

Vastgoed Fiscaal & Civiel 2016(1) Jurisprudentie- en actualiteitenoverzicht 2015 (civiel recht)

Publicatie	Vastgoed Fiscaal & Civiel
Aflevering	21 afl. 1
Publicatiedatum	08 maart 2016
Auteurs	Hockx, mr. J.W.A.Westera, mr. S.H.

Jurisprudentie- en actualiteitenoverzicht 2015 (civiel recht)**BW / Rv / Fw**

In 2015 zijn er door de Hoge Raad weer verschillende voor de vastgoedpraktijk relevante uitspraken gedaan. In dit artikel komen enkele van deze uitspraken van de Hoge Raad aan de orde.

Inleiding

Allereerst wordt een uitspraak van de Hoge Raad behandeld waarin hij aangeeft welke publiekrechtelijke lasten en beperkingen bijzonder zijn in de zin van art. 7:15 BW. Vervolgens wordt een uitspraak besproken die handelt over de onderzoeks- en informatieplicht bij de bestemming van een gehuurde onroerende zaak. Ook komt een uitspraak aan de orde waarin is bepaald dat een verhuurbemiddelaar geen kosten in rekening mag brengen bij een huurder. Daarna een uitspraak van de Hoge Raad in verband met een contractueel voorbehoud voor goedkeuring van de gemeenteraad. Verder een, voor het notariaat interessante, uitspraak waarbij de vraag centraal stond of een notaris mag/moet meewerken bij een voorgenomen wanprestatie door een partij bij een rechtshandeling jegens een derde. Ontwikkelingen op het gebied van de vof en de cv komen aan de orde, alsook verjaring. Wij sluiten het jurisprudentieoverzicht af met een uitspraak omtrent de onjuiste inhoud van een splitsingsakte en de bescherming in dat kader van appartementseigenaars.

Naast de jurisprudentie zal tot slot ook de Wet verbetering werking inschrijving koop in de openbare registers kort aan de orde komen.

1. Grens welke publiekrechtelijke lasten en beperkingen bijzonder zijn in de zin van art. 7:15 BW strakker getrokken**Inleiding en wettelijk kader**

Art. 7:15, lid 1, BW bepaalt dat de verkoper verplicht is de verkochte zaak in eigendom over te dragen vrij van alle bijzondere lasten en beperkingen, tenzij de koper deze uitdrukkelijk heeft aanvaard. Het betreft hier slechts rechtsgebreken, zoals zakelijke rechten van derden of beperkingen voortvloeiend uit auteursrechten, octrooien en merken of beperkingen die voortvloeien uit een overeenkomst, zoals huur en kwalitatieve verbintenissen (art. 6:252 BW). Verder gaat het alleen om lasten en beperkingen die op de verkochte zaak in het bijzonder rusten en niet om lasten zoals belastingen en retributies, die drukken op zaken van dezelfde soort.

De Hoge Raad oordeelde in 2004 in het arrest Bos/Smeek c.s.¹ dat art. 7:15 BW niet alleen ziet op privaatrechtelijke lasten en beperkingen, maar ook op publiekrechtelijke. In dat arrest ging het om ruilverkavelingslasten. De Hoge Raad merkte deze aan als bijzondere last of beperking waarop art. 7:15 BW van toepassing is. Als motivering dat de ruilverkavelingslast een last is die bijzonder is, overwoog de Hoge Raad 'dat niet op alle agrarische percelen in Nederland ruilverkavelingslasten rusten'. De omstandigheid dat de ruilverkavelingslasten mede rusten op andere percelen die in één en dezelfde ruilverkaveling zijn begrepen, bracht volgens de Hoge Raad niet mee dat die lasten niet als bijzonder zijn aan te merken. Op de aldus door de Hoge Raad aangelegde 'maatstaf' om te bepalen of een last of beperking 'bijzonder' is, is in de literatuur kritiek geuit; deze formulering zou te ruim en onbepaald zijn.

Casus

De Vries Werkendam Beheer heeft in april 2008 een bouwterrein in Werkendam verkocht aan Portsight. In de *Staatscourant* van 12 juli 2006 is het besluit van 4 juli 2006 van de staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat tot vaststelling van de Beleidsregels grote rivieren (hierna: de Beleidsregels) gepubliceerd, met een toelichting en met als bijlage een kaart waarop het toepassingsgebied van de Beleidsregels is weergegeven. Tot dat toepassingsgebied behoort het stroomgebied van de Boven Merwede en de Nieuwe Merwede, waarbinnen het bouwterrein in Werkendam is gelegen. Voor het realiseren van de voorgenomen bebouwing op het bouwterrein diende voor de benodigde toestemming op grond van de Beleidsregels met Rijkswaterstaat overeenstemming te worden bereikt over de omvang van die bebouwing en over compenserende waterberging.

Tussen verkoper en koper is in geschil of door de Beleidsregels het bouwterrein niet vrij is van alle bijzondere lasten en beperkingen in de zin van art. 7:15, lid 1, BW. Zowel de voorzieningenrechter als in hoger beroep het hof verwerpen het beroep van koper op art. 7:15 BW. Volgens het hof gelden de Beleidsregels in het algemeen voor alle bouwpercelen in het stroomgebied van de in art. 2 van de Beleidsregels met name genoemde grote rivieren in Nederland zodat niet kan worden gezegd dat de Beleidsregels aan het bouwterrein verbonden 'bijzondere' lasten en beperkingen inhouden.

Hoge Raad

De Hoge Raad² trekt zich de hiervoor vermelde kritiek uit de literatuur aan en heroverweegt de eerder geformuleerde maatstaf om te bepalen of een last of beperking bijzonder is in de zin van art. 7:15 BW.

De Hoge Raad neemt bij deze heroverweging in aanmerking dat het bij lasten en beperkingen die privaatrechtelijk van karakter zijn (bijvoorbeeld een beperkt recht, een beslag of een kwalitatief recht), steeds gaat om een last of beperking die specifiek op de desbetreffende zaak betrekking heeft. Er bestaat volgens de Hoge Raad geen goede grond om bij lasten en beperkingen van publiekrechtelijke aard van een wezenlijk ruimere invulling uit te gaan. Kennelijk bestaat naar het oordeel van de wetgever slechts voldoende rechtvaardiging om de verkoper te belasten met de in art. 7:15 BW bedoelde verplichtingen, indien de lasten of beperkingen de verkochte zaak in het bijzonder treffen. In de regel kan immers ervan worden uitgegaan dat de verkoper (beter dan de koper) op de hoogte is van specifiek op de door hem verkochte zaak betrekking hebbende lasten en beperkingen. Publiekrechtelijke lasten of beperkingen die niet specifiek op de verkochte zaak betrekking hebben, zullen daarentegen niet in de regel beter kenbaar zijn voor de verkoper dan voor de koper. Om deze redenen bestaat volgens de Hoge Raad geen goede grond art. 7:15, lid 1, BW ook van toepassing te achten indien de lasten of beperkingen voortvloeien uit publiekrechtelijke besluiten van algemene strekking, zoals beleidsregels, verordeningen of bestemmingsplannen.

Met het oog op de rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van art. 7:15, lid 1, BW, is volgens de Hoge Raad slechts sprake van een 'bijzondere' publiekrechtelijke last of beperking, indien deze haar grondslag vindt in een specifiek (mede) tot (een rechtsvoorganger van) de rechthebbende van de desbetreffende zaak gericht besluit. Het is redelijk de verkoper te belasten met de in verband hiermee door art. 7:15 BW op hem gelegde risico's, nu dergelijke besluiten ingevolge art. 3:41 Algemene wet bestuursrecht in beginsel door toezending of uitreiking aan de belanghebbende (de rechthebbende van de desbetreffende zaak) dienen te worden bekendgemaakt. De verkoper kan dus bij de verkoop van de zaak worden geacht op de hoogte te zijn van de uit dat besluit voortvloeiende lasten en beperkingen, terwijl de koper daarmee doorgaans niet (zonder meer) bekend zal zijn.

De Hoge Raad merkt nog wel op dat de koper met betrekking tot de voor de zaak geldende publiekrechtelijke lasten en beperkingen die niet binnen de aldus getrokken grenzen van art. 7:15, lid 1, BW vallen, in voorkomend geval wel de mogelijkheid ten dienste staat om de verkoper op grond van dwaling (art. 6:228 BW) of non-conformiteit (art. 7:17 BW) aan te spreken.

Voorts merkt de Hoge Raad in dit arrest op dat het bepaalde in art. 7:15, lid 2, BW (een verscherpte aansprakelijkheid van de verkoper voor lasten en beperkingen die voortvloeien uit feiten die vatbaar zijn voor inschrijving in de openbare registers) slechts geldt voor de in art. 7:15, lid 1, BW bedoelde bijzondere lasten en beperkingen.

De Hoge Raad oordeelt ten slotte dat de Beleidsregels niet een besluit vormen dat specifiek is gericht tot een of meer eigenaren, zodat de uit de Beleidsregels voortvloeiende lasten en beperkingen niet worden aangemerkt als ‘bijzonder’ in de zin van art. 7:15, lid 1, BW. De vaststelling van de ruilverkavelingslasten uit het arrest Bos/Smeenk c.s. werd destijds (mede) aan de rechthebbende zelf bekendgemaakt, zodat die ruilverkavelingslasten ook onder deze nieuwe maatstaf ‘bijzonder’ zijn in de zin van art. 7:15 BW.

2. De onderzoeks- en informatieplicht bij de bestemming van een gehuurde onroerende zaak

Inleiding en wettelijk kader

Bij de verkoop en koop van een onroerende zaak heeft de Hoge Raad al in 1986² beslist kort gezegd dat het voor een beroep op dwaling niet voldoende is dat de partij die het beroep doet, zich een onjuiste voorstelling van zaken heeft gemaakt. Naast andere eisen is voor een geslaagd beroep op dwaling door een partij bij een koopovereenkomst vereist dat de wederpartij niet kan tegenwerpen dat zij de onjuiste voorstelling aan zichzelf heeft te wijten. Een beroep op dwaling stuit dan af op het verweer dat de wederpartij niet binnen redelijke grenzen maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat zij onder invloed van onjuiste veronderstellingen een overeenkomst is aangegaan.

Maar geldt dit nu ook voor huurovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken? In het hierna te behandelen arrest Inbev/Van der Valk³ gaat de Hoge Raad in op dat aspect.

Casus

De eiseres tot cassatie is hoofdhuurder van een bedrijfsruimte. In de huurovereenkomst tussen de eigenaar en de hoofdhuurder is bepaald dat het gehuurde uitsluitend als horecabedrijfsruimte mag worden gebruikt. De hoofdhuurder heeft aanvankelijk een gedeelte van het gehuurde aan een derde onderverhuurd die in dat gedeelte een discotheek is gaan exploiteren. De verweerder in cassatie heeft de onderhuurovereenkomst van de derde overgenomen, en wil daarin, in plaats van een discotheek, een restaurant gaan exploiteren. De hoofdhuurder werkt hieraan mee. De gemeente heeft tijdens de verbouwingswerkzaamheden een bouwstop opgelegd, omdat een vergunning nodig was voor de verbouwing. Daarbij komt naar voren dat het exploiteren van een zelfstandige horecagelegenheid niet is toegestaan. De onderhuurder heeft de hoofdhuurder vervolgens aansprakelijk gesteld voor geleden en te lijden schade en de huurbetalingen opgeschort. Later heeft de onderhuurder de buitengerechtelijke vernietiging van de huurovereenkomst met de hoofdhuurder wegens dwaling ingeroepen. De partijen hebben de onderhuurovereenkomst beëindigd. De hoofdhuurder heeft de onderhuurder vervolgens gedagvaard en onder meer gevorderd de onderhuurder tot betaling van de achterstallige huur te veroordelen. De onderhuurder heeft zich in zijn verweer onder andere op dwaling beroepen.

Nadat in eerste instantie de kantonrechter het beroep op dwaling heeft verworpen, honoreert in hoger beroep het hof alsnog het beroep op dwaling.

Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt dat het antwoord op de vraag of de hoofdhuurder de onderhuurder had behoren in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling van de onderhuurder wist of behoorde te weten, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Als uitgangspunt geldt dat voor de wederpartij van de dwalende bezwaarlijk een gehoudenheid tot het verschaffen van inlichtingen kan worden aangenomen met betrekking tot omstandigheden waarvan zij niet op de hoogte is. Zoals in de parlementaire geschiedenis⁴ is vermeld, mag een verplichting tot ‘preventief’ inlichten niet te snel worden aangenomen, en zal van een ‘behoren in te lichten’ in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was. Een dergelijke verplichting mag ook aangenomen worden indien die wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent wordt gedwaald, moet worden geacht van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.

De Hoge Raad oordeelt dat hoewel de hoofdhuurder is aangeduid als een ‘grote professionele speler op de Nederlandse horecamarkt en hoofdhuurder van het bedrijfspand’, dat op zichzelf niet meebrengt dat zij wordt geacht op de hoogte te zijn van de precieze bestemming van het pand en de mogelijke problemen die deze bestemming kan opleveren als een verbouwing nodig

zou zijn in het bedrijfspan, en dat zij daarom de onderhuurder daarover behoorde te informeren.

Ook oordeelt de Hoge Raad kort gezegd dat niet van de hoofdhuurder mocht worden verwacht dat zij nader onderzoek bij de gemeente doet. In zijn algemeenheid mag een huurder van bedrijfsruimte niet ervan uitgaan dat met het oog op zijn belang door de professionele verhuurder bij de gemeente is nagegaan of eventuele verbouwingsplannen mogelijk problemen in verband met het bestemmingsplan opleveren.

3. Bemiddelaar van verhuurder mag geen kosten in rekening brengen bij huurder

Inleiding

Op het gebied van verhuurbemiddeling is er een interessant arrest gewezen dat gaat over de vraag of een verhuurbemiddelaar die opdracht van een verhuurder heeft gekregen, courtage in rekening mag brengen bij een geworven huurder. Zoals hieronder zal blijken, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in een situatie waarbij een (professionele) verhuurder een verhuurbemiddelaar inschakelt, die met een woning adverteert en contact met de potentiële huurders heeft, dit niet is toegestaan. Gesterkt door de uitspraak van de Hoge Raad, heeft de Woonbond aangegeven⁵ dat woningzoekenden jaarlijks zo'n € 37 miljoen aan onterechte bemiddelingskosten betalen en heeft huurders opgeroepen dergelijke kosten terug te vorderen.

Casus

Een bemiddelingsbureau voor de huur en verhuur van woningen sluit een overeenkomst met een verhuurder van woonruimte. Verhuurder geeft daarbij aan de bemiddelaar de niet-exclusieve toestemming woonruimte te presenteren aan potentiële huurders door publicatie op internet; de verhuurder is hiervoor geen tegenprestatie verschuldigd.

Een huurder heeft vervolgens een woning gehuurd via de bemiddelaar, waarbij aan de huurder een bedrag van € 867,50 inclusief BTW in rekening is gebracht. De huurder vordert nu dat de bemiddelaar wordt veroordeeld tot terugbetaling van bedoeld bedrag. Daartoe stelt de huurder dat de bemiddelaar op grond van het bepaalde in art. 7:417, lid 4, BW geen recht heeft op loon.

Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt⁶ hierover, nadat hierover door de rechtbank Den Haag een prejudiciële vraag is gesteld, dat ten eerste de overeenkomst, al dan niet op schrift, waarbij een verhuurder met een huurbemiddelaar is overeengekomen dat deze verhuurder om niet, op een website van de huurbemiddelaar, de woonruimte die deze verhuurder wenst te verhuren, vrijblijvend mag plaatsen en dat na plaatsing op deze website voor een ieder kenbaar is dat deze woonruimte te huur is, in beginsel heeft te gelden als een bemiddelingsovereenkomst als bedoeld in art. 7:425 BW. Op grond van art. 7:427 BW is art. 7:417, lid 4, BW daarop van toepassing. Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat het voor dit antwoord geen verschil maakt of de huurbemiddelaar zelf actief de verhuurder benadert met het verzoek of hij woonruimte te huur heeft die de huurbemiddelaar op zijn website wil plaatsen, of dat de verhuurder aan de huurbemiddelaar meldt dat de woonruimte op de website van de huurbemiddelaar kan worden geplaatst. Dit kan anders zijn indien de beheerder van de website stelt, en bij gemotiveerde betwisting bewijst, dat de website alleen als 'elektronisch prikbord' functioneert, dat wil zeggen dat de beheerder daarvan niet de aspirant-verhuurder en -huurder van elkaar afschermt en het hun dus niet onmogelijk maakt dat zij rechtstreeks en zonder zijn tussenkomst met elkaar in contact treden om over de totstandkoming van een huurovereenkomst te onderhandelen. Het maakt dus verschil of de huurbemiddelaar in de advertentie van de woonruimte (website) vermeldt dat de potentiële huurder contact dient op te nemen met de verhuurder, mits diens contactgegevens in de advertentie zijn vermeld.

4. Contractueel voorbehoud gemeenteraad. B&W kan de gemeenteraad niet binden

Inleiding en wettelijk kader

Art. 160, lid 1, aanhef en onderdeel e, Gemeentewet geeft het college van B en W de zelfstandige bevoegdheid de gemeente te binden. Op grond van art. 169, lid 4, Gemeentewet

kan het college van B en W de instemming van de gemeenteraad nodig hebben om een overeenkomst aan te gaan. Maar ook als in dat geval de gemeenteraad niet met die overeenkomst instemt, blijft het college van B en W bevoegd de overeenkomst aan te gaan.

Is een overeenkomst aangegaan onder een opschortende of ontbindende voorwaarde, dan kan onder omstandigheden de overeenkomst toch zijn werking hebben ondanks het niet vervullen van de voorwaarde c.q. ondanks het juist wel vervullen van de voorwaarde (art. 6:23 BW).

Wanneer de partij die bij de niet-vervulling belang had, de vervulling heeft belet, geldt de voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.

Wanneer de partij die bij de vervulling belang had, deze heeft teweeggebracht, geldt de voorwaarde als niet vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.

Casus

Gedurende een aantal jaren is tussen (een stuurgroep namens) het college van B en W van de gemeente Hof van Twente en Vof Landgoed Hof van Twente (hierna: het Landgoed) onderhandeld over de realisatie door het Landgoed van een recreatiepark. In eerste instantie wordt tussen de gemeente en het Landgoed een samenwerkingsovereenkomst gesloten op grond waarvan de later op te stellen realisatieovereenkomst dient te worden goedgekeurd door de gemeenteraad. Vervolgens neemt de gemeente in het eerste concept van de realisatieovereenkomst op dat geen permanente bewoning van recreatiewoningen zou worden toegestaan en neemt voorts een verbod op de recreatiewoningen aan particulieren te verkopen (uitpondingsverbod). Het Landgoed kan echter niet met het uitpondingsverbod instemmen. In de latere concepten van de realisatieovereenkomst komt het uitpondingsverbod niet meer voor.

Uiteindelijk besluit de gemeenteraad alleen met de realisatieovereenkomst in te stemmen als daarin het uitpondingsverbod is opgenomen. Voorts wijst de gemeenteraad het voor het recreatiepark vereiste bestemmingsplan af, omdat daarin geen uitpondingsverbod is opgenomen. Ten slotte ontbindt het college van B en W de samenwerkingsovereenkomst, omdat het bestemmingsplan niet is vastgesteld.

Het Landgoed is van mening dat de gemeente wanprestatie pleegt c.q. onrechtmatig heeft gehandeld en dientengevolge aansprakelijk is, omdat de gemeente bij het Landgoed het vertrouwen heeft opgewekt dat verkoop aan particulieren wel toegestaan zou zijn.

Nadat in eerste instantie de rechtbank de vorderingen van het Landgoed had afgewezen, oordeelde het hof de gemeente wel aansprakelijk. Het hof oordeelt dat het college van B en W op grond van art. 160, lid 1, aanhef en onderdeel e, Gemeentewet zelfstandig bevoegd is de gemeente te binden. Ook bij gebreke van een besluit van een bevoegd orgaan kan de gemeente echter aan de overeenkomst gebonden zijn op grond van het vertrouwensbeginsel. Het hof is van oordeel dat redelijkheid en billijkheid meebrengt dat de voorwaarde van het goedkeuren van de overeenkomst door de gemeenteraad (als opschortende voorwaarde) als vervuld geldt c.q. (als ontbindende voorwaarde) als niet vervuld geldt.

Hoge Raad⁷

De Hoge Raad benadrukt de bevoegdheidsverdeling tussen het college van B en W en de gemeenteraad. De gemeenteraad heeft een autonome positie en daarom moet volgens de Hoge Raad grote terughoudendheid worden betracht bij het aannemen van gebondenheid van de gemeente zonder instemming van de gemeenteraad in gevallen waarin de gemeenteraad een formele positie in het besluitvormingsproces inneemt. Een dergelijke formele positie kan volgens de Hoge Raad ook worden ontleend aan een contractueel voorbehoud van instemming, zoals in het onderhavige geval. De zelfstandige beslissingsvrijheid van de gemeenteraad brengt volgens de Hoge Raad ook mee dat een wederpartij van de gemeente niet erop mag vertrouwen dat handelingen van het college van B en W de instemming van de gemeenteraad hebben indien dat vertrouwen niet mede wordt ontleend aan toedoen van de gemeenteraad zelf.

Volgens de Hoge Raad heeft het hof bij de afweging in het kader van de redelijkheid en billijkheid (de opschortende voorwaarde die toch als vervuld geldt c.q. de ontbindende voorwaarde die toch niet als vervuld geldt) het vorenstaande miskent en heeft daardoor een onjuist uitgangspunt gehanteerd.

5. Moet/mag een notaris meewerken bij een voorgenomen wanprestatie door een partij bij een rechtshandeling jegens een derde?

Inleiding en wettelijk kader

In beginsel is een notaris op grond van art. 21, lid 1, Wna verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Lid 2 van art. 21 Wna geeft echter aan dat de notaris in bepaalde situaties is verplicht zijn dienst te weigeren. Het is vaste tuchtrechtspraak dat een notaris dienst moet weigeren als door partijen voorgenomen handelingen leiden tot wanprestatie jegens een derde.⁸

Blijkens het hierna te behandelen arrest wijken de uitkomsten van de gevoerde notariële tuchtrechtprocedure in de te behandelen casus af van de uitkomst van de civiele procedure. In de notariële literatuur is voor deze ongewenste situatie inmiddels aandacht gevraagd.⁹ Het is nu de vraag hoe de tuchtrechter op basis van het arrest van de Hoge Raad zal handelen. De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (hierna: KNB) heeft in een vergadering van de ledenraad¹⁰ al besloten dit te willen afwachten en indien mocht blijken dat de tuchtrechter het arrest van Hoge Raad naast zich neerlegt, dan zal de KNB overgaan tot het invoeren van een verordening met daarin een gelijke lijn als door de Hoge Raad wordt gehanteerd.

Casus

Vader heeft in 1988 een onroerende zaak aan zijn zoons overgedragen en daarbij een aanbiedingsplicht bedongen op grond waarvan de zoons de onroerende zaak eerst aan vader te koop dienen aan te bieden alvorens tot vervreemding van de onroerende zaak over te gaan. Vervolgens verkopen en leveren de zoons in 2008 de onroerende zaak aan een derde, zonder dat jegens vader uitvoering is gegeven aan de overeengekomen aanbiedingsplicht.¹¹

Vader dient vervolgens een klacht in bij de Kamer van Toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen (KvT). Deze klacht houdt in dat de notaris haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij de akte van levering heeft verleden zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. De KvT heeft de klacht van de vader tegen de notaris gegrond verklaard en de maatregel van waarschuwing opgelegd.

Naast een tuchtrechtelijke procedure is de vader ook een civiele procedure gestart tegen de notaris met als grondslag dat de notaris een onrechtmatige daad heeft gepleegd door de genoemde akte van levering te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd, waardoor de vader schade heeft geleden. De rechtbank heeft de notaris vervolgens veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding.

Het hof heeft de vorderingen echter afgewezen, want zij acht het niet in strijd met de zorgplicht van de notaris dat zij tot het passeren van de transportakte overging. Het hof overwoog daarbij dat op een notaris een zorgvuldigheidsplicht rust die zich niet alleen uitstrekt tot degene die zich tot hem wendt met het verzoek een ambtshandeling te verrichten, maar onder omstandigheden ook betrekking heeft op derden, wier belangen gemoeid zijn of kunnen zijn met de voorgenomen ambtshandeling. Aangezien de zoons bij de verwerving van de onroerende zaak in 1988 jegens de vader de verplichting op zich hadden genomen niet tot vervreemding van de onroerende zaak over te gaan alvorens hem dat ter verkrijging aan te bieden, konden met de voorgenomen ambtshandeling de belangen van de vader zijn gemoeid.

De notaris was van de aanbiedingsplicht en van de betrokkenheid en het belang van de vader op de hoogte.

Toen de zoons zich begin 2008 tot de notaris wendden met het verzoek de akte tot overdracht aan de derde-koper te passeren, gaven zij daarmee te kennen dat zij de mening waren toegedaan dat zij vrij waren het pand aan een derde te verkopen en dat zij dat inmiddels ook al hadden gedaan.

Onder deze omstandigheden strekt volgens het hof de van de notaris te vergen zorgvuldigheid niet zover dat zij zou zijn gehouden om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of de zoons tekort waren geschoten in de vervulling van hun aanbiedingsverplichting en, zo ja, om haar medewerking aan het verlijden van de transportakte te weigeren. Daarbij neemt het hof mede in aanmerking dat:

- inmiddels buiten toedoen van de notaris een situatie was ontstaan waarin enerzijds de vervreemding van het pand aan de derde-koper mogelijk een inbreuk op de rechten en belangen van de vader opleverde, maar waarin anderzijds het weigeren van medewerking aan het transport een inbreuk op de rechten en belangen van de derde-koper tot gevolg zou hebben; (het hof oordeelde in dat kader ook dat het recht van de derde-koper in diens verhouding tot de vader ingevolge art. 3:298 BW in beginsel voorging);
- de vader ongeveer anderhalf jaar de gelegenheid had gehad voor maatregelen om zelf zijn rechten en belangen veilig te stellen.

Tegen dit oordeel van het hof stellen de zoons beroep in cassatie in.

Hoge Raad

In cassatie oordeelt de Hoge Raad¹² onder meer dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden (ook) verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen. Deze zorgplicht kan er volgens de Hoge Raad toe leiden dat de notaris gegronde redenen heeft als bedoeld in art. 21, lid 2, Wna om de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten. Verleent hij de gevraagde dienst toch, dan kan dit zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de betrokken derde(n) meebrengen.

De belangen van derden zijn volgens de Hoge Raad onder meer betrokken indien de van de notaris verlangde ambtsverrichting betrekking hebben op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden. In zodanig geval behoort de notaris zich terughoudend op te stellen.

Indien de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat sprake is van rechten van derden ter zake van het goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft, dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring. Van een zodanig beletsel is volgens de Hoge Raad sprake indien de beoogde verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, hetgeen het geval is:

- indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of
- indien de beoogde verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen; (hiervoor is niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde, aldus de Hoge Raad).

Bij het voorgaande is het volgens de Hoge Raad van belang dat het de notaris, gelet op de in art. 22 Wna neergelegde geheimhoudingsplicht, niet is toegestaan zich tot de betrokken derde te richten, behoudens voor zover partijen hem daarvoor toestemming verlenen. Hij dient zijn onderzoek dan ook te verrichten op basis van informatie die hem door partijen wordt verschaft of hem anderszins ter beschikking staat. Gelet hierop en omdat de notaris niet over het instrumentarium beschikt voor een diepgaand feitenonderzoek, kan hij zich volgens de Hoge Raad dus slechts een globaal oordeel vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring.

Indien de voor de notaris kenbare feiten het oordeel rechtvaardigen dat het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring, dan wel aanleiding vormen tot gerede twijfel daarover, dan dient hij volgens de Hoge Raad zijn ministerie te weigeren, tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te hebben tegen de levering of bezwaring.

Het vorenstaande in ogenschouw nemend concludeert de Hoge Raad dat in het onderhavige geval vast staat dat de notaris voorafgaand aan de gevraagde ambtsverrichting op de hoogte was van de aanbiedingsplicht en het daaruit voortvloeiende recht van de zoons. Ook staat vast dat de notaris geen uitsluitel heeft gekregen over de voldoening door de zoons aan hun aanbiedingsplicht. In het oordeel van het hof ligt eveneens besloten dat het heeft onderzocht of de notaris tot het oordeel kon komen dat het recht van de vader geen beletsel opleverde om de beoogde levering van het pand aan de derde-koper doorgang te laten vinden. De Hoge Raad

oordeelt dat het hof daarbij de juiste maatstaf heeft aangelegd, waardoor het aangevoerde middel faalt.

6. Ontwikkelingen op het gebied van de vof en de cv

Inleiding

Binnen de vastgoedwereld wordt de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap veelvuldig gebruikt om een samenwerking vorm te geven. In het afgelopen jaar zijn ten aanzien van deze personenvennootschappen drie zeer interessante arresten gewezen door de Hoge Raad. De ontwikkeling van personenvennootschappen heeft sinds het intrekken van de wetsvoorstellen met betrekking tot de personenvennootschappen (titel 7.13 BW) in 2011, aardig stil gelegen. Met de hierna te bespreken drie arresten uit 2015 zijn er echter nieuwe inzichten ontstaan over personenvennootschappen.

Arrest VDV Totaalbouw¹³

Het hof Den Bosch oordeelde in deze zaak onder meer dat het faillissement van de vof meebrengt dat ook de in dit geding opkomende vennoot in staat van faillissement verkeert. De Hoge Raad oordeelt dat het niet noodzakelijk is dat het faillissement van de vennoten steeds en zonder meer intreedt als een gevolg van het faillissement van de vof. Blijkens dit arrest is het dus mogelijk dat een vof, dat op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad¹⁴ wordt geacht een afgescheiden vermogen te hebben, failliet gaat zonder dat tevens de vennoten failliet gaan.

Arrest Carlande¹⁵

In deze zaak is een beherend vennoot van een cv aansprakelijk gesteld voor een premieschuld tegenover het pensioenfonds, die (mede) betrekking heeft op de periode voor het toetreden van de beherend vennoot tot de cv.

Voormelde vennoot gaat in cassatie tegen de uitspraak waarin is vastgesteld dat hij aansprakelijk is voor bedoelde schuld. De vraag die daarbij centraal wordt gesteld is of een (beherend) vennoot van een (commanditaire) vennootschap persoonlijk aansprakelijk is voor schulden van de vennootschap die vóór zijn toetreden zijn ontstaan?

De Hoge Raad oordeelt dat volgens art. 19, lid 1, WvK de beherende vennoten van een commanditaire vennootschap hoofdelijk zijn verbonden. Art. 18 WvK, dat ingevolge art. 19, lid 2, WvK eveneens van toepassing is op de beherend vennoten van een commanditaire vennootschap, bepaalt voor de vennootschap onder firma dat elk van de vennoten hoofdelijk verbonden is 'wegens de verbintenissen der vennootschap'. Daarin valt volgens de Hoge Raad geen beperking te lezen tot verbintenissen van de vennootschap die zijn ontstaan nadat een vennoot is toegetreden.

De strekking van art. 18 en art. 19, lid 1, WvK brengt voorts mee dat de hoofdelijke verbondenheid van de vennoten alle schulden betreft die ten tijde van hun toetreding tot de vennootschap bestaan, of nadien ontstaan. Deze bepalingen beogen immers de schuldeisers van een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap te beschermen in een situatie waarin het (van dat van de vennoten) afgescheiden vennootschapsvermogen ontoereikend is om aan alle verbintenissen van de vennootschap te voldoen, door hun een verhaalsmogelijkheid te geven op het vermogen van de (beherend) vennoten zelf.

Door het toetreden neemt een vennoot dus een risicoaansprakelijkheid op zich. Dit is ook iets waar de Hoge Raad bij stilstaat door te overwegen dat aan de belangen van degene die overweegt als (beherend) vennoot toe te treden tot een bestaande vof of cv in voldoende mate tegemoet wordt gekomen doordat hij kan bedingen dat hem inzage wordt gegeven in de schuldenpositie van de vennootschap, of dat hij in de gelegenheid wordt gesteld daarnaar zelf onderzoek te doen, en bovendien garanties kan bedingen van de overige vennoten en afspraken kan maken over de draagplicht ten aanzien van bestaande schulden.

Arrest Lunchroom de Katterug¹⁶

In dit arrest is door de beherend vennoot en de commanditaire vennoten van een cv een huurovereenkomst getekend. Een latere koper van de lunchroom stelt de ouders aansprakelijk wegens een nog voor rekening van de cv komende schuld aan een werknemer. Hierbij heeft de koper gesteld dat de commanditaire vennoten door het mede ondertekenen het beheersverbod hadden overtreden.

Rechtbank en hof oordeelden dat inderdaad sprake was van een overtreding van het beheersverbod en dat de commanditaire vennoten hoofdelijk aansprakelijkheid zijn.

De Hoge Raad spreekt allereerst over de strekking van de sanctie van art. 21 WvK, namelijk te voorkomen dat commanditaire vennoten die op een van de in art. 20 WvK vermelde manieren onduidelijkheid laten ontstaan over hun rechtspositie in de vennootschap, zich kunnen onttrekken aan de aansprakelijkheid die art. 18 WvK voorziet voor de gewone vennoten. Het gaat er daarbij om te voorkomen, enerzijds dat een commanditaire vennoot ten name van de vennootschap aan het handelsverkeer deelneemt als ware hij beherend vennoot en aldus misbruik maakt van het rechtsgevolg dat is verbonden aan de hoedanigheid van commanditaire vennoot, en anderzijds dat derden door het optreden van een commanditaire vennoot in de veronderstelling kunnen worden gebracht dat zij van doen hebben met een beherend vennoot, die ingevolge art. 19, lid 2, in verbinding met art. 18 WvK met zijn gehele vermogen instaat voor de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap.

Stokkermans¹⁷ is van mening dat de door de Hoge Raad gebruikte woorden bij de uitleg over de strekking en de verwijzing naar bij derden opgewekte schijn dat de commanditaire vennoot beherend vennoot zou zijn, erop duiden dat de sanctie van art. 21 WvK beperkt is tot daden van extern beheer. De opvatting dat het intern uitoefenen van beslissende invloed eveneens onder de sanctie van art. 21 WvK valt, zoals onder meer uitdrukkelijk genoemd in het ontwerp voor titel 7.13 BW, is volgens hem met dit arrest van tafel. Dit zou volgens Stokkermans betekenen dat wanneer bij of krachtens een cv-overeenkomst interne goedkeuringsrechten aan de commanditaire vennoten worden toegekend, of het recht om aan de beherend vennoot bepaalde instructies te geven, niet meteen het gevaar van art. 21 WvK dreigt. Of de Hoge Raad dit ook daadwerkelijk zo bedoeld heeft, zal de tijd moeten leren.

Vervolgens oordeelt de Hoge Raad dat indien een commanditaire vennoot het verbod van art. 20, lid 1 of lid 2, WvK overtreedt, art. 21 WvK daaraan een ingrijpende en vérgaande sanctie verbindt, namelijk aansprakelijkheid ten volle van de commanditaire vennoot jegens alle schuldeisers van de vennootschap voor alle verbintenissen van de vennootschap, ook die welke zijn ontstaan voor het tijdstip waarop het verbod werd overtreden. Echter, de sanctie mag niet in een onevenredige verhouding staan tot de aard en ernst van de schending door de commanditaire vennoot van de voorschriften van art. 20, lid 1 en lid 2, WvK en dient achterwege te blijven indien en voor zover zij door het handelen van de commanditaire vennoot niet of niet ten volle wordt gerechtvaardigd. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat de rechter, indien de (in beginsel daartoe door de commanditaire vennoot te stellen en te bewijzen) omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan oordelen dat de sanctie niet is gerechtvaardigd, of dat het gevolg daarvan dient te worden beperkt tot bepaalde verbintenissen van de cv. Bij die beoordeling door de rechter kan mede van belang zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de commanditaire vennoot heeft kunnen ontstaan.

Ook geldt dat aan degene tegen wie de sanctie van art. 21 WvK wordt ingeroepen, in elk geval steeds enig verwijt van zijn handelwijze zal moeten kunnen worden gemaakt, waarbij in aanmerking dient te worden genomen dat een commanditaire vennoot ervan op de hoogte behoort te zijn dat hij geen daden van beheer mag verrichten.

Kortom, alleen als de aard en ernst van de overtreding toepassing van de sanctie rechtvaardigen, dan mag de sanctie worden toegepast. Het ligt in de lijn der verwachting dat de door de Hoge Raad geformuleerde open normen in de toekomst verder zullen worden ingevuld.

7. Verjaring

Inleiding en wettelijk kader

Het leerstuk van de verjaring mocht ook rekenen op een tweetal uitspraken van de Hoge Raad. Beide arresten handelen over de zogenaamde extinctieve verjaring van art. 3:105 BW, op grond waarvan een bezitter van een goed, op het tijdstip waarop de verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, dat goed verkrijgt, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw. Die termijn bedraagt op grond van art. 3:306 BW twintig jaren, en

vangt aan op de dag, volgende op die waarop een niet-rechthebbende bezitter is geworden of de onmiddellijke opheffing kon worden gevorderd van de toestand waarvan diens bezit de voortzetting vormt.

Arrest Gemeente Arnhem / Westendorp¹⁸

In deze casus is de verweerder erfpachter van een perceel sinds 1982, en heeft, aangrenzend aan het erfpachtperceel, een strook grond van de gemeente in gebruik dat een geheel vormt met de erfpachtkavel en samen met het achtererf van de erfpachtkavel één tuin vormt. Die strook grond is al sinds de jaren 50 in gebruik bij de rechtsvoorgangers van de verweerder. In 1994 verkrijgt de verweerde de (bloot) eigendom van (alleen) de erfpachtgrond. Pas in 2011 wordt door de gemeente de strook grond te koop aangeboden aan de verweerder. De verweerder wijst het aanbod af en beroept zich daarbij op verkrijgende verjaring. In hoger beroep oordeelt het hof dat tot 1994 geen sprake is geweest van ondubbelzinnig bezit van de strook door verweerder. Volgens het hof heeft de verweerder onvoldoende uiterlijke omstandigheden gesteld op grond waarvan duidelijk had moeten zijn dat hij de strook, anders dan het erfpachtperceel, voor zichzelf hield. Het beroep van verweerder op voltooiing van de extinctieve verjaring vóór 1994 stuit hierop af.

Na de koop en levering van het perceel van de gemeente in 1994 is verweerder eigenaar van het (erfpacht)perceel geworden. Verweerder is vanaf dat moment wel als bezitter van de strook aan te merken. Omdat verweerder geen erfpachter van de strook is geweest – en dus ook geen houder – geldt hier niet de beperking van art. 3:111 BW dat een houder zichzelf niet tot bezitter kan maken (het zogenaamde interversieverbod). Sinds de aankoop van het perceel zijn echter nog geen twintig jaren verstreken. Naar het oordeel van het hof is hier echter sprake van een onrechtmatige toestand waarvan het bezit de voortzetting is, omdat uit uitspraken van de gemeente blijkt dat zij de situatie als een onrechtmatige toestand en niet als een bruikleen heeft beschouwd, en bovendien de gemeente verder ook geen actie heeft ondernomen tegen het onrechtmatige gebruik van de strook, terwijl zij dit wel had kunnen doen (bijvoorbeeld bij de erfpachtuitgifte in 1982). Sindsdien zijn meer dan twintig jaren verstreken waarin de gemeente ook geen stuitingshandelingen heeft verricht. Nu verweerder bij de aankoop van het perceel ook bezitter van de strook is geworden, is de vordering van de gemeente tot beëindiging van het bezit van verweerder verjaard, aldus het hof.

In cassatie wordt onder meer aangevoerd dat het hof de verweerder ten onrechte heeft aangemerkt als bezitter van de strook vanaf 1994, nu het ervan is uitgegaan dat verweerder voordien houder was van de strook. De Hoge Raad oordeelt daarover dat dit een verkeerde lezing van het arrest van het hof is: het heeft slechts geoordeeld dat tot dat tijdstip geen sprake was van ondubbelzinnig bezit van de strook door verweerder en zijn voorgangers. Daarom heeft het hof kunnen oordelen dat art. 3:111 BW niet in de weg staat aan het aanvaarden van bezit van verweerder van de strook met ingang van de overdracht van het erfpachtperceel op 1994, met ingang van welke datum dat bezit niet langer als ‘niet ondubbelzinnig’ kon worden aangemerkt. De Hoge Raad lijkt hiermee een nieuwe vorm tussen bezit en houderschap te introduceren: het ‘niet ondubbelzinnig bezit’.¹⁹ In deze casus wees de feitelijke situatie volgens het hof namelijk op zichzelf op bezit, als houden voor zichzelf, maar het enige dat daaraan aanvankelijk in de weg stond was het feit dat verweerder als erfpachter houder was van het aangrenzende perceel. Doordat de eigendom van dat erfpachtperceel werd verkregen, veranderde het ‘niet ondubbelzinnig bezit’ in ‘ondubbelzinnig bezit’. De uitkomst van het arrest is dat de overgang van ‘niet ondubbelzinnig’ bezit in ‘ondubbelzinnig bezit’ niet wordt geblokkeerd door het interversieverbod van art. 3:111 BW.

Arrest Vogelzang / gemeente Landgraaf²⁰

De eisers in deze zaak bezitten een bungalow met tuin. Bij de voorbereiding van de verkoop daarvan is gebleken dat de gemeente in het kadaster staat vermeld als eigenaar van drie stroken grond die door eisers worden gebruikt. Eisers hebben de gemeente dan ook verzocht

deze stukken grond aan hen over te dragen met een beroep op verjaring. De gemeente gaat hiermee niet akkoord en in de aangespannen procedure wijst de rechtbank de vordering van de eisers toe. Het hof doet vervolgens het tegenovergestelde, en overweegt daarbij onder meer dat bezit wordt verkregen door inbezitneming op zodanige wijze dat men zich de feitelijke macht over het goed verschafft met de pretentie rechthebbende te zijn. Het hof is van oordeel dat noch

de plaatsing door eisers van een nummerbord op een strook grond noch de aanleg van een pad op een strook grond duiden op een pretentie van eigendom. Volgens het hof heeft de gemeente terecht naar voren gebracht dat ook een huurder een stenen nummerbord kan plaatsen en een pad kan aanleggen.

Tegen het oordeel van het hof wordt cassatie ingesteld en daarbij staat onder meer de vraag centraal of het hof ten onrechte voor bezitsverkrijging een vergelijking heeft gemaakt met de feitelijke macht die wordt uitgeoefend als huurder, aangezien – aldus het cassatiemiddel – er in de onderhavige zaak geen enkel aanknopingspunt is voor de aanname dat eisers zich de macht zouden hebben verschaft met de pretentie van huurders.

De Hoge Raad overweegt allereerst dat de machtsuitoefening zodanig moet zijn dat deze naar verkeersopvatting het bezit van de oorspronkelijke bezitter teniet doet.²¹ Het antwoord op de vraag of iemand de voor bezit vereiste feitelijke macht uitoefent wordt, evenals de vraag of hij voor zichzelf of voor een ander houdt, bepaald naar verkeersopvatting en overigens op grond van uiterlijke feiten.

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat het hof heeft geoordeeld dat noch de plaatsing van een stenen nummerbord waarop het huisnummer is aangebracht, noch de aanleg van een pad dat alleen toegang verleent tot de woning van eisers ‘in casu duiden op een pretentie van eigendom’. Het hof heeft dit oordeel gemotiveerd met het argument dat ook een huurder een stenen nummerbord kan plaatsen en een pad kan aanleggen. Aldus heeft het hof volgens de Hoge Raad een onjuiste maatstaf aangelegd. Het argument dat de door de gebruiker aangevoerde ‘bezitsdaden’ evengoed door een houder (bijvoorbeeld een huurder of een erfpachter) konden zijn verricht, en dus niet duiden op ondubbelzinnig bezit, alleen opgaat als er objectieve aanwijzingen zijn om de machtsuitoefening door de gebruiker ook daadwerkelijk als die van een houder (huurder/erfpachter) aan te merken.

8. Onjuiste inhoud splitsingsakte en bescherming appartementseigenaars

Inleiding en wettelijk kader

In het recht dat op vastgoed betrekking heeft, wordt groot belang gehecht aan de feiten die in de openbare registers van het Kadaster zijn ingeschreven.

Voor onjuist ingeschreven feiten kent het college van B en W een aantal derdenbeschermingsbepalingen. Een daarvan is art. 3:26 BW: ‘Indien op het tijdstip waarop een rechtshandeling ter verkrijging van een recht op een registergoed onder bijzondere titel wordt ingeschreven, met betrekking tot dat registergoed een onjuist feit in de registers ingeschreven was, kan de onjuistheid van dit feit door hem die redelijkerwijze voor overeenstemming van de registers met de werkelijkheid had kunnen zorgdragen, aan de verkrijger niet worden tegengeworpen, tenzij deze de onjuistheid kende of door raadpleging van de registers de mogelijkheid daarvan had kunnen kennen.’

Casus

Een appartementencomplex bestaat uit vier lagen woningen, met winkels op de begane grond. In 1983 is het complex in appartementsrechten gesplitst. De eiser in cassatie is sindsdien eigenaar van de appartementsrechten van de winkels. De splitsingsakte uit 1983 bepaalde dat de kosten voor de gemeenschappelijke ruimten door alle appartementseigenaars wordt gedragen, met uitzondering van de kosten voor onderhoud van bepaalde gemeenschappelijke delen die uitsluitend de woningen betreffen (de algemene woonkosten) die alleen gedragen worden door de appartementseigenaars van de woningen.

In 1994 is de splitsingsakte uit 1983 gewijzigd, maar is verzuimd de kostenverdeling van de algemene woonkosten uit de splitsingsakte uit 1983 op te nemen. Niettemin worden de algemene woonkosten in eerste instantie onverminderd gedragen overeenkomstig de kostenverdeling van de splitsingsakte uit 1983. Nadat in 2009 een nieuwe beheerder bij de Vereniging van Eigenaars (hierna: V.v.E.) aantreedt, ontdekt deze dat die kostenverdeling niet in overeenstemming is met de splitsingsakte uit 1994.

De eigenaar van de winkels wenst vast te houden aan de kostenverdeling van de algemene woonkosten zoals die volgt uit de splitsingsakte uit 1983. De V.v.E. is het daar niet mee eens.

Het hof betreft in zijn oordeel dat het overgrote deel van de appartementseigenaars hun appartementsrecht hebben verkregen na de wijziging van de splitsingsakte in 1994. Zij mogen op grond van art. 3:26 BW als derden te goeder trouw vertrouwen op de juistheid van de splitsingsakte uit 1994. De winkeleigenaar had er redelijkerwijs voor kunnen zorgen dat de splitsingsakte uit 1994 een juiste inhoud zou hebben en derhalve een akte met de juiste inhoud in de openbare registers werd ingeschreven.

Hoge Raad²²

De Hoge Raad oordeelt dat de bescherming van art. 3:26 BW ook kan worden ingeroepen tegen degene die de onjuistheid van het door hemzelf ingeschreven feit (de splitsingsakte) niet kende, maar behoorde te kennen, maar niet heeft zorggedragen voor overeenstemming van de openbare registers met de werkelijkheid. De Hoge Raad vindt het oordeel van het hof in dit kader niet onbegrijpelijk.

9. Wet verbetering werking inschrijving koop in de openbare registers

Inleiding en wettelijk kader

De inschrijving van de koop van vastgoed in de openbare registers (Vormerkung) beoogt het recht van de koper op daadwerkelijke nakoming van de koopovereenkomst gedurende een periode van zes maanden na de inschrijving te beschermen tegen incidenten aan de kant van de verkoper. De wet doet dit door limitatief die incidenten te omschrijven.²³ Voorbeelden daarvan zijn het faillissement van de verkoper of beslag op het vastgoed.

In 2009 besliste de Hoge Raad²⁴ al dat een beslag dat gelegd was op vastgoed nadat de koop ingeschreven was en binnen zes maanden de levering had plaatsgevonden *niet* komt te rusten op de verkoopopbrengst. Om in de verkoopopbrengst te kunnen delen dient een schuldeiser van de verkoper beslag te leggen op de koopsom onder de koper of onder de notaris. Een beslag op de koopsom onder de koper frustreert echter wel de levering aan de koper, omdat de koper dan niet meer bevrijdend de koopprijs kan betalen aan de notaris bij wie de levering zal plaatsvinden. Het beslag op de koopsom onder de koper valt namelijk niet onder de door de wet limitatief omschreven incidenten waartegen de inschrijving van de koop beschermt, aldus de Hoge Raad in 2010 en 2013.²⁵

Wetswijziging

Voor de wetgever aanleiding genoeg om met ingang van 1 januari 2016 de wet aan te passen.²⁶ De wetgever heeft er niet voor gekozen art. 7:3 BW aan te passen, maar heeft in Rv de gevolgen van hetgeen volgens de arresten van de Hoge Raad uit 2009, 2010 en 2013 geldt voor een beslag op vastgoed of voor een beslag op de koopsom onder de koper, indien een dergelijk beslag is gelegd na de inschrijving van een koop in de openbare registers, gewijzigd.

1. Een beslag op het vastgoed gelegd ná de inschrijving van de koop komt na de levering van het vastgoed binnen de termijn van zes maanden na de inschrijving te rusten op 'het deel van de koopprijs dat de notaris ten behoeve van de verkoper onder zich houdt'.²⁷ De tussen aanhalingstekens geplaatste tekst wordt in de wet verder niet nader omschreven. In de memorie van toelichting wordt dit aangeduid als 'het surplus'.²⁸ Uit de memorie van toelichting valt af te leiden dat de wetgever in ieder geval bedoelt dat tot dit surplus niet behoort het deel dat de notaris onder zich houdt voor anterieure beslagleggers en hypotheekhouders. Anterieure beslagleggers en hypotheekhouders zijn schuldeisers met een beslag of hypotheek op het vastgoed van vóór de inschrijving van de koop in de openbare registers. Het geconverteerde beslag komt derhalve niet te rusten op het deel van de koopprijs dat nodig is om deze anterieure beslagleggers en hypotheekhouders uit te betalen, zodat het vastgoed vrij van die beslagen en hypotheeken kan worden geleverd. De notaris dient na de conversie van het beslag een verklaring daarvan te doen aan de deurwaarder die het oorspronkelijke beslag heeft gelegd en het bedrag van het surplus op te geven.²⁹
2. Ondanks een beslag onder de koper ná de inschrijving van de koop in de openbare registers op al hetgeen de koper aan de verkoper is verschuldigd (in het spraakgebruik aangeduid als 'beslag op de koopsom') kan de koper bevrijdend betalen aan de notaris

ten behoeve van de levering van het vastgoed.³⁰ Een dergelijke betaling kan nu wel aan de koper worden tegengeworpen. Bij dit beslag vindt geen conversie plaats zoals hiervoor onder punt 1 vermeld ten aanzien van beslag op het vastgoed.³¹

De nieuwe regeling betekent helaas niet dat alles nu volstrekt duidelijk is geworden. Zonder volledigheid te beogen, kan het volgende worden opgemerkt.

- i. Het beslag op het vastgoed dat is geconverteerd naar een beslag onder de notaris komt volgens de wettekst te rusten op een deel van de koopprijs. Geen aandacht wordt besteedt aan de veel voorkomende situatie dat de verkoopopbrengst hoger is dan de koopprijs, bijvoorbeeld doordat de koper bepaalde vergoedingen is verschuldigd aan de verkoper (bijvoorbeeld vanwege verrekening van zakelijke lasten of bij doorverkoop de vergoeding van het overdrachtsbelastingvoordeel uit hoofde van art. 13 Wet op belastingen van rechtsverkeer). Nu de wettekst het uitdrukkelijk heeft over 'koopprijs' ligt het onzes inziens in de lijn van de arresten van de Hoge Raad uit 2009, 2010 en 2013 dat het geconverteerde beslag, bij gebrek aan een uitdrukkelijke wettelijke grondslag, niet rust op de hogere verkoopopbrengst.³²
- ii. De wetgever heeft de kans laten liggen expliciet te bepalen waarop precies een (direct) beslag onder de notaris komt te rusten. Wat houdt de notaris onder zich ten behoeve van de verkoper? Ons hier beperkend tot hetgeen schuldeisers met een anterieur beslag of hypotheek op het vastgoed van de verkoper te vorderen hebben: valt dat wel of niet onder hetgeen de notaris onder zich houdt ten behoeve van de verkoper? Het merendeel van de literatuur vindt van niet; alleen Broekveldt is wel die mening toegedaan.³³ De wetgever verwacht dat de reikwijdte van een (direct) beslag onder de notaris niet anders is dan bij een geconverteerd beslag³⁴, maar erkent wel dat hierover thans geen volledige zekerheid bestaat.³⁵
- iii. De wetswijziging besteedt geen aandacht aan een hypotheek die is gevestigd na de inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers (posterieure hypotheek). Anders dan bij een posterieure beslag op het vastgoed vindt er bij de posterieure hypotheek geen wettelijke conversie plaats. Deze hypotheekhouder zal derhalve zelf op andere wijze zijn positie zeker moeten stellen.

mr. J.W.A. Hockx

J.W.A. Hockx en S.H. Westera zijn als notaris en kandidaat-notaris verbonden aan de vastgoedsectie van Lexence N.V., advocaten en notarissen te Amsterdam.

Voetnoten

- 1 HR 27 februari 2004, NJ 2004/635 (conclusie A-G Keus; Bos/Smeenck c.s.; m.nt. W.M. Kleijn).
- 2 HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:159 (conclusie plv. P.G. De Vries Lentsch-Kostense; Patsight/De Vries Werkendam Beheer; RvdW 2015, 222; JOR 2015, 126, m.nt. Heyman; JIN 2015, 110, m.nt. Van der Kamp; RN 2015, 30).
- 2 Hoge Raad 18 april 1986, NJ 1986, 747.
- 3 Hoge Raad 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3424.
- 4 Parl. Gesch. Boek 6, p. 909.
- 5 <https://www.woonbond.nl/nieuws/woonbond-zet-deurwaarder-tegen-malafide-makelaars>.
- 6 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099.
- 7 HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, RvdW 2015, 802, AB 2015, 448, m.nt. Van Ommeren (Hof van Twente)
- 8 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (Notariskamer) 24 mei 2011 (LJN: BV2685).
- 9 Zie bijvoorbeeld het artikel van prof. mr. H.W. Heyman in WPNR 2015, 7067.
- 10 De dato 24 juni 2015.
- 11 Aldus het gerechtshof in rov. 3.2.

- 12 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831.
- 13 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251.
- 14 Zie Asser/Maeijer 5-V 1995/176.
- 15 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588.
- 16 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:588.
- 17 Chr.M. Stokkermans, WPNR 2015, 7068.
- 18 HR 4 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2463.
- 19 Zie hierover ook de noot van H.W. Heyman bij dit arrest in JOR 2015/352.
- 20 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2743.
- 21 De Hoge Raad verwijst daarbij naar de Parl. Gesch. Boek 3, p. 434.
- 22 HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3552, RvdW 2016, 46.
- 23 Art. 7:3, lid 3, BW.
- 24 HR 6 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5850, NJ 2009,344 (ABN AMRO Bank/Notaris).
- HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2009:BN1252, NJ 2012,211 (Van den Berg/Bernhard) en HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9959, NJ 2014,273, m.nt. Van Mierlo, JOR 2013,295, m.nt. Bartels (Van Egmond/Rosendahl c.s.).
- 25
- 26 Stb. 2015, 396 (wet) en Stb. 2015, 397 (inwerkingtreding).
- 27 Lid 1 van het toegevoegde art. 507b Rv.
- 28 Vgl. Kamerstukken II, 2014-2015, 34 148, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 2, 3 en 5.
- In lid 2 van het toegevoegde art. 507b Rv zijn daarvoor art. 476a t/m 477 Rv van overeenkomstige toepassing verklaard. Dit zorgt ervoor dat de deurwaarder op de hoogte van het geconverteerde beslag raakt. Ook art. 475i Rv is van overeenkomstige toepassing verklaard. Op grond hiervan dient de deurwaarder het oorspronkelijke beslagexploit voor het beslag dat is geconverteerd opnieuw te betekenen aan de verkoper. De vermelde artikelen van Rv gelden voor een executoriaal beslag en zijn in het gewijzigde lid 1 van art. 726 Rv door de verwijzing naar art. 507b Rv van overeenkomstige toepassing verklaard op het conservatoir beslag.
- 29
- Het aan art. 475h Rv toegevoegde lid 3. Dit moet ook in het beslagexploit worden vermeld (de aan art. 475, lid 1, Rv toegevoegde onderdeel e), bij gebreke waarvan het beslagexploit nietig is.
- 30
- 31 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 148, nr. 5 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 5.
- Hiermee is niet gezegd dat voor een beslag onder de notaris (dat niet voortkomt uit een conversie van een beslag op het vastgoed) hetzelfde geldt. Voor een dergelijk beslag is bepalend hoe het beslag is gelegd.
- 32
- 33 Zie de verwijzing in Kamerstukken II, 2014-2015, 34 148, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 3.
- 34 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 148, nr. 5 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 5.
- 35 Kamerstukken II, 2014-2015, 34 148, nr. 5 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 7.