

Jurisprudentie- en actualiteitenoverzicht 2016 (civiel recht)

BW

De Hoge Raad heeft gedurende 2016 meerdere relevante uitspraken gedaan voor de vastgoedpraktijk. In dit artikel worden enkele behandeld. De uitspraken gaan over een oude boerderij met vele gebreken en bodemverontreiniging, een andere boerderij met een agrarische in plaats van een woonbestemming, de situatie dat een bouwer failliet gaat en de curator de met consumenten gesloten (koop-/)aannemingsovereenkomsten voor een nieuwe woning niet gestand doet, de herziening van de canon en de algemene erfpachtbepalingen bij Amsterdamse erfpachten, een boetebeding in algemene voorwaarden bij een huurovereenkomst, aan wie het verzekeringsgeld toebehoort bij een in appartementsrechten gesplitst gebouw, voorwaardelijk eigendomsrecht in faillissement en de uitleg van een rentebeding in de hypotheekakte. Ter afsluiting wordt de nieuwe wet huurkoop van onroerende zaken behandeld.



mr. J.W.A.
Hockx



mr. S.H. Westera

1. (NON-)CONFORMITEIT BIJ KOOP; NORMAAL GEBRUIK

Inleiding en wettelijk kader

Op grond van art. 7:17 BW moet een afgeleverde onroerende zaak aan de koopovereenkomst beantwoorden. Een onroerende zaak is non-conform indien de zaak, mede gelet op de aard van de zaak en de mededelingen die de verkoper over de zaak heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de koopovereenkomst mocht verwachten.

De koper kan zich er niet op beroepen dat de onroerende zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn.

De koper mag onder andere verwachten hetgeen een ieder als koper van die onroerende zaak zou verwachten: dat de onroerende zaak die eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan de koper niet behoefde te betwijfelen dat die afwezig zouden zijn. Wat een normaal gebruik is, is een kwestie van uitleg van de koopovereenkomst. Uitgangspunt daarbij is dat normaal gebruik betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan ten aanzien van de grond en de aanwezige bebouwing. Is de koopakte een standaard model, zoals het NVM-model koopakte of het KNB-model koopakte, dan betekent het enkele feit dat naast de voorgedrukte tekst inzake het normale gebruik door partijen specifiek is opgenomen dat de koper voornemens is van de onroerende zaak gebruik te maken op een bepaalde manier niet zonder meer en ook niet in beginsel dat de koopovereenkomst aldus dient te worden uitgelegd dat de verkoper ervoor instaat dat het vermelde voorgenomen gebruik mogelijk en geoorloofd zal zijn.¹

Casus

Partijen zijn een koopovereenkomst aangegaan met betrekking tot een oude boerderij. Er was veel achterstallig onderhoud en in de muren waren veel schuren. De koper heeft dit bij de bezichtiging kunnen zien. In de koopovereenkomst wordt door de verkoper gegarandeerd dat de boerderij de eigenschappen bezit die nodig zijn voor een normaal gebruik en die uitdrukkelijk zijn overeengekomen. Daarnaast was vermeld dat de koper voornemens was de boerderij te gaan gebruiken voor bewoning met gezin.

Ook was bepaald (exoneraties) dat de verkoper niet instaat voor 1. andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn en die uitdrukkelijk zijn overeengekomen, 2. aan de koper kenbare gebreken op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst en 3. aan de verkoper onbekende onzichtbare gebreken.

Voorts is bepaald dat de verkoper er bekend mee is dat er een ondergrondse tank aanwezig is en dat er in het object asbest is verwerkt. Tevens is vastgesteld dat de koper bekend is met de staat van het onderhoud van de boerderij. Verder is een ontbindende voorwaarde opgenomen die de koper de mogelijkheid geeft de koopovereenkomst te ontbinden op een bepaalde datum (gelegen voor de levering) als de koper van een door hem in te schakelen bureau te horen krijgt dat de inspectie ten aanzien van de stabiliteit c.q. uitgewerkte verzakking dusdanig slecht is, dat dit aan reparatiekosten meer dan € 15.000 bedraagt. De koper heeft deze ontbindende voorwaarde niet ingeroepen, maar weigeren in eerste instantie mee te werken aan de levering. Dat doet de koper eerst nadat zij hiertoe gedwongen worden door de voorzieningenrechter op vordering van de verkoper.

2 AGRARISCHE BESTEMMING BOERDERIJ: GEEN BIJZONDERE LAST/BEPERKING MAAR NON-CONFORMITEIT. GEVOLGEN EIGEN SCHULD KOPER VOOR SCHENDING VAN DE MEDEDELINGSPLICHT VAN VERKOPER

Vervolgens heeft de koper een bouwtechnisch onderzoek, een verkennend milieukundig bodemonderzoek en een onderzoek naar de fundering en daarmee samenhangend de scheurvorming laten doen. Naar aanleiding van de resultaten van die onderzoeken vordert de koper ontbinding van de koopovereenkomst en schadevergoeding, en stelt dat het object onder andere niet geschikt is voor bewoning met gezin.

Het hof is van oordeel dat de bepaling met garantie en exonerationen inzake de eigenschappen van de boerderij een vergelijkbare clausule is als die uit de NVM-model koopakte, dat de garantie inhoudt dat de boerderij geschikt is voor normaal gebruik van bewoning en dat de exonerationen daaraan niet afdoen.

Eerder had de rechtbank geoordeeld dat wegens de kenbare gebreken en de leeftijd van de boerderij er geen hoge eisen mochten worden gesteld aan de eigenschappen die voor het normale gebruik van de boerderij nodig zijn. Het hof stelt vast dat tegen dat oordeel door de koper niet opgekomen was. Het hof is het eens met het oordeel van de rechtbank dat de boerderij ondanks de vele gebreken toch aan de koopovereenkomst beantwoordt, gelet op de kenbare staat en de leeftijd van de boerderij en op het feit dat, gelet op de hiervoor omschreven ontbindende voorwaarde, de koper er rekening mee moest houden dat de stabiliteit dan wel de uitgewerkte verzakking niet optimaal was en zelfs slecht zou kunnen worden. Een en ander brengt volgens het hof ook mee dat op de koper een nadere onderzoeksplicht rustte naar de staat van de boerderij. Met betrekking tot een deel erfverharding waarin zich asbesthoudende puin bevindt, heeft het hof overwogen dat op grond van het Besluit asbestwegen Wm een saneringsverplichting geldt. Daarom voldoet het geleverde in zoverre niet aan de garantie; het gekochte bezit heeft in zoverre niet de eigenschappen die nodig zijn voor een normaal gebruik van bewoning door een gezin.

Voor wat betreft de overige verontreinigingen met asbest, waarvoor geen saneringsverplichting geldt, oordeelt het hof in gelijke zin als over de staat van de boerderij: op de koper rustte een nadere onderzoeksplicht.

Hoge Raad

De Hoge Raad² interpreteert het oordeel van zowel rechtbank als hof aldus dat de omvang van de garantie moet worden uitgelegd in het licht van hetgeen de koper op grond van de overeenkomst, mede gelet op de kenbare ouderdom en gebreken van de boerderij, aan eigenschappen mochten verwachten. Dat oordeel laat de Hoge Raad in stand. Daarom mocht het hof tot uitgangspunt nemen dat vanwege de voor de koper kenbare leeftijd en gebreken van de boerderij geen hoge eisen mogen worden gesteld aan de eigenschappen die voor het normale gebruik van deze boerderij als gezinswoning nodig zijn. Ook mocht het hof oordelen dat, gelet op de vele bekende en kenbare gebreken de koper nader onderzoek naar de staat van de boerderij had moeten verrichten. De verkoper had ter zake geen verdergaande mededelingsplicht.

Wel tikt de Hoge Raad het hof op de vingers inzake de asbestverontreiniging waarop geen saneringsplicht van toepassing is en de bodemverontreiniging met minerale olie en PAK. Het hof had moeten beoordelen of deze asbestverontreiniging en bodemverontreiniging afbreuk doen aan het normale gebruik van de boerderij voor bewoning met een gezin.

Inleiding en wettelijk kader

Zoals besproken gaat art. 7:17 BW over non-conformiteit, daarnaast verplicht art. 7:15 BW de verkoper om de verkochte onroerende zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, met uitzondering van die welke de koper uitdrukkelijk heeft aanvaard.

In 2015 heeft de Hoge Raad bepaald dat van een bijzondere publiekrechtelijke last of beperking in de zin van art. 7:15 BW alleen sprake is indien deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) de rechthabende van de desbetreffende onroerende zaak gericht besluit.³ Art. 7:15, lid 1, BW is niet van toepassing op lasten en beperkingen die voortvloeien uit publiekrechtelijke besluiten van algemene strekking, zoals beleidsregels, verordeningen of bestemmingsplannen.

Verder is het de vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de mededelingsplicht van een verkoper in het algemeen vóór de onderzoeksplicht van de koper gaat: bij een beroep van de koper op dwaling, omdat de verkoper zijn mededelingsplicht heeft geschonden, kan de verkoper zich in het algemeen er niet op beroepen dat de koper zijn onderzoeksplicht heeft geschonden.⁴

Casus

De kopers kopen een boerderij waarop een agrarische bestemming van toepassing is waarvan zij bij het sluiten van de koopovereenkomst niet wisten. De verkopers hebben toestemming van de gemeente gehad om in de boerderij te wonen en er een tandheelkundepraktijk te houden. De kopers voeren aan dat zij bij het sluiten van de koopovereenkomst hebben gedwaald, dat er niet ex art. 7:15 BW vrij van bijzondere lasten en beperkingen is overgedragen en dat de boerderij ex 7:17 BW non-conform is. Het hof heeft in zijn eindarrest geoordeeld dat er met betrekking tot de schending van de mededelingsplicht in verband met de woonbestemming enkel sprake is van schending van art. 7:15 BW en niet van art. 7:17 BW. Naar 's hofs oordeel kan de vordering zowel op dwaling als op art. 7:15 BW worden gebaseerd. De verkopers voerden aan dat de kopers zelf hadden kunnen ontdekken dat de woning geen woonbestemming had en dat daarmee sprake is van eigen schuld ex art. 6:101 BW dan wel dat dit leidt tot de constatering dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat het waardeverschil aan de verkopers wordt toegewezen. Het hof is van oordeel dat de mededelingsplicht in dit geval gaat vóór een onderzoeksplicht van de kopers en dat het honoreren van het verweer van de verkopers ertoe zou leiden dat aan het uitgangspunt dat de mededelingsplicht voor de onderzoeksplicht dient te gaan afbreuk zou worden gedaan, althans dat dan aan de onderzoeksplicht een te grote betekenis zou worden toegekend.

Hoge Raad

De Hoge Raad⁵ overweegt met betrekking tot art. 7:15 BW dat de agrarische bestemming van de woning ten onrechte door het hof is aangemerkt als een bijzondere last of beperking. De Hoge Raad herhaalt de overwegingen uit het arrest uit 2015 wanneer sprake is van een bijzondere last of beperking. De

agrarische bestemming van de woning volgt uit het ter plaatse geldende bestemmingsplan en is dan ook niet te kwalificeren als een bijzondere publiekrechtelijke last of beperking.

Met betrekking tot de mededelingsplicht overweegt de Hoge Raad dat, nu er geen sprake is van een bijzondere last of beperking ex art. 7:15 BW, alsnog moet worden beoordeeld of op de verkopers ter zake van de agrarische bestemming op grond van art. 7:17 BW of op grond van dwaling⁶ een mededelingsplicht rustte. Voor die beoordeling kan mede van belang zijn of de verkopers redelijkerwijs ervan mochten uitgaan dat de kopers ter zake zelf onderzoek zouden verrichten. Bij art. 7:15 BW speelt een dergelijk onderzoek door de kopers geen rol, omdat art. 7:15 BW een uitdrukkelijke aanvaarding van bijzondere lasten en beperkingen door de koper vereist om aansprakelijkheid van de verkoper te voorkomen.

De Hoge Raad herhaalt de rechtspraak over de verhouding tussen de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper. Hier voegt de Hoge Raad aan toe: '...een eventueel uit schending van de mededelingsplicht voortvloeiende verplichting van de verkoper tot schadevergoeding, op de voet van art. 6:101 lid 1 BW [eigen schuld] kan worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan de koper, bijvoorbeeld door gebrek aan onderzoek aan zijn zijde.'

3. NIET-GESTANDDOENING OVEREENKOMST IN GEVAL VAN FAILLISSEMENT

3.1 Algemeen

Inleiding en wettelijk kader

Art. 37, lid 1, FW bepaalt dat indien een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillietverklaring zowel door de failliet als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet, binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn, bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, de curator het recht verliest om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

Indien de curator zich wel bereid verklaart de overeenkomst na te komen, dan moet hij daarvoor zekerheid stellen (art. 37, lid 2, FW).

Niet-gestanddoening door de curator betekent niet dat de overeenkomst is ontbonden; die blijft zonder ontbindingsverklaring gewoon in stand. Vóór 1 januari 1992 (invoeringsdatum BW) betekende niet-gestanddoening door de curator wel automatisch ontbinding van de overeenkomst.

Casus

Bij twee nieuwbouwprojecten (Nieuw Saksen te Sassenheim en Beymoerse Hoeve te Halsteren) hebben de bouwers met de kopers een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten voor de koop van de grond en de bouw van de woning (eengezinswoning of appartement). De woningen zijn verkocht met GIW-waarborgcertificaten; de daarvan deel uitmakende waarborg- en garantieregeling is uitgevoerd door Woningborg.⁷ Na het faillissement van de bouwers verklaren de curatoren de aannemingsovereenkomsten niet gestand te doen. Via tussen-

komst van Woningborg zijn de woningen afgebouwd. De aannemingsovereenkomsten zijn niet ontbonden door de kopers. Bij het project Nieuw Saksen had de bouwer de ruwe begane grondvloer gelegd. Op grond van de aannemingsovereenkomst was daardoor de eerste termijn van 20% van de aanneemsom verschuldigd. De bouwer had deze termijn niet gefactureerd; de curator vordert alsnog betaling van deze eerste termijn.

Bij het project Beymoerse Hoeve ging het om het meerwerk. De bouwer had een deel van het meerwerk uitgevoerd. Op grond van de aannemingsovereenkomst hebben de kopers bij de verstrekking van de meerwerkopdracht 25% van het meerwerkbedrag aan de bouwer voldaan. Het resterende deel van het meerwerkbedrag is op grond van de aannemingsovereenkomst eerst verschuldigd na voltooiing van het (totale) meerwerk door de bouwer. De curator vordert betaling van het resterende gedeelte van het meerwerkbedrag.

3.2 Onderscheid prestaties van failliet vóór en na faillissement

Hoge Raad

De Hoge Raad⁸ gaat uitgebreid in op de inhoud en strekking van art. 37 FW. Kort gezegd strekt deze bepaling ertoe de wederpartij van de failliet te beschermen tegen het risico dat de curator nakoming van de wederpartij vordert van haar verplichtingen uit de overeenkomst zonder dat zij de zekerheid heeft dat de curator de daartegenoverstaande verplichtingen uit de overeenkomst nakomt. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij zich bevrijden van haar verplichting tot het verrichten van de door haar nog verschuldigde prestaties door de overeenkomst te ontbinden. Laat de wederpartij de overeenkomst in stand dan kan zij aanspraak maken op vervangende schadevergoeding. In beide gevallen (ontbinding en niet-ontbinding overeenkomst) kan de wederpartij voorts eventueel aanspraak maken op aanvullende schadevergoeding.

Indien de failliet werkzaamheden vóór de faillietverklaring heeft verricht ter uitvoering van een overeenkomst, maar de wederpartij nog niet de daarvoor verschuldigde tegenprestatie heeft verricht, is volgens de Hoge Raad art. 37 FW niet van toepassing met betrekking tot deze tegenprestatie. Art. 37 FW geldt voor de situatie dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de failliet is voldaan. De in art. 37, lid 1, FW bedoelde verklaring van de curator dat hij niet zal nakomen heeft dan ook niet tot gevolg dat de curator ook het recht verliest om van de wederpartij de tegenprestaties te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn geworden doordat de failliet reeds voor het faillissement een of meer prestaties heeft verricht.

Voor de curator in het project Nieuw Saksen betekent dit dat hij recht heeft op betaling van de eerste termijn van 20% van de aanneemsom. De prestatie was door de failliet reeds verricht en de koper was de daartegenover staande eerste termijn ook reeds verschuldigd.

In het project Beymoerse Hoeve brengt de inhoud van de aannemingsovereenkomst mee dat het resterende gedeelte van het meerwerkbedrag niet verschuldigd is geworden, vanwege het niet voltooid zijn van de prestatie van de failliet. Dat de curator geen nakoming kan vorderen, is dus niet een gevolg van het

verlies door de curator van het recht nakoming te vorderen ingevolge art. 37, lid 1, FW.

3.3 Door failliet verrichte prestatie zonder daartegenover verschuldigde tegenprestatie; ongerechtvaardigde verrijking door wederpartij van curator

Hoge Raad

De Hoge Raad⁹ overweegt over situaties als die van het project Beymoerse Hoeve, waarin de failliet een prestatie vóór de faillietverklaring slechts voor een deel heeft verricht en in verband daarmee de wederpartij de tegenprestatie voor die prestatie contractueel nog niet verschuldigd is geworden, terwijl de curator heeft verklaard de overeenkomst niet gestand te doen, het volgende.

De wederpartij kan op grond van de verklaring van de curator de overeenkomst ontbinden wegens tekortschieten op grond van art. 6:265 BW. Er ontstaat dan met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie een ongedaanmakingsvordering van de boedel op de wederpartij ten belope van de waarde van die prestatie. De kopers hebben echter niet voor ontbinding van de aannemingsovereenkomst gekozen.

Indien de wederpartij, zoals de onderhavige kopers, ervoor kiest de overeenkomst in stand te laten, komt de boedel in beginsel een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking toe met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie. Het bepaalde in art. 37 FW staat daaraan niet in de weg. Aan een dergelijke vordering kan wel de inhoud van de overeenkomst in de weg staan, namelijk wanneer deze een zodanige vordering uitsluit of wanneer deze een rechtvaardiging bevat voor de aan de orde zijnde vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de overeenkomst inhoudt dat de tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing daarvan, sluit echter een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Dat is slechts anders indien de overeenkomst niet slechts ertoe strekt het tijdstip van de opeisbaarheid van de tegenprestatie te regelen, maar (ook) ertoe strekt dat bij het niet volledig voltooid zijn van de desbetreffende prestatie geen vergoeding door de wederpartij is verschuldigd.

Bij aannemingsovereenkomsten van een particulier/consument (natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) tot de bouw van een woning zijn de wederzijdse prestaties opgedeeld in verschillende, tegenover elkaar staande (deel) prestaties, namelijk diverse bouwwerkzaamheden en de termijnen van de aanneemsom. Ook het meerwerk en de betaling daarvan is op vergelijkbare wijze geregeld. Dit is ook in overeenstemming met het bepaalde in art. 7:767 BW, dat de opdrachtgever (de particulier) slechts kan worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw. Indien de aannemer een bouwfase of het meerwerk door faillissement niet kan voltooien en de curator de verplichting daartoe niet gestand doet, staan dergelijke aanneemovereenkomsten niet in de weg aan een vordering van de boedel uit ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de onvoltooide bouwfase of van het onvoltooide meerwerk.

In het project Beymoerse Hoeve heeft de failliet meerwerk uitgevoerd. Daar is slechts 25% van het meerwerkbedrag voor betaald. We zagen hiervoor dat de curator contractueel niet

de betaling van het resterende deel van het meerwerkbedrag kan vorderen. Maar de curator heeft wel een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking op de kopers.

3.4 Vervangende schadevergoeding

Project Nieuw Saksen

Woningborg en de kopers hebben afbouwovereenkomsten gesloten met een andere aannemer, waarbij is overeengekomen dat de kopers ieder de eerste termijn van hun oorspronkelijke met de failliet overeengekomen aanneemsom aan Woningborg zullen voldoen en dat Woningborg de kopers vrijwaren voor aanspraken van de curator. De kopers hebben de eerste termijn ook aan Woningborg betaald.

De kopers hebben zich tegen de vordering van de curator tot betaling van de eerste termijn van de aanneemsom verweerd met een beroep op verrekening met de vordering van de kopers tot vervangende schadevergoeding. Zij lijden schade doordat zij de volledig met de failliet overeengekomen aanneemsom aan Woningborg hebben betaald. Betaling van de eerste termijn van de aanneemsom aan de curator zou betekenen dat zij meer voor de bouw moeten betalen dan die aanneemsom. Volgens het hof lijden de kopers geen schade door de verplichting van Woningborg tot vrijwaring.

Hoge Raad

De Hoge Raad¹⁰ ziet dat echter anders. Volgens de Hoge Raad betekent de omstandigheid dat de kopers deze schade op grond van in de afbouwovereenkomsten van Woningborg bedongen vrijwaring tegen aanspraken van de curator voor rekening van Woningborg kunnen brengen, niet dat in zoverre van schade geen sprake is. Het staat de kopers in beginsel vrij de door hen gestelde schade niet op Woningborg maar (door middel van) verrekening op de boedel te verhalen. De verplichting van Woningborg tot vrijwaring brengt dus niet mee dat kopers geen schade lijden door de niet-nakoming van de aannemingsovereenkomsten door de failliet en de curator.

4. HET BEPAALBAARHEIDSVEREISTE BIJ EEN OVEREENKOMST EN EENZIJDIGE HERZIENING CANON/ERFPACHTBEPALINGEN VOOR NIEUW ERFPACHTTIJDVAK

Inleiding en wettelijk kader

Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.¹¹ Het bepaalbaarheidsvereiste van art. 6:227 BW brengt echter met zich mee dat verbintenissen die partijen door de overeenkomst op zich nemen bepaalbaar moeten zijn.

4.1 Bepaalbaarheid kortingsregeling bij herziening canon

Casus

Erfpachtster is vanaf 12 oktober 2006 appartementseigenaar en erfpachtster van een appartementsrecht te Amsterdam. De gemeente is eigenaar van het perceel. Het eerste erfpachtstijdvak is geëindigd op 31 mei 2012. De gemeente heeft per brief met toelichting een aanbod gedaan voor de grondwaarde en de canon van het nieuwe erfpachtstijdvak. Het aanbod in de

brief omvat vier mogelijkheden om de nieuwe canon te betalen (jaarlijkse canon, vaste canon voor tien of vijftientig jaar en een afkoopsom) en de bijbehorende bedragen. In de brief staat verder een ingroei-regeling: in de eerste twee jaar van het nieuwe tijdvak geldt een korting op de canon die voor elk van de vier betaalmogelijkheden geldt (daarbij wordt verwezen naar de toelichting). In de brief is expliciet vermeld dat de kortingen niet zijn verwerkt in de genoemde afkoopsom en canon-bedragen, maar dat de kortingen op de nota's zouden worden verwerkt.

In de toelichting bij de brief wordt allereerst aangegeven hoe de nieuwe jaarlijkse canon is bepaald (grondwaarde x canon-percentage) en dat bij de bepaling van de grondwaarde een korting is gegeven van 40% op de prijs per m².

Verder staat in de toelichting de berekening van de canon op grond van de ingroei-regeling, maar er niets over de korting bij de keuze van een afkoopsom. Wel is vermeld dat de ingroei-regeling in een bepaald besluit van het college van B en W is vastgelegd.

Erfpachtster zond een antwoordformulier terug waarin zij akkoord ging met de nieuwe grondwaarde en canon en koos voor de afkoop van de erfpachtcanon. Naar aanleiding van de brief die zij vervolgens van de gemeente ontving ontstond echter een geschil over de manier waarop de korting was berekend over de afkoopsom van de canon.

Hof Amsterdam stelt dat de aanbiedingsbrief en de toelichting in het geheel niet duidelijk maken op welke wijze de korting moet worden berekend. Nu de hoogte van de afkoopsom een van de essentialia van de te sluiten overeenkomst is, concludeert het hof dat het aanbod onvoldoende bepaald en bepaalbaar was.

Hoge Raad

De Hoge Raad¹² oordeelt dat het hof te strenge eisen stelt aan de bepaalbaarheid van de korting op de afkoopsom. Dat in de aanbiedingsbrief en de toelichting daarop niet is vermeld op welke wijze de korting ingevolge de ingroei-regeling moet worden berekend bij de keuze voor een afkoopsom, sluit immers niet uit dat de aanbiedingsbrief en toelichting daarvoor ook voor de wederpartij voldoende aanknopingspunten kunnen bevatten. Bovendien is in de aanbiedingsbrief aangegeven dat de korting niet in de, in de aanbiedingsbrief genoemde, afkoopsom en canonbedragen is verwerkt, maar pas in de nota die de gemeente te zijner tijd zal sturen zal worden verwerkt. Onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis¹³ oordeelt de Hoge Raad dat de gemeente de korting overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid dient te berekenen en conform het gemeentelijk besluit betreffende de ingroei-regeling. Hof Den Haag moet oordelen of de gemeente hieraan heeft voldaan.

4.2 Bepaalbaarheid eenzijdige herzieningsbevoegdheid

Inleiding

De onder par. 4.1 besproken herziening van de canon is gebaseerd op de toepasselijke Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000 van de gemeente Amsterdam. De canon is niet het enige dat de gemeente Amsterdam met ingang van een nieuw erfpachttijdvak kan wijzigen. De gemeente kan ook de toepasselijke algemene erfpachtbepalingen wijzigen. Een der-

gelijke wijzigingsbevoegdheid (herziening canon en algemene bepalingen) met ingang van een nieuw erfpachttijdvak komt in de verschillende in de loop van de tijd door de gemeente Amsterdam gehanteerde algemene erfpachtbepalingen voor.

Casus

Het geschil is ontstaan door het aflopen van enkele oudere erfpachttijdvakken. De algemene bepalingen die op de erfpachtrechten van toepassing zijn (uit 1915, 1934 en 1937) bepalen dat de canon voor het volgende tijdvak zal worden vastgesteld door deskundigen. Vanwege een aantal voor de erfpachters ongunstige omstandigheden, waaronder met name de hogere grondprijzen, worden de erfpachters geconfronteerd met een fors verhoogde canon voor het volgende tijdvak. De canonverhoging is voor Stichting erfpachters belangen Amsterdam (Seba) en enkele erfpachters (hierna samen Seba) reden geweest deze procedure te starten.

In het geschil voert Seba een aantal gronden aan waarom de herzieningsbepaling volgens haar buiten toepassing moet worden gelaten. In de eerste plaats zien de bezwaren van Seba op de bepaalbaarheid van de eenzijdige herzieningsbevoegdheid. Seba betoogt onder meer dat de herzieningsbepaling niet voldoet aan het bepaalbaarheidsvereiste (art. 6:227 BW).

Verder meent Seba dat het in een akte niet noemen van de herzieningsbepaling maar enkel verwijzen naar de algemene voorwaarden waar het herzieningsbeding deel van uitmaakt onvoldoende is om erfpachters te binden. Het bezwaar van Seba over het onredelijk bezwarend zijn van de herzieningsbepaling wordt hierna in par. 5.1 besproken.

Hoge Raad

De Hoge Raad¹⁴ overweegt dat aan de bepaalbaarheidseis (die ook onder het oude BW van toepassing was) voldaan is als aan de hand van de inhoud van de overeenkomst de inhoud van de verbintenis kan worden bepaald dan wel de overeenkomst een procedure bevat waarlangs dit laatste kan plaatsvinden, zoals een nadere vaststelling van de inhoud van de verbintenis door een derde. De onderhavige bepaling uit de Algemene erfpachtbepalingen strekt tot herziening van de canon door deskundigen overeenkomstig art. 7:900 BW (dat artikel gaat over vaststellingsovereenkomsten ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of een geschil omtrent hetgeen tussen partijen geldt). Volgens de Hoge Raad voldoet een dergelijke bepaling aan het bepaalbaarheidsvereiste, ook al zijn in die herzieningsbepaling geen concrete criteria genoemd voor de herziening.

Over het verwijzen naar de algemene voorwaarden is de Hoge Raad relatief kort. Omdat de algemene voorwaarden zijn ingeschreven in de door het Kadaster gehouden openbare registers oordeelt de Hoge Raad dat in een akte verwijzen naar de inhoud van die algemene bepalingen, de rechtsgeldigheid daarvan niet aantast. Hierna onder par. 5.2 gaan wij in op het tweede onderdeel van het arrest.

5. TOETSING ONREDELIJK BEZWARENDE OF ONEERLIJKE BEDINGEN

5.1 Inleiding en wettelijk kader

Op grond van art. 6:233 BW is een beding dat deel uitmaakt van algemene voorwaarden vernietigbaar indien dat beding onre-

delijk bezwarend is voor de wederpartij. Art. 6:236 en art. 237 BW bevatten lijsten met bedingen die onredelijk bezwarend (kunnen) zijn voor een particulier indien het beding deel uitmaakt van algemene voorwaarden. Art. 6:236 BW bevat de zogenaamde zwarte lijst (bedingen die onredelijk bezwarend zijn) en art. 6:237 BW bevat de grijze lijst (bedingen die worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn). Het belangrijkste verschil tussen de zwarte en de grijze lijst is dat tegen de onredelijkheid van de bedingen op de grijze lijst tegenbewijs kan worden geleverd.

Vergelijkbaar met de grijze lijst is de indicatieve lijst behorende bij de richtlijn oneerlijke contractbedingen (Richtlijn 93/13/EEG). De bedingen op de Europese lijst kunnen door een rechter als oneerlijk worden aangemerkt. Richtlijn 93/13/EEG werkt niet rechtstreeks door in de Nederlandse rechtsorde. Desalniettemin worden bedingen door de Nederlandse rechter veelvuldig aan Richtlijn 93/13/EEG getoetst sinds de Océano-uitspraak van het HvJ EU¹⁵, waarin het HvJ EU bepaalde dat de bescherming die de richtlijn de consument beoogd te geven meebrengt dat een nationale rechter de bevoegdheid heeft ambtshalve aan de richtlijn te toetsen. In het arrest Heesakker/Voets¹⁶ heeft de Hoge Raad bepaald dat de Nederlandse rechter bedingen inderdaad ambtshalve moet toetsen aan Richtlijn 93/13/EEG. Richtlijnbevestigingen moeten volgens de Hoge Raad op één lijn worden gesteld met bepalingen van nationaal recht die hebben te gelden als bepalingen van openbare orde. Derhalve moeten oneerlijke bedingen in de zin van Richtlijn 93/13/EEG ambtshalve door de rechter worden getoetst ook indien hij daarbij buiten het door grieven ontsloten gebied moet treden met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van partijen moet respecteren.

5.2 Eenzijdige herziening erfpachtbepalingen en toetsing onredelijk bezwarende of oneerlijke bedingen

Casus

In de in par. 4.2 vermelde casus is Seba van oordeel dat de canonherzieningsbepaling in de AB 1915, AB 1934 en AB 1937 ziet op een geschillenbeslechting die op grond van de zwarte lijst (art. 6:236 aanhef en onder n BW) onredelijk bezwarend is. Het hof is van oordeel dat de canonherzieningsbepaling (slechts) betrekking heeft op het vaststellen van een onbepaald element in de rechtsverhouding tussen partijen, namelijk de hoogte van de canon, en daarom sprake is van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:900 BW, waarbij partijen ter voorkoming van onzekerheid zich op voorhand binden aan de vaststelling door derden.

Seba is ook van mening dat de bevoegdheid tot eenzijdige wijziging van de algemene bepalingen waaronder de erfpachten zijn gevestigd, onredelijk bezwarend is, omdat het de gemeente de bevoegdheid zou geven een prestatie te verschaffen die wezenlijk van de toegezegde prestatie afwijkt (beding op de grijze lijst (art. 6:237, aanhef en onderdeel c, BW) in samenhang met onderdeel j van de indicatieve lijst bij Richtlijn 93/13/EEG). Het hof is echter van mening dat de kern van de prestatie die de gemeente dient te leveren het verschaffen is van het gebruik van de overeengekomen zaak (waartegenover de erfpachter een canon dient te betalen). Echter toert het hof voor de gemeente desondanks een konijn uit de hoed door ambtshalve op een

andere wijze deze eenzijdige wijzigingsbevoegdheid te toetsen aan het bepaalde in onderdeel j van de indicatieve lijst die bij Richtlijn 93/13/EEG hoort. Bij onderdeel j gaat het om bedingen die ten doel hebben 'de verkoper te machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen'.

Het hof is ambtshalve van mening dat hieraan voldaan is, omdat de gemeente (hier te beschouwen als verkoper) op grond van de Algemene Bepalingen eenzijdig is gemachtigd om de voorwaarden van de erfpacht te wijzigen zonder dat de overeenkomst daarvoor een geldige reden tot uitdrukking brengt. Hiermee is het beding oneerlijk in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. Het hof vernietigt het beding daarom ambtshalve.

Hoge Raad

Inzake de vraag of bij de canonherzieningsbepaling sprake is van geschillenbeslechting oordeelt de Hoge Raad¹⁷ dat het hof, overeenkomstig de standpunten van partijen, de bepaling aldus heeft uitgelegd dat de herziening wordt overgelaten aan deskundigen, tenzij de erfpachter en de gemeente onderling overeenstemming hebben bereikt over de nieuwe canon. Bij deze uitleg dienen de deskundigen geen geschil tussen partijen te beslechten, maar de canon te bepalen die in het vervolg op grond van de overeenkomst van partijen geldt.

Wat betreft de toetsing aan Richtlijn 93/13/EEG is de Hoge Raad echter een andere mening toegedaan dan het hof. De Hoge Raad oordeelt dat de richtlijn helemaal niet van toepassing is op de onderhavige erfpachten en de daarvan deel uitmakende AB 1915, AB 1934 en AB 1937, omdat het erfpachten betreft die gevestigd zijn vóór 31 december 1994 en de richtlijn uitsluitend ziet op overeenkomsten die na die datum zijn gesloten.

De Hoge Raad overweegt met het oog op de AB 2000, die een vergelijkbare wijzigingsbevoegdheid bevat, dat het betreffende beding niet zonder meer onredelijk is vanwege het enkele feit dat deze op de indicatieve lijst voorkomt. Beoordeelt moet worden of het beding een aanzienlijke en ongerechtvaardigde verstoring oplevert ten nadele van de erfpachter (consument) van het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen (in de zin van art. 3, lid 1, Richtlijn 93/13/EEG). Hierbij is van belang dat de erfpachtvoorwaarden deel uitmaken van het beleid van de gemeente die zij voert als overheid met betrekking tot de grond binnen haar grenzen, 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, dat de voorwaarden worden getoetst en vastgesteld door de raad van de gemeente (dat een democratisch gekozen, vertegenwoordigend orgaan is), dat de vaststelling en toepassing van die voorwaarden mede moeten voldoen aan algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dat bij de toets aan deze beginselen mede van belang is of kan zijn met welk doel de gemeente de grond (niet in eigendom, maar) in erfpacht heeft uitgegeven en uitgegeven houdt. Gelet op deze aspecten valt volgens de Hoge Raad niet in te zien dat het onderhavige beding zonder meer onredelijk bezwarend zou zijn.

De Hoge Raad heeft de uitspraak van Hof Amsterdam vernietigd en het geding doorverwezen naar Hof Den Haag.

5.3 Ambtshalve toetsing oneerlijke bedingen

Inleiding en wettelijk kader

In par. 5.1 is het arrest Heesakkers/Voets reeds vermeld, waarin de Hoge Raad heeft bevestigd dat de rechter ambtshalve moet toetsen of een beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13/EEG. In de literatuur is discussie ontstaan over de uitleg van de in dat arrest gebruikte begrippen: 'het door grieven ontsloten gebied' en 'de grenzen van de rechtsstrijd'.

Casus

In het kort zijn de volgende feiten van belang:

- de verhuurder en de huurder zijn een huurovereenkomst aangegaan inzake woonruimte;
- in de huurovereenkomst worden de Algemene Voorwaarden Huurovereenkomst Woonruimte 9 januari 2006 van toepassing verklaard;
- art. 6.5, art. 6.6 en art. 19.1 van deze algemene voorwaarden bevatten het verbod op onderverhuur zonder toestemming en een boete indien door de huurder in strijd met de voorwaarden wordt gehandeld;
- de huurder onderverhuurt de woonruimte gedurende ongeveer twee jaar en in verband daarmee vordert de verhuurder een bedrag van € 55.000,00, dat is het bedrag van de ontvangen onderverhuurpenningen, en € 10.000,00, dat is het bedrag van de boete.

In het rechtsgeding moet een aantal fasen van elkaar worden onderscheiden:

- in eerste aanleg oordeelt de kantonrechter ambtshalve dat het boetebeding in de algemene voorwaarden onmogelijk kan worden getoetst aan Richtlijn 93/13/EEG, omdat niet kan worden vastgesteld wat de schade is die de verhuurder heeft als gevolg van het gedrag van de huurder. Derhalve moet volgens de kantonrechter worden aangenomen dat er geen sprake is van een onredelijk beding;
- vervolgens wordt in hoger beroep geen grief ingesteld tegen het voorgaande en derhalve laat het hof het oordeel van de kantonrechter op dat punt in stand;
- daarna richt zich in cassatie een middel tegen de beslissing van het hof om het boetebeding niet te toetsen aan de richtlijn. Volgens het middel zou het hof ambtshalve, buiten de grieven om, het boetebeding aan de richtlijn moeten toetsen.

Hoge Raad

Bij de beoordeling van het middel citeert de Hoge Raad¹⁸ r.o. 3.6.3 van het arrest Heesakkers/Voets. Kort gezegd komt het erop neer dat de rechter ook ambtshalve aan Richtlijn 93/13/EEG moet toetsen indien hij daarbij buiten het door grieven ontsloten gebied moet treden, m  r met dien verstande dat hij de grenzen van de rechtsstrijd van de partijen moet respecteren. De rechter is niet tot dit onderzoek gehouden als tegen de toe- of afwijzing van de betreffende vordering in hoger beroep niet is opgekomen; immers krijgt de beslissing van de lagere rechter op dat punt dan kracht van gewijsde. Dat moet de appelrechter respecteren, ook als die beslissing mede berust op een beding dat (mogelijk) oneerlijk is in de zin van de richtlijn.

De Hoge Raad overweegt in het onderhavige geval dat de grieven inderdaad niet strekten tot het bestrijden van oordeel over de geldigheid van het beding. Er is echter wel vernietiging gevorderd van de beslissing van de rechter over de boete als

zodanig. Vanwege het vorderen van vernietiging van de toegevoegde boete is de grens van de rechtsstrijd zodanig opgerekt dat het hof met ambtshalve toetsing van het boetebeding binnen die grens zou zijn gebleven volgens de Hoge Raad. Van belang is verder dat de rechter in eerste aanleg niet daadwerkelijk het boetebeding aan de richtlijn heeft getoetst, omdat hij dat niet mogelijk achtte; daarom is op dat punt geen sprake van kracht van gewijsde. Derhalve had het hof op grond van Heesakkers/Voets zelf ambtshalve het boetebeding aan de richtlijn moeten toetsen.

6. VAN WIE IS HET UITGEKEERDE VERZEKERINGSGELD BIJ EEN IN APPARTEMENTSRECHTEN GESPLITST GEBOUW?

Inleiding en wettelijk kader

Tussen appartementseigenaars bestaat een goederenrechtelijke gemeenschap ten aanzien van het gebouw waarop die appartementsrechten zien. Op deze gemeenschap zijn de regels van Boek 3 BW (Titel 7, afdeling 1) niet van toepassing zolang de appartementensplitsing bestaat (art. 3:189, lid 1, BW).

In het splitsingsreglement moet zijn bepaald door wiens zorg en tegen welke gevaren het gebouw ten behoeve van de gezamenlijke appartementseigenaars moet worden verzekerd (art. 5:112, lid 1, onderdeel d, BW).

Degene die volgens het splitsingsreglement is verplicht het gebouw te verzekeren, vertegenwoordigt de gezamenlijke appartementseigenaars bij de rechten die uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeien en voert voor hen het beheer over de ontvangen verzekeringspenningen (art. 5:136, lid 1, BW).

Uitkering aan ieder van de appartementseigenaars van het hem toekomende aandeel in het verzekeringsgeld geschiedt slechts in drie situaties (art. 5:136, lid 4, BW):

indien na het herstel van de schade een overschot aanwezig blijkt te zijn;

indien drie maanden zijn verlopen nadat de vergadering van eigenaars heeft besloten van (verder) herstel af te zien;

in geval van opheffing van de splitsing.

In het splitsingsreglement kan worden afgeweken van de in art. 5:136 BW neergelegde regels (art. 5:136, lid 5, BW).

Casus

Een gebouw dat is gesplitst in twee appartementsrechten heeft brandschade. Het bestuur van de Vereniging van Eigenaars (VvE) is op grond van het splitsingsreglement verplicht tot het doen verzekeren van het gebouw voor onder andere brandschade, aan welke verplichting is voldaan doordat de VvE een verzekeringsovereenkomst heeft afgesloten. De verzekeringsmaatschappij keert de VvE, waarvan Appartementseigenaar 2 enig bestuurder is, het verzekeringsgeld uit. De appartementseigenaars hebben onenigheid over de besteding van het verzekeringsgeld. Appartementseigenaar 1 vordert verdeling van het uitgekeerde verzekeringsgeld. Hij voert aan dat, hoewel de VvE in de polis als verzekeringnemer is aangewezen, toch de appartementseigenaars als enigen en dus met uitsluiting van de VvE, een verzekerd belang hebben en zijn gerechtigd over het verzekeringsgeld te beschikken. Daar leidt Appartementseigenaar 1 uit af dat het verzekeringsgeld aan de gezamenlijke appartementseigenaars toebehoort en een gemeenschap vormt in de zin van de eerste afdeling van Titel 7 Boek 3 BW. Hij

ziet de door hem ingestelde vordering als een verdelingsvordering ex art. 3:178, lid 1, jo. art. 3:185 BW (onderdeel van Titel 7, afdeling 1).

Hoge Raad

De Hoge Raad¹⁹ oordeelt dat tussen appartementseigenaars een goederenrechtelijke gemeenschap met betrekking tot het gebouw bestaat. Ten aanzien van die gemeenschap is op grond van art. 3:189 BW de regeling van zaaksvervanging in art. 3:167 BW niet van toepassing, nu de splitsing in appartementsrechten niet is opgeheven. Zaaksvervanging is dan ook geen argument voor het ontstaan van een gemeenschap tussen de appartementseigenaars met betrekking tot het verzekeringsgeld. Doordat het verzekeringsgeld is gestort op de bankrekening van de VvE, zijn zij deel gaan uitmaken van het vermogen van de VvE. Hierdoor is er tussen de appartementseigenaars geen gemeenschap mogelijk met betrekking tot die verzekeringspenningen. Niettemin rustte het verzekerd belang wel bij de appartementseigenaars en zijn zij de belanghebbenden bij het verzekeringsgeld, waardoor de appartementseigenaars tezamen jegens de VvE gerechtigd zijn tot de door de VvE beheerde verzekeringspenningen. Hierdoor bestaat tussen hen een gemeenschap met betrekking tot hun vordering op de VvE ter zake van het verzekeringsgeld.

Deze gemeenschap kan niet worden verdeeld. Uitkering aan de appartementseigenaars van het aan ieder van hen toekomende aandeel in het verzekeringsgeld kan op grond van art. 5:136, lid 4, BW slechts in de drie hiervoor reeds genoemde gevallen. Vaststaat dat aan geen van die gevallen is voldaan; en het hof heeft ook niet vastgesteld dat in het splitsingsreglement van deze wettelijke regeling is afgeweken.

Het is daarom aan de VvE te beslissen op welke wijze herstel zal plaatsvinden en wanneer en aan wie het verzekeringsgeld daartoe wordt (door)betaald. Eventuele geschillen hierover kunnen worden voorgelegd aan de kantonrechter.

7. HET VOORWAARDELIJK EIGENDOMSRECHT IN FAILLISSEMENT

Inleiding en wettelijk kader

Over het karakter van het eigendomsrecht zijn in de literatuur verschillende opvattingen. Zo zijn er schrijvers die eigendom vereenzelvigen met de zaak waarop de eigendom ziet en in het verlengde daarvan uitgaan van een onsplitsbaar recht. Er zijn ook schrijvers die eigendom los zien van de zaak hetgeen een opening biedt om uit te gaan van een splitsbaar eigendomsrecht. Deze discussie is relevant vanwege de werking van art. 35 FW. Dit artikel bepaalt dat geen geldige levering tot stand kan komen indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle handelingen door de schuldenaar zijn verricht die voor de levering zijn benodigd. Art. 35 FW is een uitwerking van het algemene art. 23 FW dat bepaalt dat de schuldenaar door de faillietverklaring de beschikking en beheer over zijn goederen verliest met ingang van de dag van de faillietverklaring. Die dag begint om 00.00 uur, dus er is sprake van terugwerkende kracht vanaf het tijdstip van faillietverklaring.

Casus

In het kort zijn de volgende feiten in deze casus van belang (die hebben plaatsgevonden in de volgorde zoals hierna genoemd):

1. Meteor draagt aan Revadap een teeltsysteem over met een eigendomsvoorbehoud dat vervalt door voldoening van de volledige koopprijs;
2. Revadap vestigt ten behoeve van de Rabobank een pandrecht op het teeltsysteem, althans de voorwaardelijke eigendom daarvan;
3. Revadap gaat failliet;
4. Rabobank voldoet met medewerking van de curator het restant van de koopprijs aan Meteor.

Het geschil tussen de curator en de Rabobank ziet op het al dan niet ontstaan van een pandrecht op het teeltsysteem. De Rabobank stelt zich op het standpunt dat een pandrecht op het teeltsysteem tot stand is gekomen, althans is aangegroeid tot een pandrecht op volledig eigendom, toen het restant van de koopprijs is voldaan en het eigendomsvoorbehoud is komen te vervallen. De curator bestrijdt dit en meent dat art. 35 FW daaraan in de weg zit. Het hof heeft aansluiting gezocht in de rechtstheorie die uitgaat van één onsplitsbaar eigendomsrecht, welke in geval van een voorwaardelijke eigendom bij de vervreemder blijft. De verkrijger heeft slechts een eigendomsverwachting. Uit deze redenering volgt dat de vestigingshandeling niet heeft kunnen plaatsvinden vanwege het gebrek aan eigendom van een object en daardoor beschikkingsbevoegdheid van Revadap. Vanwege de werking van art. 35 FW kan het pandrecht niet alsnog tot stand komen toen Revadap wel de eigendom verkreeg en beschikkingsbevoegd werd.

Hoge Raad

De Hoge Raad²⁰ oordeelt dat het hof met het volgen van de theorie die uitgaat van één onsplitsbaar eigendomsrecht blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad verwijst naar de parlementaire geschiedenis op grond waarvan het eigendomsvoorbehoud in het systeem van overdracht van eigendom onder opschortende voorwaarde valt, waarbij voor roerende zaken de levering is voltooid op het moment dat de zaken in de macht van de verkrijger zijn gebracht, met als gevolg dat de verkrijger een 'terstond ingaand eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde' respectievelijk een 'voorwaardelijk eigendomsrecht' verkrijgt. De uitgroei tot een onvoorwaardelijk eigendomsrecht is volgens de Hoge Raad uitsluitend nog afhankelijk van de vervulling van de opschortende voorwaarde, welke in dit geval de voldoening van de restant koopprijs is. Zolang de voorwaarde niet is vervuld, zijn zowel de vervreemder als de verkrijger voorwaardelijk eigenaar, de vervreemder onder ontbindende voorwaarde en de verkrijger onder opschortende voorwaarde, en is de beschikkingsbevoegdheid van zowel de vervreemder als de verkrijger ten aanzien van de desbetreffende zaken dienovereenkomstig beperkt. De verkrijger kan zijn voorwaardelijk eigendomsrecht dan ook slechts onder dezelfde voorwaarde vervreemden of bezwaren. Wordt een pandrecht op het voorwaardelijke eigendomsrecht gevestigd, dan ontstaat met de voltooiing van de vestigingshandeling een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijk eigendomsrecht (en daarmee op een voor de verpander bestaand goed).

Door het in vervulling gaan van de opschortende voorwaarde ontstaat er een volledig eigendomsrecht. De Hoge Raad oordeelt dat het in vervulling gaan van de voorwaarde geen beschikkingshandeling is die voor de levering nodig is en daarom mist art. 35 FW toepassing.

Het pandrecht van de Rabobank gaat door de vervulling van de voorwaarde rustten op de volledige eigendom. Derhalve kan de Rabobank met voorrang verhaal zoeken op het teeltsysteem.

Hoewel dit arrest gaat over roerende zaken zijn de overwegingen van de Hoge Raad ook voor vastgoed van belang. In de literatuur is een alternatieve werkwijze voorgesteld voor de levering van vastgoed.²¹ Deze alternatieve werkwijze gaat uit van een levering tegelijk met de totstandkoming van de koopovereenkomst, waarbij de leveringshandeling en de koopovereenkomst in dezelfde notariële akte wordt vastgelegd. In deze alternatieve werkwijze vindt de levering plaats onder de opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs (financieringsvoorbepaling). In deze werkwijze is essentieel dat faillissement van de verkoper vóórdat de koopprijs door de koper is betaald geen roet in het eten gooit voor de koper. Dat heeft de Hoge Raad in het onderhavige arrest nu bevestigd.

Het arrest bevestigt onzes inziens ook de opvatting dat het niet mogelijk is dat een eigenaar een erfdienstbaarheid vestigt ten laste van een dienend erf waarvan hij de eigenaar is en ten behoeve van een heersend erf waarvan hij ook de eigenaar is onder de opschortende voorwaarde dat dienend en heersend erf niet meer van één eigenaar zijn.

Uit het arrest blijkt duidelijk dat bij de levering of vestiging onder opschortende voorwaarde de rechtshandeling al voltooid is door de levering- of vestigingshandeling. In het hier bedoelde geval kan dat echter helemaal niet, omdat de persoon die de erfdienstbaarheid onder opschortende voorwaarde vestigt ten laste van het dienend erf ook de eigenaar is van het heersend erf. Daarmee is aan een van de vereisten voor het voltooien van de vestigingshandeling nog niet voldaan. Een tussentijds faillissement gooit dan ook roet in het eten. Sterker nog: ook buiten faillissement dient de vestigingshandeling plaats te vinden op het tijdstip waarop dienend en heersend erf in verschillende handen zijn. De erfdienstbaarheid kan dan ook eerst worden gevestigd in de akte van levering waarbij de eigenaar het dienend of heersend erf aan een koper levert.

8. UITLEG CONTRACTUELE AFSPRAKEN IN HYPOTHEEKAkte

Inleiding en wettelijk kader

In beginsel wordt de tekst van een notariële akte die strekt tot levering van registergoederen of de vestiging van beperkte rechten daarop uitgelegd naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele akte. Verklaringen van partijen die niet in de akte zijn vastgelegd, worden daarbij niet meegewogen. Geldt deze objectieve uitlegmaatstaf nu ook voor contractuele afspraken die alleen relevant zijn voor de verhouding tussen de oorspronkelijke partijen?

Casus

De koper heeft de aandelen in het kapitaal van een bv gekocht en verkregen. De verkopers hebben aan de koper een geldlening verstrekt om de koop van de aandelen mogelijk te maken. Tot zekerheid voor de terugbetaling van deze lening heeft de koper op registergoederen van de bv een hypotheekrecht gevestigd ten behoeve van de verkopers. Het geleende bedrag wordt slechts gedeeltelijk terugbetaald door de koper, als gevolg waarvan de verkopers tot executie van de ondergezette registergoederen

overgaan. In het kader van de executie ontstaat er een geschil over de vraag of het in de hypotheekakte genoemde, totaal terug te betalen bedrag inclusief dan wel exclusief rente is. Het hof²² heeft geoordeeld dat het bij de uitleg van een akte ter vestiging van een beperkt recht aankomt op de partijbedoeling voor zover die in de akte tot uitdrukking is gebracht. Deze bedoeling moet worden afgeleid uit de in deze akte gebezigde bewoordingen, uit te leggen naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte.²³

Hoge Raad

De Hoge Raad²⁴ oordeelt dat de door het hof gehanteerde maatstaf volgens vaste rechtspraak geldt voor de uitleg van notariële akten die strekken tot levering van registergoederen en de vestiging van beperkte rechten daarop.²⁵ De ratio van deze objectieve uitlegmaatstaf is gelegen in het voor registergoederen geldende stelsel van publiciteit. Derden moeten kunnen afgaan op hetgeen in een – in de door het Kadaster gehouden openbare registers ingeschreven – akte is vermeld ter zake van de overdracht van een registergoed of van de vestiging van een beperkt recht op een registergoed.

Echter, in het onderhavige geval ziet het geschil van partijen niet op hetgeen in de hypotheekakte is vermeld ter zake van de vestiging van het hypotheekrecht, maar op de vraag of de partijen zijn overeengekomen dat het in de hypotheekakte totaal terug te betalen bedrag inclusief rente dan wel exclusief rente is. Het gaat hier dus om de uitleg van een contractuele renteclausule die alleen een rol speelt in de verhouding tussen de oorspronkelijke contractspartijen, aldus de Hoge Raad. Bij de beantwoording van de vraag wat de inhoud is van de op dit punt door partijen gemaakte obligatoire afspraken geldt de zogenaamde Haviltex-maatstaf.²⁶ Dat wil zeggen dat het aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, zulks in het licht van alle omstandigheden van het geval. Daarbij spelen dus ook verklaringen die niet in de hypotheekakte zijn vastgelegd een rol.

9. NIEUWE WET HUURKOOP ONROERENDE ZAKEN

Inleiding en wettelijk kader

Huurkoop is een bijzondere vorm van koop op afbetaling. De koopprijs wordt in termijnen betaald en de overdracht vindt plaats na voldoening van twee of meer termijnen. Huurkoop is een obligatoire overeenkomst, waaraan goederenrechtelijke bescherming kan worden gegeven door inschrijving in de openbare registers.

In 1973 is de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken (hierna TWHOZ) ingevoerd. De TWHOZ werd door velen als een huurkoopverbod ervaren vanwege de strenge bepalingen. Ondanks het tijdelijke karakter van de wet liet een vervangende regeling lange tijd op zich wachten, hoewel eerder wel een poging gedaan is. Uiteindelijk is op 1 januari 2017 de Wet van 5 oktober 2016 in werking getreden.²⁷ De wet houdt een aanvulling van Boek 7 BW in, met de nieuwe afdelingen 7.2a.2 en 7.2b.1 en 2 en de nieuwe titel 7.c2. De wet valt in drie delen uiteen: consumentenkrediet, goederenkrediet en geldlening. Huurkoop van onroerende zaken valt onder goederenkrediet. In de nieuwe wet wordt onderscheid gemaakt tussen de huurkoop van

onroerende zaken in het algemeen en de huurkoop van woonruimte door particulieren (consumenten).

Met de nieuwe wettelijke bepalingen is huurkoop een stuk soepeler geworden. Huurkoop kan daardoor bijvoorbeeld dienst doen als vorm van financiering. Het voordeel van huurkoop is dat 100% financiering mogelijk is. Waar het voor hypotheekverstrekkers doorgaans een vereiste is dat eigen geld wordt ingebracht, kan bij huurkoop worden gefinancierd door middel van 100% vreemd geld. Ook is het denkbaar dat huurkoop met 100% eigen geld plaatsvindt of een combinatie van eigen en vreemd geld.²⁸

Hoofdlijnen

Er zijn een aantal wijzigingen ten opzichte van de TWHOZ in de nieuwe wet. Zo dient de huurkoopovereenkomst met betrekking tot woonruimte, indien de huurkoper handelt als consument, te worden opgenomen in een notariële akte, bij gebreke waarvan de huurkoop vernietigbaar is (art. 7:114, lid 1 en lid 3, BW). De volmacht voor een dergelijke notariële akte moet schriftelijk worden verleend (art. 7:114, lid 1, BW). En zowel de huurverkoper als de huurkoper zijn verplicht mee te werken aan de vastlegging van de huurkoop in die notariële akte (art. 7:114, lid 2, BW).

De sanctie van vernietigbaarheid geldt niet voor bedrijfsruimte of kantoorruimte. Wel kan ieder der partijen verlangen dat de huurkoop wordt opgenomen in een notariële akte, zodat de akte in de openbare registers kan worden ingeschreven (art. 7:102, lid 1, BW).

Een verdere wijziging voor de huurkoop van een woning door een consument is dat de wet (art. 7:115 BW) expliciet bepaalt (door te verwijzen naar de algemene regeling voor geldleningen voor woningen in art. 7:127 BW) dat de huurkoper vroege mag aflossen en dat de huurverkoper een aflosvergoeding mag berekenen. Die vergoeding mag echter niet het door de huurverkoper geleden financiële nadeel overschrijden. Een boete mag niet worden opgelegd.

Verder kan bij de huurkoop van een woning door een consument de overeengekomen koopprijs volgens van tevoren gemaakte afspraken worden geïndexeerd of aangepast aan de hand van een andere rentevoet (art. 7:116, lid 1, BW).

Een andere wijziging betreft de bescherming van de huurkoper door inschrijving van de notariële akte van huurkoop in de openbare registers. Deze bescherming is nu op vergelijkbare wijze vormgegeven als bij de normale koop (huurkoop art. 7:104 BW, normale koop art. 7:3 BW).

Verder is gewijzigd dat de huurverkoper, indien de huurkoper zijn verplichtingen niet nakomt, niet langer naar de rechter hoeft om de huurkoopovereenkomst te ontbinden. Een schriftelijke verklaring is voldoende. Indien de huurverkoper door de ontbinding in een betere vermogenstoestand wordt gebracht, vindt er volledige verrekening plaats (art. 7:108, lid 1, BW).

Tot slot is gewijzigd dat er geen bijzondere bepaling meer in de wet staat die de rechter de bevoegdheid geeft om de huurkoopovereenkomst te wijzigen.

De auteurs zijn als notaris en kandidaat-notaris verbonden aan de vastgoedsectie van Lexence N.V., advocaten en notarissen te Amsterdam.

- 1 Vgl. HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2414, NJ 2010/62 m.nt. Wissink (De Rooij c.s./Van Olphen).
- 2 HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2287, RvdW 2016,1036.
- 3 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159, NJ 2016,76 (Patsight/De Vries Werkendam).
- 4 Voor dwaling HR 30 november 1973, ECLI:NL:HR:1973:AC5383, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel) en voor non-conformiteit HR 14 november 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF0407, NJ 2008/588 (Van Dalfsen/gemeente Kampen).
- 5 HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884, RvdW 2017,20 en HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2885.
- 6 De dwalingsgrond wordt alleen genoemd in HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2885, niet in HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884, RvdW 2017,20.
- 7 De koop-/aannemingsovereenkomsten zijn gesloten in respectievelijk 2006 (project Nieuw Saksen) en 2009 (project Beymoerse Hoeve). Per 1 januari 2010 is het Garantie Instituut Woningbouw (GIW) opgeheven en verstreken de voorheen bij het GIW aangesloten uitvoerende instanties (Woningborg, St. Waarborgfonds Koopwoningen, Bouwfonds Property Development) de waarborgcertificaten op eigen naam.
- 8 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729 (project Beymoerse Hoeve) en HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730 (project Nieuw Saksen).
- 9 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729 (project Beymoerse Hoeve).
- 10 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730.
- 11 Art. 6:217, lid 1, BW.
- 12 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:765.
- 13 T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 895-896 en M.v.A. II bij Titel 3.2, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1123.
- 14 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769.
- 15 EHvJ EG, 27 juni 2000, zaak C-240-244/98 (Océano).
- 16 HR, 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274 (Heesakkers/Voets).
- 17 HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769.
- 18 HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:340.
- 19 HR 22 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:719.
- 20 HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046, m.nt. F.M.J. Verstijlen, NJ 2016/290.
- 21 Van der Geld, Visser en Verstappen, 'Een alternatieve werkwijze voor de overdracht van onroerende zaken' in WPNR 7118 (2016). Zie ook de gedachtewisseling met Van Velten in WPNR 7131 (2016).
- 22 Dat is in dit geval het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.
- 23 Verwezen wordt naar HR 19 april 2013, NJ 2013/240 (Hennekamp/Welstand).
- 24 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1511.
- 25 De Hoge Raad verwijst naar HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM8933, NJ 2011/111 (Kamsteeg/Lisser).
- 26 HR 13 maart 1981, NJ 1981/635.
- 27 Staatsblad 2016,360 (wet) en 2016, (inwerkingtreding).
- 28 Arnouts, C.J.J.C., 'Huurkoop onroerende zaken: een sprookje zonder (goed) einde?' in TBR 2016, 186.