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht.

Dit oordeel van de Hoge Raad is dus volledig in lijn met de hiervoor omschreven arresten *Aukema q.q./Uni-invest* en *Nieuwburen/Romania Beheer* en maakt de grenzen daarvan duidelijker. Daaraan voegt de Hoge Raad nog een oordeel toe, namelijk over de vraag of de verhuurder ongerechtvaardigd is verrijkt. Daarbij is voor de Hoge Raad uitgangspunt dat het hof eerder ervan uit is gegaan dat de verhuurder gerechtigd was (ook) leegstandschaade onder de bankgarantie te claimen. Volgens de Hoge Raad is de verhuurder niet ongerechtvaardigd verrijkt doordat de bank de verhuurder onder de bankgarantie heeft uitgekeerd en vervolgens de bank – in weerwil van het hiervoor vermelde oordeel van de Hoge Raad daarover – verhaal heeft genomen op de boedel en de curator zich daartegen niet heeft verzet. De ontvangst van een betaling waarop verhuurder (volgens genoemd uitgangspunt) in haar verhouding tot de bank was gerechtigd, werd niet ongerechtvaardigd doordat de bank verhaal nam op de boedel en de curator zich daar niet tegen verzette.

## 5. OOK EEN GEBRUIKER HEEFT ONDER OMSTANDIGHEDEN HET RECHT ONTRUIMING VAN EEN ONROERENDE ZAAK VAN EEN CURATOR TE VORDEREN, HETGEEN DAN EEN BOEDELSCHULD OPLEVERT

*Inleiding en wettelijk kader*

In het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*<sup>16</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een gewezen verhuurder uit hoofde van zijn recht op het gehuurde kan verlangen dat een curator in geval van faillissement van de huurder de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd. Deze verplichting rust op de curator in zijn hoedanigheid en is derhalve een boedelschuld en geen concurrente schuld.

In het te bespreken arrest is de eiser niet de eigenaar van de onroerende zaak, maar gerechtigd tot een exclusief gebruiksrecht op grond van een met de eigenaar gesloten gebruiksovereenkomst. Levert dat nu een ander resultaat op dan in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*?

*Casus*

Eiser exploiteert een opslagterrein voor afvalstoffen. Dat terrein heeft zij in gebruik op grond van een met de eigenaar (de provincie) gesloten gebruiksovereenkomst. Op het terrein liggen afvalstoffen opgeslagen afkomstig van Aluminium Delfzijl B.V. (hierna: Aldel). Aldel heeft hiertoe met eiser een overeenkomst tot opslag van bepaalde afvalstoffen gesloten en met een derde partij (A) die samenwerkt met eiser voor de andere afvalstoffen. Aldel is met eiser en A overeengekomen dat

Aldel eigenaar blijft van de afvalstoffen op het terrein. Aldel is daarna failliet verklaard. De curatoren hebben aan A en eiser kenbaar gemaakt dat zij de overeenkomsten op grond waarvan de afvalstoffen zijn opgeslagen, niet langer gestand doen. A en eiser hebben de overeenkomsten vervolgens gedeeltelijk ontbonden en de curatoren gesommeerd om de reststoffen, die een negatieve waarde vertegenwoordigen, van het terrein te verwijderen. De curatoren geven geen gehoor aan die sommatie.

De voorzieningenrechten wijst vervolgens de vordering van eiser, dat Aldel inbreuk maakt op het eigendomsrecht van eiser, toe.<sup>17</sup>

Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de vordering van eiser alsnog afgewezen. Ten eerste, omdat geen sprake is van een inbreuk op het eigendomsrecht van eiser, omdat eiser geen eigenaar was van het terrein ten tijde van het instellen van de vordering. In hoger beroep voert eiser nog als argument aan dat de afvalstoffen zonder recht of titel – derhalve onrechtmatig – waren opgeslagen en dat de curatoren verplicht waren om aan deze onrechtmatige toestand een einde te maken door de afvalstoffen van het terrein te verwijderen. Eiser vordert dus geen nakoming van een verbintenis uit een (ontbonden) overeenkomst, maar van een objectieve rechtsplicht. Het hof overweegt ten aanzien hiervan dat de overeenkomst tussen eiser en Aldel een wederkerige (duur) overeenkomsten betreft ter zake van de opslag en verwerking van reststoffen. Als de curator een zodanige overeenkomst na faillietverklaring niet gestand doet, levert dat in het faillissement een concurrente vordering op. Het standpunt van eiser zou tot gevolg hebben dat als een curator die rechtmatig gebruikmaakt van de mogelijkheid om een wederkerige overeenkomst niet gestand te doen<sup>18</sup> onrechtmatig handelt indien hij de gevolgen daarvan niet ongedaan maakt, met een boedelschuld tot schadevergoeding als gevolg, het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers van de Faillissementswet op niet aanvaardbare wijze wordt doorkruist. Ook overweegt het hof dat onder meer uit het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*<sup>19</sup> moet worden afgeleid dat slechts de (gewezen) verhuurder die eigenaar is van het gehuurde kan verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd, welke verplichting een boedelschuld is. Het hof komt daarmee tot de slotsom dat op de curatoren niet een verplichting rust de afvalstoffen van het terrein van eiser te (doen) verwijderen, althans de daaraan verbonden kosten als boedelschuld te dragen.

*Hoge Raad*<sup>20</sup>

De Hoge Raad oordeelt vrij kort en bondig dat indien de wederpartij van de failliet geen eigenaar is, maar een exclusief gebruiksrecht heeft van het gebouw waarin of van het terrein waarop zich na ontbinding van de overeenkomst nog tot de boedel behorende zaken bevinden, zij aan dat gebruiksrecht in beginsel evenzeer het recht ontleent om van de curator verwijdering van die zaken te verlangen. Een exclusief gebruiksrecht omvat immers doorgaans mede de bevoegdheid zich te verzetten tegen een storing in het genot van de zaak waarop het gebruiksrecht betrekking heeft.<sup>21</sup>

De Hoge Raad oordeelt dan ook dat de curator gehouden is de desbetreffende zaken te verwijderen, tenzij hij stelt en bij tegenspraak bewijst dat de wederpartij uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van het gebouw of terrein geen aanspraak daarop kan maken. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof.

## 6. COURTAGE VERKOOPMAKELAAR EN BERUSTEN VERKOPER IN BEROEP OP ONTBINDENDE VOORWAARDE DOOR KOPER

### *Inleiding en wettelijk kader*

De overeenkomst die een verkoper met zijn makelaar aangaat is een overeenkomst van opdracht. Veelal zal zijn overeengekomen dat een verkoper aan zijn makelaar courtage is verschuldigd indien tijdens de opdracht een koopovereenkomst met betrekking tot de te verkopen onroerende zaak tot stand komt.<sup>22</sup> In koopovereenkomsten wordt regelmatig een financieringsvoorbehoud als ontbindende voorwaarde overeengekomen. Daaraan wordt vaak de eis gesteld dat een beroep daarop alleen onder bepaalde voorwaarden mogelijk is, bijvoorbeeld het overleggen van twee schriftelijke afwijzingen van twee verschillende geldverstrekking instellingen (waaraan tevens kwaliteitseisen kunnen worden verbonden). Heeft een makelaar nu recht op zijn courtage indien een verkoper zich (al dan niet noodzakelijk) neerlegt bij een beroep op een financieringsvoorbehoud door koper?

### *Casus*

De verkoper heeft een beroep op het financieringsvoorbehoud door de koper geaccepteerd. Volgens de makelaar voldeed dat beroep op het financieringsvoorbehoud niet, omdat slechts een schriftelijke afwijzing van een geldvertrekkende instelling is overlegd, naast een e-mail van een hypotheekadviseur waarin werd aangegeven dat een andere afwijzing nog zou volgen. In de procedure is gesteld noch gebleken dat verkoper op dat moment de vervulling van de voorwaarde heeft betwist of tegen het intropen van de ontbindende voorwaarde heeft geprotesteerd. Sterker nog, verkoper heeft in de procedure zelfs aangegeven dat zij, op basis van de mededeling van koper en de beschikbare informatie, ervan uitging dat koper de financiering niet rond kon krijgen. Desalniettemin heeft de makelaar een brief geschreven aan koper waarin hij heeft aangegeven dat niet is voldaan aan de vereisten van het financieringsvoorbehoud en dat de koop daarmee definitief is geworden. Vervolgens heeft de makelaar aan zijn opdrachtgever – de verkoper – een courtagenota gezonden onder verwijzing naar de omstandigheid dat na het vervallen van de termijnen van de ontbindende voorwaarden de koopovereenkomst onherroepelijk is geworden.

In hoger beroep bekrachtigt het hof de afwijzing door de kantonrechter van de vordering van de makelaar tot betaling van de courtage. Het hof is van oordeel dat beslissend is de omstandigheid dat verkoper het beroep op de ontbindende voorwaarde heeft aanvaard en dat koper en verkoper zelf ervan zijn uitgegaan dat de koopovereenkomst is ontbonden. Een derde (zoals de makelaar) kan zich niet – met het door de makelaar beoogde rechtsgevolg – erop beroepen dat deze koopovereenkomst niet (op de juiste wijze) zou zijn ontbonden. Nu koper in deze procedure geen partij is, kan het hof niet treden in de rechtsverhouding tussen verkoper en koper en zeker niet uitgaan van een oordeel over die rechtsverhouding dat volledig in strijd is met de standpunten van de partijen daarbij.

### *Hoge Raad<sup>23</sup>*

Volgens de Hoge Raad komt het recht van de verkoopmakelaar op courtage niet te vervallen op de enkele grond dat zijn cliënt, de verkoper, het beroep van koper op de ontbindende voorwaarde heeft aanvaard. Indien dit beroep van koper op kennelijk ontoereikende gronden is gebaseerd, kan de omstan-

digheid dat verkoper dit beroep heeft aanvaard, geen afbreuk doen aan het recht van de makelaar op de voor zijn diensten overeengekomen courtage.

Desondanks leidt dit niet tot cassatie.

Allereerst kan volgens de Hoge Raad onder de in het geding vaststaande omstandigheden redelijkerwijs worden betwijfeld of een beroep van verkoper jegens koper, op het niet vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde, zou kunnen slagen.<sup>24</sup>

Bovendien is het beroep op het gestelde feit dat de ontbindende voorwaarde niet rechtsgeldig is ingeroepen, gedaan door de makelaar *als verkoopmakelaar* van verkoper. De verkoopmakelaar moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW). Deze zorgplicht brengt mee dat de verkoopmakelaar bij het uitvoeren van zijn opdracht het belang van zijn opdrachtgever centraal dient te stellen en belangenverstrengeling dient te voorkomen. Dat brengt volgens de Hoge Raad in dit geval (waarin redelijkerwijs kan worden betwijfeld of een beroep op het niet vervuld zijn van de ontbindende voorwaarde zou kunnen slagen) mee dat de makelaar de rechtsgeldigheid moet aanvaarden van een beroep van de koper op een ontbindende voorwaarde, indien zijn cliënt zich bij dat beroep neerlegt.

## 7. ONBEVOEGDE VERTEGENWOORDIGING; HET RISICOBEGINSEL

### *Inleiding en wettelijk kader*

Een onbevoegd vertegenwoordigde kan ook gebonden worden door een onbevoegd gevolmachtigde indien de wederpartij mocht vertrouwen op een schijn van volmacht. Op grond van art. 3:61, lid 2, BW moet dat vertrouwen mede zijn gebaseerd op verklaringen en/of gedragingen van de onbevoegd vertegenwoordigde. Niet genoeg voor de bescherming tegen onbevoegde vertegenwoordiging zijn dus louter aan de onbevoegde gevolmachtigde toe te rekenen verklaringen en/of gedragingen.

De vraag wanneer verklaringen en gedragingen aan de onbevoegd vertegenwoordigde kunnen worden toegerekend, werd in de eerste rechtspraak omtrent dit thema uitgelegd in de strikte zin dat er sprake moest zijn van een toedoen van de onbevoegd vertegenwoordigde.<sup>25</sup> In de literatuur is dit verder omschreven als het toedoen-beginsel.

In de jaren daarna werd de toerekening van verklaringen en gedragingen aan de onbevoegd vertegenwoordigde steeds soepeler.<sup>26</sup> In 2010 ging de Hoge Raad zelfs zover om te zeggen dat het vertrouwen van de wederpartij op een volmachtverlening op basis van feiten en omstandigheden die in de risicosfeer van de onbevoegd vertegenwoordigde liggen niet kunnen worden tegengeworpen aan die wederpartij. Het arrest uit 2010, dat bekendstaat als *ING/Bera*,<sup>27</sup> vormt dus de basis van het risicobeginsel bij onbevoegde vertegenwoordiging.

In de hierna besproken casus gaat het steeds over een advocaat die namens een cliënt handelt met een derde. Dat een advocaat optreedt als vertegenwoordiger brengt een extra dimensie met zich mee. Uit art. 3:71, lid 2, BW volgt namelijk dat geen bewijs van volmacht kan worden verlangd indien de volmacht voortvloeit uit een aanstelling waarmee de wederpartij bekend is. De Hoge Raad heeft in eerdere arresten uitgemaakt dat een advocaat tot de kring van personen behoort die in beginsel hun vol-

macht niet hoeven te bewijzen indien zij zijn aangesteld.<sup>28</sup> Het is niet zo dat de advocaat nooit zijn volmacht hoeft te bewijzen. Het handelen van de advocaat moet voortvloeien uit zijn aanstelling.<sup>29</sup>

#### Casus

De Hoge Raad heeft op 3 februari 2017 twee arresten gewezen die gaan over de toepassing van het risicobeginsel bij schijn van volmachtverlening.

In het arrest *Aventura II*<sup>30</sup> sluit een advocaat een schikkingsovereenkomst en tekent de akte van overdracht van aandelen gebaseerd op de schikkingsovereenkomst. In het arrest *Tamacht/Hodenus*<sup>31</sup> verkoopt een (andere) advocaat een vastgoedportefeuille namens zijn cliënt. Voor de duidelijkheid behandelen wij de arresten hierna afzonderlijk.

#### Arrest *Aventura II*

Dit betreft een Arubaanse zaak. Er zijn aandelen overgedragen in de vennootschap *Aventura Real Estate N.V.* bij akte van overdracht gebaseerd op een schikkingsovereenkomst. Beide stukken zijn ondertekend door een advocaat. Volgens de eigenaar van de aandelen is de advocaat niet door hem aangesteld noch heeft hij hem gemachtigd om deze transactie uit te voeren. Er zijn geen feiten of omstandigheden aangevoerd waaruit blijkt dat de advocaat wel is aangesteld of gemachtigd.

#### Hoge Raad

Voor de vraag of de wederpartij gerechtvaardigd mocht vertrouwen op het aanwezig zijn van de volmacht haalt de Hoge Raad de *ING/Bera*-maatstaf aan: uitgangspunt moet zijn dat voor toerekening van schijn van volmachtverlening aan de vertegenwoordigde ook plaats kan zijn ingeval de wederpartij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de volmachtverlening aan de in werkelijkheid onbevoegde tussenpersoon op grond van feiten en omstandigheden die voor risico van de onbevoegde vertegenwoordigde komen en waaruit naar verkeersopvattingen zodanige schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden afgeleid.

De Hoge Raad overweegt daarbovenop dat geen ruimte is voor toepassing van het risicobeginsel indien het gewekte vertrouwen uitsluitend is gebaseerd op verklaringen of gedragingen van de onbevoegd handelende persoon. Uit het arrest *ING/Bera* volgt dat de rechter in zijn uitspraak mede feiten of omstandigheden dient vast te stellen die de onbevoegd vertegenwoordigde betreffen en die rechtvaardigen dat laatstgenoemde in zijn verhouding tot de wederpartij het risico van de onbevoegde vertegenwoordiging draagt.

In deze casus had het hof dergelijke feiten niet vastgesteld. Derhalve is de uitspraak van het hof vernietigd en is terugverwezen voor behandeling door een ander hof.

#### Arrest *Tamacht/Hodenus*

Na een onderhandelingsproces over de verkoop van een vastgoedportefeuille stuurt een advocaat namens zijn cliënt (verkoper) een sms aan de wederpartij van zijn cliënt waarin hij bevestigt dat een deal is bereikt over de verkoop en koop van de vastgoedportefeuille voor een bepaalde prijs. Naderhand blijkt dat de verkoper een gunstiger deal kan sluiten met een derde waarop de advocaat laat weten aan de passerende notaris dat de levering van de vastgoedportefeuille aan de oorspronkelijke koper niet doorgaat. Wanneer de oorspronkelijke koper in geding stelt dat een koop is gesloten tussen hem en de verko-

per stelt laatstgenoemde dat hij geen volmacht heeft gegeven aan de advocaat om de koop te sluiten. Het bestaan van de volmacht kan in deze casus niet worden bewezen.

#### Hoge Raad

De Hoge Raad heeft – niet heel verrassend – dezelfde overwegingen als in het arrest *Aventura II*. Alleen heeft in dit geval het hof wel feiten vastgesteld die ertoe leiden dat het vertrouwen van de oorspronkelijke koper op de aanwezigheid van een volmacht in de risicosfeer van de verkoper zelf ligt. Het hof stelde vast dat de advocaat beschikte over de nodige relevante documenten, eerder had opgetreden voor de verkoper met betrekking tot dezelfde vastgoedportefeuille en verkoper bekend was met de correspondentie van de advocaat in het onderhavige onderhandelingsproces. Deze feiten zijn ook voor de Hoge Raad genoeg om vast te stellen dat het bij de oorspronkelijke koper opgewekte vertrouwen dat de advocaat een volmacht had van de verkoper in de risicosfeer van de verkoper ligt.

## 8. VASTSTELLINGSOVEREENKOMST; STRIJD MET DWINGENDE WETSBEPALINGEN

#### Inleiding en wettelijk kader

De vaststellingsovereenkomst is het instrument dat partijen de mogelijkheid biedt om een verbintenis te sluiten over een onzekerheid of een geschil dat tussen partijen geldt. De vaststellingsovereenkomst kan zowel strekken tot de beëindiging van een onzekerheid of geschil als ter voorkoming daarvan. In de wet vindt men de regeling van de vaststellingsovereenkomst in Titel 15 Boek 7 BW. Een vaststellingsovereenkomst op vermogensrechtelijk gebied, die strekt tot de beëindiging (en dus niet tot voorkoming) van een onzekerheid of geschil kan zelfs geldig zijn indien zij in strijd blijkt te zijn met bepalingen van dwingend recht (art. 7:902 BW). Een dergelijke vaststellingsovereenkomst is evenwel niet geldig indien deze ook strijdig is met de goede zeden en/of openbare orde.

In een arrest uit 1995<sup>32</sup> heeft de Hoge Raad zich al eens uitgesproken over de werking van de openbare orde bij een vaststellingsovereenkomst in strijd met dwingend recht. In de vaststellingsovereenkomst waren partijen overeengekomen dat – indien bepaalde dwingendrechtelijke bepalingen van toepassing bleken te zijn – in strijd met die dwingendrechtelijke bepalingen zou worden gehandeld. Deze afspraak was volgens de Hoge Raad in strijd met de openbare orde.

Het te bespreken arrest betreft een arbeidsrechtelijke casus. Niettemin is het arrest ook voor het vastgoed van belang, omdat de Hoge Raad onder andere meer inzicht geeft in het arrest uit 1995 en de bedoeling van art. 7:902 BW.

#### Casus

Het betreft een arbeidsrechtelijke casus waarbij een werkgever (taxibedrijf) zich kennelijk niet houdt aan cao-afspraken ten opzichte van haar werknemers (chauffeurs). In dit geval gaat het om de verkeerde uitleg althans toepassing van de pauzeregeling in de cao waardoor de chauffeurs te weinig betaald hebben gekregen. Het taxibedrijf sluit met al haar chauffeurs een vaststellingsovereenkomst waarin wordt vastgesteld dat de chauffeurs afstand doen van hun eventuele vordering jegens het taxibedrijf en over en weer tussen de partijen kwijting wordt verleend. De vaststellingsovereenkomst wordt gekwali-

ficeerd als een vaststellingsovereenkomst die strekt tot beëindiging van een bestaande onzekerheid. Het Sociaal Fonds Taxi (SFT), dat als taak heeft om te zien op nakoming van de cao, procedeert in deze zaak tegen het taxibedrijf.

#### *Hoge Raad*

In eerdere instantie verwees het hof in deze zaak naar een arrest uit 2015<sup>33</sup> waarin de Hoge Raad overwoog dat art. 7:902 BW inhoudt 'dat de vaststelling alleen dan in strijd mag komen met dwingend recht indien deze strekt ter beëindiging van een – reeds bestaand – geschil'. Het hof overwoog dat art. 7:902 BW dus niet geldt, zoals in onderhavige casus, bij een bestaande onzekerheid.

De Hoge Raad overweegt ten overvloede onder verwijzing naar de wettekst en wetgeschiedenis dat duidelijk blijkt dat art. 7:902 BW wel degelijk ziet op een bestaande onzekerheid. Dat in de overwegingen uit het arrest van 2015 niet wordt gesproken van een bestaande onzekerheid komt, omdat in die casus sprake was van een geschil.

De Hoge Raad maakt van de gelegenheid gebruik om haar arrest uit 1992 (verder) toe te lichten en overweegt dat strijd van een vaststellingsovereenkomst met dwingend recht alleen mogelijk is als het resultaat van een vaststellingsovereenkomst in strijd is met dwingend recht. Zodra het oogmerk van de vaststellingsovereenkomst is om af te wijken van dwingend recht, komt de vaststellingsovereenkomst ook in strijd met de openbare orde hetgeen leidt tot nietigheid van een dergelijke vaststellingsovereenkomst. Partijen kunnen dus met een vaststellingsovereenkomst niet bewust afwijken van dwingend recht.

## **10. ERFDIENSTBAARHEID; VERZWARINGSMOGELIJKHEID STREKT SOMS OOK TEN BEHOEVE VAN MEER DAN HET HEERSEND ERF**

#### *Inleiding en wettelijk kader*

In de praktijk komt het geregeld voor dat kadastrale percelen worden gesplitst of samengevoegd. In het verlengde daarvan komt het dan ook geregeld voor dat erfdiensbaarheden zien op een gedeelte van een kadastraal perceel, omdat zij oorspronkelijk waren gevestigd ten behoeve of ten laste van een oud perceel dat door splitsing of samenvoeging van gedaante is veranderd. Art. 5:76 BW bepaalt dat ingeval van splitsing van het heersend erf de erfdiensbaarheid blijft bestaan ten aanzien van elk gedeelte waarvoor zij ten voordele kan strekken. Dat artikel noch een ander artikel uit Titel 6 Boek 5 BW zegt echter iets over de gevolgen ingeval het heersend erf met een ander perceel wordt samengevoegd.

Voorop staat dat een erfdiensbaarheid strekt tot het dienen van een onroerende zaak en niet van een persoon. Het gebruik van een erfdiensbaarheid door een persoon zou zakenrechtelijk gezien dus alleen mogen strekken ten nutte van het heersend erf en niet ten nutte van een daaraan grenzend perceel.

In 1981 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over een casus met deze problematiek.<sup>34</sup> De eigenaar van het heersend erf (perceel 1) van een erfdiensbaarheid van weg was ook eigenaar van een naburig erf (perceel 2). Perceel 2 bereikte hij via perceel 1 over de weg waarvoor hij een erfdiensbaarheid van weg had ten behoeve van perceel 1. De erfdiensbaarheid van weg was echter niet gevestigd ten behoeve van perceel 2. De Hoge Raad oordeelde in 1981 dat niet uit de akte van vestiging of de ken-

nelijke functie van het heersend erf kon worden afgeleid dat de erfdiensbaarheid ook het recht omvat om deze weg te gebruiken als verbinding, via het heersend erf, met perceel 2. Derhalve was de eigenaar van de percelen alleen bevoegd de weg te gebruiken om perceel 1 te bereiken. De Hoge Raad laat aldus de mogelijkheid open voor een andere uitkomst indien dit voortvloeit uit de akte van vestiging of uit de kennelijke functie van het heersend erf.

#### *Casus*

In 1929 is ten behoeve van een perceel een erfdiensbaarheid van weg gevestigd. Later is dit perceel samengevoegd met meerdere (gedeelten van) andere percelen tot een nieuw perceel. Het samengevoegde perceel is vervolgens grotendeels door de gemeente overgedragen aan School Vest, een basisschool. Het overgedragen gedeelte omvat ook een gedeelte van het heersend erf. Het resterende deel van het samengevoegde perceel, waaronder een gedeelte van het heersend erf, is eigendom gebleven van de gemeente. Het schoolgebouw zelf is gedeeltelijk op het heersend erf gebouwd en gedeeltelijk op het andere gedeelte van het perceel van School Veste.

In de akte van vestiging van de erfdiensbaarheid is opgenomen dat de erfdiensbaarheid mag worden verzwaaard indien de bestemming van het heersend erf mocht wijzigen.

De bestemming is in de loop der jaren gewijzigd, nu het heersend erf eerst in gebruik was ten behoeve van een garagebedrijf en thans ten behoeve van een basisschool.

Het pad waar de erfdiensbaarheid op ziet is niet te gebruiken, omdat de huidige eigenaar van het dienend erf een betonnen schutting daarop heeft geplaatst. De basisschool wenst echter gebruik te maken van het pad en meent dat te mogen op grond van de erfdiensbaarheid.

De rechtbank heeft in eerste aanleg de eigenaar van het dienend erf in het gelijk gesteld en de erfdiensbaarheid opgeheven. Vervolgens heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en bepaald dat de eigenaar van het dienend erf de erfdiensbaarheid moet naleven.

#### *Hoge Raad*<sup>35</sup>

De Hoge Raad stelt vast dat het hof bij zijn oordeel doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan de combinatie van de volgende omstandigheden: enerzijds dat het schoolgebouw en het schoolplein maatschappelijk gezien als één geheel moeten worden gezien, ook voor zover deze op het aan het heersend erf grenzende perceel zijn gelegen, en anderzijds dat de vestigingsakte uitdrukkelijk verzwaring van de erfdiensbaarheid toestaat indien de bestemming van het heersend erf wordt gewijzigd (waarvan naar de vaststelling van het hof sprake is). Deze feiten maken dat de onderhavige casus wezenlijk anders is dan de casus van het arrest uit 1981. Daarmee heeft het hof geoordeeld – en kunnen oordelen – dat zich hier een in dat arrest voorziene uitzondering voordoet op de in dat arrest gegeven hoofdregel.

Volgens de Hoge Raad heeft het hof het arrest uit 1981 correct toegepast en zonder schending van enige rechtsregel kunnen oordelen dat in dit geval de erfdiensbaarheid het gebruik van het pad toelaat door de leerlingen, hun ouders en alle andere bezoekers van het schoolgebouw.

## 11. WET VERBETERING FUNCTIONEREN VERENIGING VAN EIGENAARS EN NIEUW MODEL SPLITSINGSREGLEMENT

Op 1 januari 2018 is inwerking getreden de Wet verbetering functioneren verenigingen van eigenaars.<sup>36</sup>

### 1. Minimale jaarlijkse reservering voor reservefonds bij appartementengebouwen die (mede) bestemd zijn voor bewoning

Sinds 1 mei 2005 kent de appartementenwetgeving de verplichting een reservefonds aan te houden (art. 5:126, lid 1, BW). Een toen reeds bestaande Vereniging van Eigenaars (V.v.E.) behoefde eerst vanaf 1 mei 2008 aan die verplichting te voldoen.

Voor appartementengebouwen waar woningen deel van uitmaken, geldt nu ook een verplichte jaarlijkse reservering voor het reservefonds (art. 5:126, lid 2 nieuw, BW). Voor de hoogte van de jaarlijkse reservering kan worden gekozen uit ofwel een bedrag gelijk aan ten minste 0,5% van de herbouwwaarde van het gebouw ofwel een bedrag dat door de V.v.E. wordt vastgesteld ter uitvoering van een 10-jarenonderhoudsplan voor de gemeenschappelijke gedeelten/zaken dat maximaal vijf jaar oud is. Dat betekent dat elke vijf jaar het 10-jarenonderhoudsplan moet worden geactualiseerd.

Een meerjarenonderhoudsplan is sinds 2006 in het KNB model splitsingsreglement opgenomen.

De bijdragen voor het reservefonds moeten worden gestort op een betaal- of spaarrekening ten name van de V.v.E. (art. 5:126, lid 3 nieuw, BW). Hiervan kan slechts op drie wijzen worden afgeweken: 1. bij het splitsingsreglement, 2. bij besluit van de vergadering van eigenaars genomen met een meerderheid van ten minste 80% van alle stemmen of 3. door middel van het ten behoeve van de bijdragen voor het reservefonds verstrekken van een bankgarantie ten name van de V.v.E.

V.v.E.'s die nog niet aan deze nieuwe verplichte jaarlijkse reservering voldoen, hebben drie jaar de tijd om daaraan te gaan voldoen.

Voor de duidelijk: voor appartementengebouwen zonder woning gelden de hiervoor bedoelde regels niet. Voor appartementengebouwen met slechts één woning gelden de hiervoor bedoelde regels volledig.

### 2. Geldleningen aangegaan door V.v.E.'s

De wet bepaalt nu expliciet dat een V.v.E. is bevoegd een geldlening aan te gaan (art. 5:126, lid 2 nieuw, BW). In het splitsingsreglement kan de V.v.E. die bevoegdheid overigens worden ontnomen.

Is de V.v.E. een geldlening aangegaan, dan moeten de appartementseigenaars onderling en jegens de V.v.E. voor elk appartementsrecht een gelijk deel bijdragen als in het splitsingsreglement geen ander breukdeel is vastgelegd (art. 5:113, lid 2, BW). Voor dat breukdeel is ieder appartementseigenaar ook jegens de geldgever aansprakelijk, mits de uit de geldlening voortvloeiende schuld deelbaar is (art. 5:113, lid 3, BW). Deze bijdrage- en aansprakelijkheidsregeling is als zodanig niet nieuw.

Wel nieuw is de expliciete bepaling dat de uit de door de V.v.E. aangegane geldlening voortvloeiende schuld deelbaar is (art. 5:113 lid 6 nieuw BW). Dit voorkomt dat ingeval de geldgever heeft bedongen dat de schuld ondeelbaar is, de appar-

tementeigenaars voor die schuld hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de gehele schuld. Deze nieuwe fictie van deelbaarheid geldt overigens slechts voor geldleningen die door V.v.E.'s vanaf 1 januari 2018 zijn aangegaan.

Ook nieuw is de regeling van de aansprakelijkheid van een appartementseigenaar voor een door de V.v.E. aangegane geldlening na overgang onder bijzondere titel of toedeling (hierna kortweg vervreemding) van zijn appartementsrecht. Voor geldleningen die door V.v.E.'s zijn aangegaan vanaf 1 januari 2018 wordt de appartementseigenaar die vervreemdt van rechtswege ontslagen uit zijn aansprakelijkheid jegens de geldgever (art. 5:113, lid 5, tweede volzin nieuw, BW). Voorwaarde is wel dat de V.v.E. aan de notaris die de akte van vervreemding passeert, opgave heeft gedaan van het bedrag waarvoor de vervreemder op de dag van passeren jegens de geldgever aansprakelijk is. Is die opgave niet gedaan, dan blijft de vervreemder aansprakelijk. Heeft de V.v.E. een te laag bedrag opgegeven, dan blijft de vervreemder voor het verschil aansprakelijk.

In verband hiermee is ook nieuw dat de notaris die de akte van vervreemding passeert, verplicht is aan de V.v.E. de hiervoor bedoelde opgave te vragen van het bedrag waarvoor de vervreemder jegens de geldgever aansprakelijk is; trouwens ook voor het bedrag van andere schulden waarvoor de verkrijger aansprakelijk wordt (art. 5:122, lid 5, eerste volzin nieuw, BW). De verklaring van de V.v.E. met die opgaven moet de notaris namelijk aan de akte van vervreemding hechten. Verder is de notaris nu ook verplicht aan de V.v.E. te vragen in die verklaring op te nemen het bedrag van de schulden van de V.v.E.; dus niet alleen van de schulden, waaronder de hiervoor bedoelde geldlening, waarvoor de verkrijger aansprakelijk wordt (art. 5:122, lid 6 nieuw, BW).

De verkrijger van het appartementsrecht is jegens de geldgever van een geldlening die door de V.v.E. is aangegaan vanaf 1 januari 2018 aansprakelijk voor het bedrag waarvoor de vervreemder volgens de verklaring van de V.v.E. aansprakelijk was (art. 5:122, lid 5, tweede volzin nieuw, BW).

Voor geldleningen die door een V.v.E. zijn aangegaan vóór 1 januari 2018 blijft de oude regeling gelden. In die regeling werd de nieuwe appartementseigenaar niet jegens de geldgever aansprakelijk, maar bleef de persoon die appartementseigenaar was ten tijde van het aangaan van de geldlening jegens de geldgever aansprakelijk (art. 5:113, lid 5 oud, BW).

### 3. Overeenkomsten van onderhoud aan te gaan door nieuwe V.v.E.'s

Op grond van art. 126, lid 4 oud, BW mag de V.v.E. geen overeenkomsten voor onderhoud aangaan met een langere looptijd dan één jaar, zolang twee derde van de appartementsrechten niet is overgedragen onmiddellijk na oprichting van de V.v.E. Nu moet tevens twee derde van het aan de appartementsrechten verbonden aantal stemmen zijn overgegaan voordat de V.v.E. die overeenkomst mag aangaan (art. 126, lid 7 nieuw, BW).

Mede naar aanleiding van deze wetswijziging is het KNB model splitsingsreglement 2017 vastgesteld bij akte op 19 december 2017 verleden voor mr. H.M. Kolster, notaris te Rotterdam.

**De auteurs zijn als notaris en kandidaat-notaris verbonden aan de vastgoedsectie van Lexence N.V., advocaten en notarissen te Amsterdam.<sup>37</sup>**



- 1 Voor de leesbaarheid gebruik wij nu deze term. In de uitspraak wordt dit formeler aangeduid als schriftelijk stuk of 'onderhandse akte'. Om welk stuk het precies gaat, wordt uit de uitspraak niet duidelijk.
- 2 HR 22 december 2017, *ECLI:NL:HR:2017:3263*.
- 3 *Vastgoed Fiscaal & Civiel*, januari 2015, p. 15-16.
- 4 HR 21 april 2006, NJ 2006, 272 (*Immo/Sluis*).
- 5 HR 29 juni 2007, NJ 2008, 606 (*Pouw/Visser*) en HR 23 november 2007, NJ 2008,552 (*Ploumen/Smeets en Geelen I*).
- 6 Zie Asser/Hijma 7-I\* 2013/549a.
- 7 HR 17 november 2017, *ECLI:NL:HR:2017:2902*, NJ 2017,438.
- 8 De zaak speelde zich af in Sint Maarten – in eerste aanleg nam het gerecht van Sint Maarten kennis van het geschil en in hoger beroep het gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.
- 9 In dit geval op grond van art. 7:226, lid 1, BW Sint Maarten.
- 10 HR 6 oktober 2017, *ECLI:NL:HR:2017:2560* (*El Attrache/Erven Arrindell*).
- 11 Bij gebrek aan een toelichting op art. 7:226 BWSM die in een andere richting wijst, wordt door de Hoge Raad voor de uitleg van die bepaling aangesloten bij de uitleg van art. 7:226 van het Nederlandse BW.
- 12 HR 14 januari 2011, NJ 2011,114.
- 13 HR 15 november 2013, *ECLI:NL:HR:2013:1244*.
- 14 HR 17 februari 2017, *ECLI:NL:HR:2017:278* (*Hansteen/Verwiel q.q.*).
- 15 In de praktijk geven banken nu ook alleen nog bankgaranties af waarin is opgenomen dat maximaal wordt uitgekeerd het bedrag dat onder art. 39 FW is verschuldigd.
- 16 HR 19 april 2013, NJ 2013,291.
- 17 Zowel eiser als A hebben deze vordering beiden ingesteld. De vordering van A is echter afgewezen door de voorzieningenrechter bij gebrek aan voldoende onderbouwd (spoedeisend) belang.
- 18 Art. 37 FW.
- 19 Het arrest HR 9 juni 2006, NJ 2007,21 wordt ook genoemd, aangezien daarnaar werd verwezen in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*
- 20 HR 31 maart 2017, *ECLI:NL:HR:2017:563* (*Vossenbergh Kranenpool/mrs. Eshuis en Ubbens q.q.*).
- 21 De Hoge Raad verwijst naar Parlementaire Geschiedenis van Boek 5, p. 65 en naar zijn arrest van 24 januari 1992, NJ 1992,280.
- 22 Vgl. art. 14 Consumentenvoorwaarden NVM 2015.
- 23 HR 31 maart 2017, *ECLI:NL:HR:2017:567*.
- 24 De kantonrechter heeft geoordeeld dat reeds vóór de uiterste datum door koper al een beroep is gedaan op het financieringsvoorboud ten aanzien van de tweede afwijzing van haar financieringsverzoek en ook vóór de uiterste datum de schriftelijke afwijzing van de andere financiële instelling is overlegd.
- 25 HR 6 mei 1926, NJ 1926,271 (*Vas Dias/Salters*).
- 26 Bijvoorbeeld HR 1 maart 1968, NJ 1968,246 (*Molukse Evangelische Kerk/Clijnk*).
- 27 HR 19 februari 2010, NJ 2010,115 (*ING/Bera*).
- 28 Zie onder andere HR 28 november 2003, NJ 2005,464 (*Achmea/Brada's Vleeschbedrijf*).
- 29 Asser/Kortmann 3-III 2017/36.
- 30 HR 3 februari 2017, *ECLI:NL:HR:2017:143*, welk arrest gedeeltelijk is gerectificeerd bij herstelarrst van 17 februari 2017, *ECLI:NL:HR:2017:277* (tezamen *Aventura II*). Eerder had de Hoge Raad tussen partijen al arrest gewezen op 21 juni 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BZ5369* (*Aventura I*).
- 31 HR 3 februari 2017, *ECLI:NL:HR:2017:142* (*Tamacht/Hodenus*).
- 32 HR 21 april 1995, NJ 1997,570 (*Schmitz/Caspers*).
- 33 HR 9 januari 2015, *ECLI:NL:HR:2015:39* (*Heesen Yachts Builders*).
- 34 HR 13 maart 1981, NJ 1982,38 (*Van Maarseveen/Agterberg*).
- 35 HR 8 september 2017, *ECLI:NL:HR:2017:2270* (*School Vest*).
- 36 *Stb.* 2015, 241 (wet) en 352 (inwerkingtreding).
- 37 De auteurs danken mr. S.S. Doorman voor zijn waardevolle bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.