



Universiteit
Leiden
The Netherlands

40 jaar practicum. Rondom onroerend goed

Castermans, A.G.; Jansen, K.J.O.; Knigge, M.W.; Memelink, P.; Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Castermans, A. G., Jansen, K. J. O., Knigge, M. W., Memelink, P., & Nieuwenhuis, J. H. (2010). *40 jaar practicum. Rondom onroerend goed* (Vol. 26). Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36631>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36631>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

40 jaar practicum. Rondom onroerend goed

40 jaar practicum
Rondom onroerend goed

A.G. CASTERMANS, K.J.O. JANSEN, M.W. KNIGGE,
P. MEMELINK & J.H. NIEUWENHUIS
(red.)

met bijdragen van:

J.R. van Angeren	E. Koops
C.G. Breedveld-de Voogd	M.Z. Kos
B.J. Broekema-Engelen	S.D. Lindenberg
A. Broekers-Knol	P. Memelink
A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar	J.H. Nieuwenhuis
A.G. Castermans	M.E. Odink
E.S. Daalder	M. van Pelt
R.A. Dozy	J.A.J. Peter
M.E.L. Fikkers	B.E. Reinhartz
J.J. van der Gouw	F.C.E. Schoordijk
J.M. Hebly	J.A.M.A. Sluysmans
Jac. Hijma	J.M. Smits
E.H. Hondius	H.E. Wegman
W.G. Huijgen	J.A. van der Weide
K.J.O. Jansen	D.H. de Witte
J.F.M. Janssen	A.K. Zirar
G.M. Kerpestein	

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2010, Castermans, Jansen, Knigge, Memelink & Nieuwenhuis

Kluwer, Deventer

ISBN 978-90-13-08228-9

NUR 822-201

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervaelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer bv, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.kluwer.nl of kunt u opvragen bij onze klantenservice.

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	VII
1 DE KOOP-/AANNEMINGSOVEREENKOMST: KOOP EN/OF AANNEMING? <i>van: B.J. Broekema-Engelen</i> <i>aan: Jac. Hijma</i>	1
2 UITLEG VAN LEVERINGSAKTEN; OBJECTIEF OF SUBJECTIEF? <i>van: J.H. Nieuwenhuis</i> <i>aan: P. Memelink</i>	13
3 RISICO-OVERGANG BIJ DE KOOP VAN EEN WONING <i>van: M.E.L. Fikkers</i> <i>aan: A.K. Zirar</i>	23
4 KWARTETTEN MET DE MAKELAAR <i>van: K.J.O. Jansen</i> <i>aan: J.F.M. Janssen</i>	39
5 AANSPRAKELIJKHEID NOTARIS VOOR SCHADE UIT ABC-TRANSACTIE <i>van: A. Broekers-Knol</i> <i>aan: C.G. Breedveld-de Voogd</i>	49
6 DE NALATENSCHAP VAN MEVROUW DE VRIES <i>van: B.E. Reinhartz</i> <i>aan: J.A. van der Weide</i>	59
7 BURENRECHT <i>van: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar</i> <i>aan: J.A.J. Peter</i>	69
8 EEN AMSTERDAMS PROJECT <i>van: F.C.E. Schoordijk</i> <i>aan: M.E. Odink</i>	77

9	DE RODE SCHOENTJES <i>van: J.M. Smits</i> <i>aan: J.R. van Angeren</i>	87
10	AANSPRAKELIJKHEID VOOR GRAAFSCHADE <i>van: W.G. Huijgen</i> <i>aan: J.A.M.A. Sluysmans & J.J. van der Gouw</i>	95
11	EEN BINNENSTEDELIJKE HERONTWIKKELING <i>van: J.M. Hebly</i> <i>aan: M. van Pelt</i>	103
12	ZORG EN ZEKERHEID. ENIGE OPMERKINGEN OMTRENT PODESTERIA EN HET RUWAARD VAN PUTTEN-ZIEKENHUIS <i>van: A.G. Castermans</i> <i>aan: E. Koops</i>	111
13	SAFE BOUW BEHEER <i>van: H.E. Wegman</i> <i>aan: M.Z. Kos</i>	123
14	ANNOTATIE BIJ DOERGA/YMERE <i>van: E.H. Hondius</i> <i>aan: E.S. Daalder</i>	137
15	RENOVATIEREGELING IN HET HUURRECHT, IN HET BIJZONDER MIDDENSTANDBEDRIJFSRUIMTE <i>van: G.M. Kerpestein</i> <i>aan: R.A. Dozy</i>	149
16	SCHADEVERGOEDING BIJ TEKORTSCHIETEN: GRONDSLAG EN BEGROTING <i>van: D.H. de Witte</i> <i>aan: S.D. Lindenbergh</i>	159
	OVER DE AUTEURS	169

Woord vooraf

Veertig jaar geleden werd aan de Leidse rechtenfaculteit het laboratorium van de rechtswetenschap geïntroduceerd. Waar de rechtenstudie eerst en vooral was en is gericht op het overdragen van kennis, bood het practicum civiel recht een plaats waar schrijf- en onderzoeksvaardigheden werden beproefd om verborgen inzichten te ontsluiten. Juridische begrippen werden bestudeerd in hun natuurlijke omgeving. Arresten kwamen op de snijtafel. Studenten bogen zich samen over erlenmeyers vol maatschappelijke fenomenen, onder leiding van een docent als amanuensis, op zoek naar een verband tussen de druk op het ene en het andere vereiste voor aansprakelijkheid. En zo is het nog steeds, al heet het vak inmiddels practicum, zonder k.

De nieuwe opzet was niet ingegeven door louter academische onderzoekszucht. De studie van het burgerlijk recht was tot dan toe zo populair, omdat het vak zo makkelijk was, zo schrijft Hondius in zijn commentaar op een van de practicum-bijdragen in deze bundel:

‘Het was in die tijd zo dat studenten Nederlands recht konden kiezen uit vier afstudeerrichtingen: civielrechtelijk, handelsrechtelijk, staatsrechtelijk en strafrechtelijk. De grote meerderheid opteerde voor civiel recht. Omdat dat status gaf, omdat ‘men’ dat nu eenmaal deed (zelfs de docenten strafrecht van die tijd waren alle acht civielrechtelijk afgestudeerd) en omdat... het de lichtste richting was. Het enige verschil met een tentamen ‘burgerlijk recht summier’ (voor de andere richtingen) was dat ‘burgerlijk recht uitgebreid’ wat meer rechtspraak, bijzondere contracten en stukken handboek bekend veronderstelde. Door practicum en privatissimum voor de civielrechtelijke richting verplicht voor te schrijven, kon de wassen neus van het ‘burgerlijk recht uitgebreid’ verdwijnen.’

Makkelijker is het er niet op geworden. Studenten volgen practicum, anders dan in de beginjaren, naast andere mastervakken. De rechtenstudie is immers ingekort, zonder afbreuk te doen aan de breedte van de opleiding. Dat is aan de ene kant jammer, omdat studenten de grote sprong voorwaarts eerder maken als zij een week lang volledig zijn gefocust op het zelfstandig oplossen van het gepresenteerde probleem. Aan de andere biedt de samenloop met andere vakken – net als enige culturele of maatschappelijke oriëntatie – de uitdaging verbindingen te leggen tussen die andere vakken en het probleem dat in het practicum onder de loep is gelegd.

Er is alle reden stil te staan bij 40 jaar practicum civiel recht. Het is een inspiratiebron voor een carrière in de rechtspraktijk en de rechtswetenschap

gebleken, meer dan eens. De samenwerking in een practicumgroep heeft vriendschappen opgeleverd, meer dan eens. Daarom is het 26e BWKJ gewijd aan practicum civiel recht. Docenten of oud-docenten burgerlijk recht gaven oude en jonge practicanten een opdracht, volgens de thans geldende voorschriften (1200-1800 woorden). Zoals het hoort volgt op de uitwerking van de opdracht het commentaar – nu *feedback* geheten – van de docent. Practicant Hijma gaat over zijn woordenlimiet, zo laat hij zelf al weten, en nog heeft hij niet alle facetten behandeld. En de lezing van practicant Koops stelt hoge eisen aan het gehoor.

De opdrachten liggen alle op het terrein van het *onroerend goed*. Ze variëren, zoals het hoort in een practicum, van verbintenisrechtelijke aspecten – koop, huur en opdracht – tot zekerheidsrechten, erfpacht, vastgoedbeleggingsfondsen en een casus over een erfrechtelijke boedelverdeling. Daarmee legt deze bundel een verband tussen het onderwijs in de master civiel recht en het onderzoek dat wordt verricht in het Instituut voor Privaatrecht, in het programma *Coherent Privaatrecht*, waarbinnen onroerend goed een belangrijk thema is. Dat was en is een aspect van practicum civiel recht: het is niet alleen een eerste stap in de rechtspraktijk, maar het is ook een uitnodiging te werken in het laboratorium van de rechtswetenschap, als jonge zelfstandige onderzoeker.

De redactie nam afscheid van redacteur Iris Houben. Zij kreeg het pak van Sjaalman mee, als dank voor de goede en hartelijke samenwerking. Haar eigen pak heeft zij als goede zuiderling na *elf* jaargangen doorgegeven aan Marte Knigge.

1 | De koop-/aannemingsovereenkomst: koop en/of aanneming?

Van: B.J. Broekema-Engelen

Aan: Jac. Hijma

Vorm: Advies aan patroon

OPDRACHT

U bent advocaatstagiair op een groot kantoor en uw patroon vraagt u om een advies te schrijven over het volgende.

Na de oplevering van nieuwbouwwoningen en -appartementen worden vaak min of meer ernstige gebreken geconstateerd. Meestal hebben partijen ter zake van die woning of dat appartement een koop-/aannemingsovereenkomst gesloten. Komen de koper/opdrachtgever en de ondernemer er samen niet uit dan zal men zich voor een beslissing op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden veelal wenden tot de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

Het is vaste rechtspraak van de Raad dat de koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is, althans er wordt geoordeeld dat de koopregeling niet van toepassing is op het aannemingsgedeelte. Zie bij voorbeeld:¹

RvA 16 augustus 2005, nr. 26.202:

‘Arbiters zijn van oordeel dat een koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is zoals bedoeld in artikel 6:215 BW, zodat de verenigingen terzake van het aannemingsdeel van de onderhavige over[een]komsten geen beroep toekomt op de wettelijke regeling voor koop, waaronder 7:17 BW’;

RvA 24 januari 2006, nr. 26.771:

‘De stelling van ondernemer dat de vordering van opdrachtgevers op grond van artikel 7:23 BW reeds is verjaard, kan niet slagen. Arbiters zijn van oordeel dat een koop-/aannemingsovereenkomst geen gemengde overeenkomst is zoals bedoeld in artikel 6:215 BW, zodat ondernemer terzake van het aannemingsdeel van de overeenkomst – waarop het onderhavige geschil betrekking heeft – geen beroep toekomt op de wettelijke regeling voor koop, waaronder 7:23 BW.’

¹ Rechtspraak van de Raad is te raadplegen via <www.raadvanarbitrage.nl> via de rubriek jurisprudentie of rechtstreeks via <www.raadvanarbitrage.info>.

Uw patroon wenst antwoorden op de volgende vragen:

1. Is de visie dat er geen sprake is van een gemeente overeenkomst juist?
2. Wat is het praktische belang van de vorige vraag met het oog op de conformiteit, de klachtplicht van de koper/opdrachtgever en verjaring en verval?

De op zo'n koop-/aannemingsovereenkomst van toepassing zijnde algemene voorwaarden kunnen van verschillende instanties afkomstig zijn. U mag er van uitgaan dat ze alle zijn opgesteld in overleg met de betrokken belangenorganisaties, waaronder de Vereniging Eigen Huis en de Consumentenbond, in het kader van de Coördinatiegroep Zelfreguleringoverleg van de SER. U hoeft die regelingen verder niet te raadplegen. Uw patroon geeft u uit die voorwaarden de volgende bepalingen mee:²

1. Onder de datum van oplevering wordt verstaan de datum waarop de verkrijger, nadat rapport van eventuele tekortkomingen is opgemaakt en door of namens beide partijen is getekend, de sleutels van de woning in ontvangst heeft genomen.
2. De ondernemer verbindt zich de eventuele tekortkomingen, zoals opgenomen in het voormelde rapport onverwijld, maar uiterlijk binnen drie maanden na de datum van oplevering te herstellen.
3. Onverminderd zijn voormelde herstelverplichtingen garandeert de ondernemer rechtstreeks de woning gedurende zes maanden na de datum van oplevering tegen daarin aan de dag getreden tekortkomingen. Klachten dient de verkrijger binnen genoemde garantieperiode schriftelijk aan de ondernemer kenbaar te maken, in welk geval de ondernemer onverwijld zal overgaan tot het nodige herstel.
4. Na de onder 3 genoemde periode is de ondernemer niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan de woning:
 - a) tenzij sprake is van een niet door de ondernemer aan de verkrijger schriftelijk kenbaar gemaakte afwijking van de technische omschrijving en/of tekeningen en/of eventuele staten van wijziging waardoor de verkrijger schade lijdt. Indien nakoming in redelijkheid niet meer van de ondernemer verlangd kan worden heeft de verkrijger recht op schadevergoeding. De verkrijger zal de tekortkoming binnen redelijke periode na de ontdekking aan de ondernemer meedelen;
 - b) tenzij de woning of enig onderdeel daarvan een ernstig gebrek heeft;

2 Voor het geval u uw nieuwsgierigheid niet kunt bedwingen: tot 1 januari 2010 was het Garantie Instituut Woningbouw actief. Op de onder GIW-garantie gebouwde woningen waren de algemene voorwaarden van het GIW van toepassing. Sinds 1 januari j.l. hebben de waarborgende instellingen (SWK, Woningborg en Bouwfonds) elk hun eigen – in elk geval op het vlak van het navolgende – identieke voorwaarden. Via <www.giw.nl> kan worden doorgelinkt naar die instellingen alwaar onder de rubriek downloads de algemene voorwaarden zijn te vinden.

- c) tenzij de woning of enig onderdeel daarvan een verborgen gebrek bevat en aan de ondernemer van zodanig verborgen gebrek binnen een redelijke periode na de ontdekking mededeling is gedaan.
- 5. Een gebrek is slechts als ernstig gebrek als bedoeld in 4 onder b aan te merken indien het de hechtheid van de constructie of een wezenlijk onderdeel daarvan aantast of in gevaar brengt, hetzij de woning ongeschikt maakt voor zijn bestemming.
- 6. Een gebrek als bedoeld in 4 onder c, is slechts dan als verborgen gebrek aan te merken, indien het door de verkrijger redelijkerwijs niet eerder dan het tijdstip van de ontdekking onderkend had kunnen worden.
- 7. De rechtsvordering uit hoofde van een ernstig gebrek is niet ontvankelijk, indien zij wordt ingesteld na verloop van twintig jaren na de onder 3 genoemde periode.
- 8. De rechtsvordering uit hoofde van een verborgen gebrek is niet ontvankelijk, indien zij wordt ingesteld na verloop van vijf jaren na de in het eerste lid van dit artikel genoemde periode, onverminderd het bepaalde onder 7 hiervoor.

In de koop-/aannemingsovereenkomst zelf staat overigens – voorafgaand aan art. 1 – vermeld: 'De onder I en II vermelde koop- en aannemingsovereenkomst vormen tezamen één geheel.'

UITWERKING

1 INLEIDING

Nieuwbouwwoningen en -appartementen plegen te worden verkregen op basis van een 'koop-/aannemingsovereenkomst'. In het leeuwendeel van de gevallen maken koper en verkoper gebruik van de zogeheten Model koop-/aannemingsovereenkomst, zoals die – met bijbehorende algemene voorwaarden – is ontwikkeld in breed overleg tussen de belangrijkste brancheorganisaties en consumentenorganisaties.¹ Het model wordt door partijen ingevuld en kan, indien zij daar behoefte aan hebben, worden aangepast en/of uitgebreid. De volgende beschouwing is, conform de gangbare praktijk, op deze Model koop-/aannemingsovereenkomst (verder veelal te noemen: de MKA) geconcentreerd.²

2 DE GEMENGDE OVEREENKOMST

Het opschrift 'koop-/aannemingsovereenkomst' doet de vraag rijzen of sprake is van een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Zo'n gemengde overeenkomst bestaat, als een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten. De voor elk van die contractstypen geschreven bepalingen zijn dan naast elkaar van toepassing, behoudens voor zover deze bepalingen niet goed verenigbaar zijn of de strekking daarvan, in verband met de aard van de overeenkomst, zich tegen toepassing verzet (art. 6:215 BW).

Bij de gemengde overeenkomst is cumulatie dus het uitgangspunt ('naast elkaar'). Is cumulatie niet mogelijk of niet wenselijk, dan zal daarvoor normaliter een verdringing in de plaats treden (exclusiviteit van de 'winnende' regel). In bijzondere gevallen kan het zich m.i. voordoen dat de regelstelsels elkaar wederzijds uitschakelen, zodat een vacuüm ontstaat, dat aan de hand van de redelijkheid en billijkheid kan worden opgevuld (art. 6:248 lid 1 BW).

1 De eerste Model koop-/aannemingsovereenkomst verscheen reeds in 1974. Tegenwoordig vindt het bewuste overleg plaats in het raam van de Coördinatiegroep Zelfreguleringsoverleg van de Sociaal-Economische Raad.

2 De door mij geraadpleegde versie is het Standaardmodel van Bouwend Nederland, NEPROM en NVB voor koop-/aannemingsovereenkomsten voor eengezinshuizen (versie 1-1-2010), zoals – met algemene voorwaarden en een toelichting – te vinden op o.a. <www.eigenhuis.nl>.

3 MODEL KOOP-/AANNEMINGSOVEREENKOMST; DRIE BENADERINGEN

De koopovereenkomst en de overeenkomst van aanneming van werk worden in de wet gescheiden geregeld; zie respectievelijk titel 7.1 (Koop) en titel 7.12 BW (Aanneming van werk). Met betrekking tot de vraag of contracteren op de voet van de MKA een gemengde overeenkomst oplevert, bestaat geen eenstemmigheid. In de juridische literatuur zijn ten minste drie zienswijzen te onderscheiden.

- a) Er is geen sprake van een (één) gemengde overeenkomst, maar van een samenstel van twee aan elkaar gekoppelde overeenkomsten: koop ten aanzien van de grond, aanneming van werk ten aanzien van de bouw van de woning.³ In deze zin Van der Boom,⁴ Hijma,⁵ Huijgen,⁶ Thunnissen⁷ en Vermeij.⁸ Aldus bestaan twee afgebakende terreinen, die elk door een eigen wettelijk regime worden beheerst.
- b) Er is inderdaad sprake van een gemengde overeenkomst: koop plus aanneming van werk. In deze zin met name Bruggeman.⁹ In deze visie is het in art. 6:215 BW neergelegde cumulatieprincipe van toepassing.
- c) Er is geen sprake van een gemengde overeenkomst, maar (uitsluitend) van koop als het de verschaffer is die het ontwerp van de woning verzorgt, en (uitsluitend) van aanneming van werk als de verkrijger het ontwerp aandraagt. Aldus, kort samengevat, de visie van Dierikx.¹⁰ In deze opvatting bestaat geen samenloopprobleem, aangezien telkens slechts één regelstelsel van toepassing is.¹¹

Wat de jurisprudentie betreft valt te constateren, dat op het onderhavige terrein de meeste geschillen worden beslecht door de Raad van Arbitrage van de

3 Als op het moment van contracteren reeds (een deel van) de opstal aanwezig is en het nog slechts om afbouw gaat, zal het koopdeel in de regel niet alleen de grond maar ook het reeds bestaande deel van de opstal omvatten. Zie Asser/Thunnissen 5-III 1994, nr. 494, alsmede de inleiding van de MKA, sub I-II (geciteerd in par. 4). Zie over deze casus ook, genuanceerd, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 67.

4 C.F.G. van der Boom, *Nieuwbouw koopwoningen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1990, p. 58.

5 Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 17.

6 W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken* (Monografie Privaatrecht 9), Deventer: Kluwer 2008, nr. 42.

7 Asser/Thunnissen 5-III 1994, nr. 494.

8 P. Vermeij, 'De reikwijdte van (non-)conformiteit bij koop-/aannemingsovereenkomsten', *BR* 2006, p. 612.

9 E.M. Bruggeman, *De koop-/aannemingsovereenkomst in breed perspectief* (diss. Delft), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 63. Vgl. A.G. Castermans & H.B. Krans, 'Gemengde overeenkomsten', *NbBW* 2003, p. 104.

10 M. Dierikx, *Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de positie van consumenten op de Nederlandse en Belgische woningbouwmarkt* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP 2008, p. 56-64.

11 Zulks tenzij partijen het ontwerp gezamenlijk maken; daarover Dierikx 2008, p. 60-61, 63.

Bouw (RvA). In de MKA wordt dit arbitrale college aangewezen,¹² met dien verstande dat de verkrijger het recht behoudt voor de overheidsrechter te kiezen.¹³ Het is vaste rechtspraak van de Raad van Arbitrage, dat de koop-/aannemingsovereenkomst géén gemengde overeenkomst is in de zin van art. 6:215 BW.¹⁴ De Raad acht de wettelijke koop- en aannemingsbepalingen dus niet gecumuleerd van toepassing. Deze overtuiging sluit aan bij de benadering in termen van twee gekoppelde contracten, zoals hierboven onder (a) weergegeven.

4 EEN GEMENGDE OVEREENKOMST?

De vraag of (hantering van) de MKA al dan niet een gemengde overeenkomst oplevert, zal moeten worden beantwoord aan de hand van tekst en strekking van de ontstane contractuele relatie. De inleiding van de MKA leert het navolgende.

- I De ondernemer verkoopt aan de verkrijger, die koopt van de ondernemer: een perceel/de percelen grond ter grootte van circa overeenkomstig de bij notaris gedeponeerde situatietekening aangeduid met het/de bouwnummer(s) gelegen met de – voor zover aanwezig – daarop in aanbouw zijnde opstallen, kadastraal bekend.
Bij deze aanvaardt de verkrijger uitdrukkelijk de lasten en beperkingen omschreven in een bij deze overeenkomst behorende en aan deze akte gehechte door partijen ondertekende bijlage.
- II De verkrijger geeft opdracht en de ondernemer neemt aan conform de betreffende technische omschrijving en tekening(en) en voor zover aanwezig staten van wijziging, al welke tot deze overeenkomst behoren en door beide partijen zijn gewaarmerkt, op boven omschreven grond, de daarop geprojecteerde/in aanbouw zijnde opstal(len) (af) te bouwen naar de eis van goed en deugdelijk werk, met inachtneming van de voorschriften van overheid en nutsbedrijven.
- III De totale koop-/aanneemsom bedraagt: (enz..).

De onder I en II vermelde koop- en aannemingsovereenkomst vormen tezamen één geheel.

¹² Art. 14 lid 1 MKA.

¹³ Art. 14 lid 2 MKA.

¹⁴ Zie o.m. RvA 16 augustus 2005, nr. 26.202, RvA 24 januari 2006, nr. 26.771, RvA 8 oktober 2007, nr. 28.684. Deze en verdere vonnissen zijn te vinden op <www.raadvanarbitrage.nl> (rubriek Jurisprudentie).

Bezieet men een en ander, dan dringt de conclusie zich op dat in oorsprong sprake is van twee afzonderlijke elementen (sub I en sub II), het eerste met een koopkarakter en het tweede met het karakter van aanneming van werk. De beide elementen worden in de afsluitende volzin nadrukkelijk tot één geheel samengesmeed. Deze versmelting zal met name zijn aangebracht teneinde te voorkomen dat de koopcomponent en de aannemingscomponent van elkaar zouden kunnen worden losgebroken in het kader van een eventuele ontbinding of vernietiging. Koop en aanneming vormen, zoals Bruggeman terecht betoogt, een *package deal*.¹⁵ Maar juist die pakketgedachte onderstreept m.i. dat in wezen twee afzonderlijke entiteiten aan de orde zijn, die niet 'intern' zijn verkleefd, maar slechts 'extern' zijn gekoppeld. De strekking van de MKA is expliciet tweeledig: enerzijds verschaffing van een stuk grond (sub I), anderzijds 'bouwen naar de eis van goed en deugdelijk werk' (sub II). Deze twee elementen sluiten volmaakt aan bij het karakteronderscheid tussen koop (titel 7.1) en aanneming (titel 7.12); het eerste overeenkomststype strekt tot een geven (*dare*), het tweede tot een doen (*facere*).¹⁶

En wat is wenselijk? Het aannemen van één gemengd contract leidt in beginsel tot cumulatie.¹⁷ Wat het perceel grond betreft, is het echter niet zinnig dat daarop ook aannemingsregels van toepassing zouden zijn. Omgekeerd zou, wat het bouwwerk betreft, toepassing van koopregels wel goede zin kunnen hebben. Te denken is bijvoorbeeld aan gebreken die niet zozeer door het bouwproces ontstaan als wel binnen een bepaald object zijn gesitueerd, zoals een barst in een ruit. Men kan betogen dat zo'n gebrek meer geschikt is voor de koopregels (geleverde zaak) dan voor de aannemingsregels (gemaakte zaak). Aldus zou de woning echter juridisch uiteenvallen in 'stukjes zaak' en 'stukjes werk', hetgeen – zeker als men de talloze afgrenzingskwesties erbij betreft – het beeld onnodig compliceert. Het komt mij voor dat omwille van helderheid en rechtszekerheid een zekere vergroving wenselijk is, waarbij met betrekking tot het bouwsel het (hoge) aannemingsgehalte het (lage) koopgehalte overwoekert.

Al met al kom ik tot de slotsom dat het standpunt van de Raad van Arbitrage dat géén sprake is van een gemengde overeenkomst – en dus evenmin van een gecumuleerde toepasselijkheid van zowel koop- als aannemingsartikelen – bijval verdient. De opvatting dat twee gekoppelde overeenkomsten bestaan is verkieslijk; in de literatuur krijgt deze benadering ook de meeste stemmen.¹⁸ Een variant van de koppelingsidee is trouwens nog, dat men één overeenkomst aanneemt met daarin twee te onderscheiden 'helften', die elk

15 Bruggeman 2010, p. 63.

16 Zie o.a. Asser/Van den Berg 5-IIIC 2007, nr. 34.

17 Zie par. 2.

18 Zie de bronnen vermeld in par. 3.

– conform de bedoelingen van partijen – door hun eigen wettelijke regime worden beheerst.¹⁹

5 BEPERKT BELANG

Het praktische belang van de discussie mag om een bundel van redenen niet worden overschat.

Allereerst heeft de inschakeling door partijen van de MKA ten gevolge, dat hun relatie voor het overgrote deel gestalte krijgt door en aan de hand van de in dit model – met de bijbehorende algemene voorwaarden – vervatte afspraken.

Vervolgens past de observatie, dat sinds de invoering van de nieuwe titel 7.12 BW op 1 september 2003 het wettelijke regime van de koopovereenkomst en dat van de aanneming van werk naar elkaar zijn toegegroeid. Veel van de verschillen die onder vigeur van de oude aannemingswetgeving nog aanwijsbaar waren, behoren inmiddels tot het verleden. Voor zover het op de aanvullende wet aankomt, is de kans derhalve aanzienlijk dat het weinig uitmaakt of men de koop- dan wel de aannemingsregelen toepast. De vraag om wat voor overeenkomst het precies gaat, heeft mede daardoor aan belang ingeboet.

Ten slotte zij bedacht dat slechts het al dan niet toepasselijk zijn van art. 6:215 BW (gemengde overeenkomst) op het spel staat. Dit wetsartikel heeft een beperkte pretentie. Het vormt geen dwangbuis, maar heeft een flexibele natuur; de erin vervatte vuistregel van cumulatieve belichaamt – aldus de parlementaire geschiedenis – ‘slechts een eerste aanwijzing’.²⁰ Indien men een gemengde overeenkomst aanneemt en het artikel dus wel toepasselijk bevindt, staat zulks dus niet in de weg aan (het bewerkstelligen van) resultaten die aanleunen tegen die van de benadering waarin twee gekoppelde overeenkomsten worden geconstateerd.

6 ENKELE SPECIFIEKE ONDERWERPEN

Ter illustratie besteed ik, desgevraagd, aandacht aan (de hoofdlijnen van) enkele specifieke onderwerpen.

a) Conformiteit. Bij koop geldt dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden (conformiteit, art. 7:17 BW). De regeling van de aanneming van werk kent een dergelijk positief vereiste niet, maar werkt met de negatief georiënteerde begrippen ‘gebrek’ (art. 7:759 c.a. BW) en ‘ondeugdelijke uitvoe-

19 Art. 6:215 BW verzet zich m.i. daar niet tegen (vgl. par. 5, slot).

20 MvT Inv., Parl. Gesch. Nieuw BW, Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1432.

ring' (art. 7:760 BW). Een redelijke toepassing van die begrippen zal m.i. evenwel tot conclusies voeren die niet ver af liggen van hetgeen uit een conformiteitstoetsing zou voortvloeien. In beide kaders komt het aan op hetgeen partijen hebben afgesproken en op hetgeen de verkrijger, gezien het overeengekomene, redelijkerwijs aan eigenschappen mocht verwachten.²¹ De MKA en haar algemene voorwaarden geven aan die verwachtingen gestalte en kleur.

b) *Klachtplicht*. Bij koop heeft een teleurgestelde koper de 'klachtplicht'²² van art. 7:23 lid 1 BW: hij kan er geen beroep meer op doen dat het afgeleverde niet aan de overeenkomst beantwoordt (nonconformiteit), indien hij de verkoper niet daarvan kennis heeft gegeven binnen bewakende tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken. In de praktijk laten kopers nogal eens tijd weglekken; over de klachtplicht is dan ook nogal wat te doen. De lagere rechter is geneigd de 'bewakende tijd' op circa twee maanden te stellen,²³ maar de Hoge Raad heeft zich tegen zo'n vaste invulling gekeerd.²⁴ De aanneming van werk kent geen parallelle bepaling. Voor de opdrachtgever geldt echter wel het algemeen-verbintenissenrechtelijke art. 6:89 BW, dat voor iedere schuldeiser meebrengt dat hij op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet bij de schuldenaar heeft geprotesteerd binnen bewakende tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken.²⁵ Dit regime zal nauwelijks van dat van art. 7:23 BW zijn te onderscheiden. Bovendien bevatten de algemene voorwaarden bij de MKA een vrij uitvoerige uitwerking van de klachtplicht, die als een uitwerking van beide regimes kan worden beschouwd.

c) *Verjaring*. Bij koop verjaren, in afwijking van de algemene regelen van art. 3:306 e.v. BW, de rechtsvorderingen twee jaren na de kennisgeving aan de verkoper (art. 7:23 lid 2 BW). De termijn bij aanneming van werk is daaraan gelijkgesteld (art. 7:761 BW).

7 BESLUIT

Zojuist werd de achttienhonderdwoordengrens gepasseerd; het is tijd de balans op te maken. De Model koop-/aannemingsovereenkomst geeft, naar ik meen, twee gekoppelde overeenkomsten te zien en (dus) geen gemengd contract.

21 Vgl., in het kader van de uitleg van contractuele bedingen, HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (*Haviltex*).

22 Strikt genomen is geen sprake van een verplichting, maar van een 'Obliegenheit': de schender ondergraaft zijn eigen positie, maar pleegt geen wanprestatie of onrechtmatige daad.

23 Zie de bronnen vermeld in Asser/Hijma 5-I 2007, nr. 545a.

24 HR 29 juni 2007, *NJ* 2008, 606 m.nt. Jac. Hijma (*Pouw/Visser*).

25 Evenzo *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 36 (MvT).

Het belang van de discussie is niet groot, nu de relatie grotendeels door partijafspraken wordt beheerst, de wettelijke koop- en aannemingsregimes naar elkaar zijn toegegroeid en het eventueel toepasselijke art. 6:215 BW een flexibel karakter heeft. Het – bondige – onderzoek op enkele specifieke terreinen bevestigt dat de praktische consequenties van de kwalificatie gering zijn.

(Aantal woorden: 1881)

C O M M E N T A A R

Het doet de Raad van Arbitrage – en mij als een van de secretarissen – natuurlijk genoeg dat onze visie wordt gesanctioneerd door een vooraanstaand jurist als Jaap Hijma.

De belangrijkste aanmerking die ik heb, is dat ik graag méér had willen horen. Daar was volgens mij ook ruimte voor geweest. In het licht van de geformuleerde opdracht had het ‘algemene’ deel (zoals dat de toepasselijke voorwaarden niet eenzijdig zijn, dat vaak de Raad bevoegd is en wat diens vaste rechtspraak ter zake is) niet herhaald behoeven te worden. Dan zou binnen de achttienhonderdwoordengrens misschien nog plek zijn geweest voor andere interessante kwesties. Zo vervallen bijvoorbeeld de rechten van de koper ingevolge art. 7:23 BW indien hij niet binnen bekwame tijd na ontdekking van het gebrek heeft geklaagd. De klachtplicht van de opdrachtgever wordt overgelaten aan het algemene art. 6:89 BW. Maar ook binnen de aanneming is een regeling te vinden die leidt tot verlies van rechten: art. 7:758 BW bepaalt dat wie bij oplevering de aanwezige gebreken niet meldt, geacht wordt deze te hebben goedgekeurd. Geeft dat de koper (binnen bekwame tijd na ontdekking) meer tijd dan de opdrachtgever (bij oplevering)?

Dat brengt mij op een klein puntje van kritiek. Toepassing van de koopregels zou volgens Hijma (onder 4) goede zin kunnen hebben bij een barst in een ruit, nu dat een gebrek in de geleverde zaak betreft dat niet zozeer door het bouwproces is ontstaan alswel binnen het object is gesitueerd. Hoezo? Die barst kan bij aflevering op de bouw al aanwezig zijn geweest maar evengoed het gevolg zijn van een onjuiste, al dan niet voorgeschreven constructie of een uitvoeringsfout of een onvoorzichtige werknemer of voorbijganger. Daarom is de staat van het werk ten tijde van de oplevering het ijkpunt bij aanneming. Sterker zou het betoog zijn geweest dat de koper/opdrachtgever bij grote bouwprojecten in feite niets heeft in te brengen tijdens de bouw van zijn woning, behalve de kleur van de tegeltjes. Hij mag buiten kijkdagen zelfs niet op de bouw komen en speelt pas een rol op het moment dat de woning is afgebouwd en door hem moet worden goedgekeurd. Van een opdrachtgever in ware zin is dan geen sprake. In dat geval zou men op goede gronden kunnen opteren voor koop, maar dan onder de opschortende voorwaarde dat de woning is goedgekeurd en opgeleverd. Ook die variant doet recht aan de dynamiek van het bouwproces maar past minder bij de standaardcontracten en algemene voorwaarden zoals die thans zijn geformuleerd.

Voor het overige natuurlijk niets dan lof!

2 | Uitleg van leveringsakten; objectief of subjectief?

Van: J.H. Nieuwenhuis

Aan: P. Memelink

Vorm: Rechtsgeleerde beschouwing

OPDRACHT

Wijd een rechtsgeleerde beschouwing aan de uitleg van een akte van levering van een onroerende zaak. Hoe past de jurisprudentie van de Hoge Raad in het stelsel van uitleg van overeenkomsten in het algemeen? (Eventueel aangevuld met enige rechtsvergelijkende opmerkingen; met name het Duitse recht lijkt op dit punt interessant.)

UITWERKING

1 INLEIDING

De uitleg van schriftelijke overeenkomsten geschiedt in Nederland in beginsel aan de hand van het Haviltexcriterium.¹ Deze wijze van uitleg door middel van ‘haviltexen’ – het achterhalen van de partijbedoelingen en de redelijke verwachtingen die partijen bij de overeenkomst over en weer mochten koesteren – geldt echter niet onverkort voor alle soorten schriftelijke overeenkomsten. Zodra er derden in het spel zijn die eveneens op de neergeschreven wilsuitingen moeten kunnen afgaan, verandert de zaak.² Dat is bijvoorbeeld het geval als het gaat om uitleg van een CAO,³ die per definitie voor een grote groep werknemers geldt, uitleg van een pensioenreglement,⁴ of van een kettingsbeding waarmee, aldus de Hoge Raad, ‘wordt beoogd de rechtspositie van een derde (...) te bepalen’.⁵

Ook in het goederenrecht doet zich wel de situatie voor dat de uitleg voor derden (niet-partijen) van belang is. Uitlegproblemen spelen bijvoorbeeld⁶ bij de verkoop van onroerende zaken indien tussen de koopovereenkomst en de leveringsakte met betrekking tot een onroerende zaak tekstuele verschillen bestaan. Twee situaties zijn dan mogelijk: die waarin de omschrijving van de verkochte zaak in de koopovereenkomst ruimer is dan in de leveringsakte, en andersom de situatie waarin meer geleverd wordt dan tussen partijen is overeengekomen.⁷ In die gevallen verschillen partijen van mening over de omvang van het perceel.

De vraag die in deze rechtsgeleerde beschouwing centraal staat, is hoe het zit met de uitleg van akten van levering van een onroerende zaak. Dergelijke akten moeten volgens de Hoge Raad worden uitgelegd naar objectieve maatstaven. Hoe past die uitlegmethode in het inmiddels door de Hoge Raad ontwikkelde stelsel van verschillende uitlegmethoden?

1 Bekend uit het arrest HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex), r.o. 2. Zie daarover ook Asser/Hartkamp 6-III*, nr. 364, 371-372.

2 Zie Asser/Hartkamp 6-III*, nr. 372-375.

3 HR 17 en 24 september 1993, *NJ* 1994, 173 en 174 m.nt. PAS onder nr. 174 (CAO-norm).

4 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox).

5 HR 2 februari 2007, *NJ* 2008, 104 m.nt. C.E. du Perron (NBA Management/Stichting Meerhuysen).

6 Een ander voorbeeld in het goederenrecht is de vraag of een erfdienstbaarheid is gevestigd en zo ja hoe die mag worden uitgeoefend, zie bijv. HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 251 (Teijssen/Marcus).

7 P.C. van Es (*Vermogensrecht*), art. 3:89, aant. 26.2, Deventer: Kluwer (losbl.); C.G. Breedveld-de Voogd en W.G. Huijgen, ‘Uitleg van een akte van levering bij de overdracht van onroerende zaken’, *WPNR* 6709 (2007), p. 398; L.P.W. van Vliet, ‘Discrepantie tussen koopovereenkomst en transportakte’, *NTBR* 2001/5, p. 238-242.

2 UITLEG VAN LEVERINGSAKTEN; HET EELDER WONINGBOUW-ARREST EN ZIJN VOORGANGERS

Onroerende zaken worden geleverd door middel van een notariële akte of transportakte die moet worden ingeschreven in het openbare register (art. 3:89 lid 1 BW).⁸ In de wat oudere arresten gold ook ten aanzien van deze leveringsakten dat ‘de bedoeling van partijen’ bepalend was voor de vraag *wat* er precies in eigendom was overgedragen. Met andere woorden, de Hoge Raad paste de Haviltex-maatstaf gewoon toe op schriftelijke overeenkomsten betreffende de verkoop en levering van onroerende zaken.⁹ Wel oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Bouwmeester/Van Leeuwen* dat wanneer de omschrijving van de onroerende zaak in de koopovereenkomst verschilt van die in de leveringsakte, de tekst in de akte van levering in beginsel prevaleert.¹⁰ In beginsel, want tegenbewijs tegen de aanname van juistheid van de laatste tekst was mogelijk.

Deze situatie is veranderd met het *Eelder Woningbouw*-arrest,¹¹ waarin de Hoge Raad voor het eerst oordeelde dat de uitleg van de akte van levering ‘naar objectieve maatstaven’ dient te geschieden. In deze kwestie had Stichting Eelder Woningen (een woningbouwvereniging) aan haar huurders, waaronder Van Kammen en Brouwer, het aanbod gedaan om de gehuurde woning te kopen. Bij de woningen behoorden achtertuinen, en daarachter liep een tegelpad. De leveringsakte omvatte als beschrijving van de onroerende zaak:

‘de woning met schuurtje, erf en tuin plaatselijk bekend Eelde (...), uitmakende een ter plaatse afgebakend gedeelte van het perceel kadastraal bekend gemeente Eelde, sectie (...)’

De kavels werden pas opgemeten nadat de percelen (zonder aanduiding van de perceelgrootte of aangehechte kaart) aan de kopers waren geleverd. Tijdens de opmeting wees een medewerker van Eelder Woningbouw het midden van het tegelpad aan als de kadastrale grens. De kopers gingen er kortom vanuit dat zij eigenaar waren geworden van het halve pad. De woningbouwvereniging beriep zich op ‘onjuiste aanwijzing’ door haar medewerker en vorderde medewerking aan herziening van de kadastrale meting.

Hoe moest de leveringsakte uitgelegd worden? Het Hof stond de kopers toe om te bewijzen dat ook het halve tegelpad in de koop begrepen was en

8 Daarnaast is voor een geldige overdracht natuurlijk noodzakelijk dat sprake is van een geldige titel (de koopovereenkomst) en een beschikkingsbevoegde vervreemder.

9 Zie HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 1002 (Goedhart/Van den Berg); HR 22 april 1998, *NJ* 1988, 754 (Popering/Daems) en HR 2 december 1988, *NJ* 1989, 160 (Dukker/Los). Zie daarover ook Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, onder 2.

10 HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 560 m.nt. WMK (Bouwmeester/Van Leeuwen), zie met name r.o. 3.5 en 3.8. Kritisch over deze redenering van de Hoge Raad is Van Vliet 2001, p. 239.

11 HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 m.nt. WMK (Eelder Woningbouw).

achtte de kopers in dat bewijs geslaagd. De Hoge Raad wilde van bewijslevering echter niet weten. Hij overwoog omtrent de beoordeling of de helft van het pad in eigendom is overgedragen:¹²

‘Bij de beantwoording van die vraag komt het aan op de in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak. Nu het Hof, evenals de Rechtbank, op grond van deze uitleg tot de conclusie was gekomen dat het litigieuze pad geen onderdeel vormde van de onroerende zaak zoals deze in de akte van levering was omschreven, was daarmee het geschil tussen partijen beslist. Voor bewijsvoering over de partijbedoeling bij het sluiten van de koopovereenkomst was, anders dan het Hof heeft geoordeeld, in dit geval geen plaats meer.’

De ‘bedoeling van partijen’ doet bij de uitleg van de leveringsakte dus niet langer ter zake en voor bewijsvoering over die partijbedoeling is geen plaats. Uitleg moet plaatsvinden aan de hand van ‘objectieve maatstaven’. Daarmee is een splitsing aangebracht tussen enerzijds de uitleg van de koopovereenkomst (aan de hand van de Haviltex-maatstaf¹³) en anderzijds uitleg van de akte van levering (aan de hand van objectieve maatstaven).¹⁴

Een nadere motivering of onderbouwing van zijn oordeel geeft de Hoge Raad niet. Informatie over *hoe* objectief uitgelegd kan worden ‘in het licht van de inhoud van de gehele akte’, vinden we in het arrest evenmin. De overweging van de Hoge Raad lijkt vooral ontleend aan de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest *Bouwmeester/Van Leeuwen*, maar ook dat is niet zeker.¹⁵ Uit het *Eelder Woningbouw*-arrest, waarvoor dezelfde Advocaat-Generaal de conclusie schreef en opnieuw objectieve uitleg van de transportakte bepleitte,¹⁶ blijkt dat de Hoge Raad het standpunt van de A-G volgt. Hij oordeelt dat de transportakte ‘objectief’ moet worden uitgelegd.

Uit de jongste arresten blijkt dat de Hoge Raad de vraag naar de wijze van uitleg van akten van levering inmiddels als afgedaan lijkt te beschouwen. Hij deed dit jaar al twee zaken over het onderwerp af zonder nadere motive-

¹² Zie r.o. 3.3 van het arrest.

¹³ Zie bijv. HR 23 december 2005, NJ 2010, 62 m.nt. M.H. Wissink (De Rooij/Van Olphen).

¹⁴ S. Verbeek-Meindhart (*Verbintenissenrecht I*), art. 6:216, aant. 51, Deventer: Kluwer (losbl.).

¹⁵ De A-G stelt in sub 7 van die conclusie dat voor de vraag over welk perceel het in de transportakte gaat en hoe groot dat perceel is (de ‘leveringshandeling’), de transportakte beslissend is en dat die akte naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd. Voor de vraag of een eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden acht zij de werkelijke partijbedoeling wel relevant, zie haar conclusie sub 8.

¹⁶ Zie A-G De Vries Lentsch-Kostense, sub 9 van haar conclusie voor het arrest *Eelder Woningbouw*. Zij wijst o.a. op eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad over gevallen waarin het in de transportakte omschreven perceel kleiner was dan wat partijen bij de koop voor ogen stond.

ring, omdat de klachten niet noopten tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van rechtseenheid of rechtsontwikkeling (art. 81 RO).¹⁷ Kennelijk zag de Hoge Raad – in die zaken – geen redenen om terug te komen op zijn oordeel dat de leveringsakte op objectieve wijze dient te worden uitgelegd.

3 PAST DE ‘OBJECTIEVE UITLEG’ VAN LEVERINGSAKTEN WEL IN ONS SYSTEEM VAN UITLEG?

Op de ‘objectieve uitleg’ van leveringsakten is uitgebreide en gemotiveerde kritiek gekomen,¹⁸ die nadere studie rechtvaardigt. Past het arrest *Elder Woningbouw* wel in ons systeem van uitleg? En zo ja, hoe?

Inmiddels is in Nederland op het gebied van de uitleg van schriftelijke overeenkomsten een genuanceerd systeem van uitleg ontstaan.¹⁹ Dit houdt, kort gezegd, in dat in beginsel het achterhalen van de gemeenschappelijke partijbedoeling (de Haviltex-maatstaf) voorop staat,²⁰ maar dat in bepaalde gevallen uitleg op – meer of minder – objectieve wijze dient te geschieden. Dat is het geval zodra de rechtspositie van derden in het geding is.²¹

De twee uiterste polen binnen dit systeem van uitleg worden gevormd door de Haviltex-maatstaf (‘subjectieve uitleg’) en de CAO-norm (‘objectieve uitleg’). Die ‘objectieve uitleg’ houdt in dat niet langer *alle* omstandigheden van het geval mogen meewegen, maar alleen die omstandigheden die voor de betrokken derden kenbaar zijn. Automatisch komt dan meer gewicht toe aan de – kenbare – tekst, diens taalkundige betekenis in de context van de tekst, maar bijvoorbeeld ook aan de eventuele toelichting bij die tekst en de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen van de ene of de andere interpretatie. Van een strikt grammaticale interpretatie is dus in het geval van toepassing van de CAO-norm geen sprake. Andersom leidt toepassing van de Haviltex-

17 HR 23 april 2010, *RvdW* 2010, 576 (Gouwe Geit/Van der Hoeven c.s.) en HR 4 juni 2010, *RvdW* 2010, 710.

18 Zie Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007; C.G. Breedveld-de Voogd, ‘De uitleg van de akte van levering bij de overdracht van een onroerende zaak’, *RM Themis* 2002/5, p. 244-255; C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden 2007), Den Haag: BJu 2007, p. 198-206; C.G. Breedveld-de Voogd, ‘Pleidooi voor de geobjectiveerde Haviltex-uitleg bij overdracht van onroerende zaken’, in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 63-71.

19 Zie hierover bijv. Asser/Hartkamp 6-III*, nr. 372-375; C.E. Du Perron in zijn noot onder HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox), M.H. Wissink, ‘Uitleg volgens Haviltex of CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen’, *WPNR* 6579 (2004), p. 407-415 en R.P.J.L. Tjittes, ‘Uitleg van schriftelijke contracten’, *RM Themis* 2005/1, p. 2-29.

20 Kritisch hierover is Tjittes 2005, p. 7 en 8.

21 Asser/Hartkamp 6-III*, nr. 372. Zie ook de noot van Du Perron onder HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox).

maatstaf ook niet tot strikt 'subjectieve' uitleg zonder enige betekenis van tekstuele argumenten.²²

Tussen de twee polen bevinden zich allerlei vormen van 'genuanceerde uitleg', of ook wel 'objectieve uitleg binnen de Haviltex-maatstaf'. Uit het arrest *DSM/Fox* blijkt dat de twee uiterste methoden van uitleg een gemeenschappelijke grondslag hebben en dat tussen beide een 'vloeiende overgang' bestaat.²³ Anders gezegd:²⁴

'(...) binnen de Haviltex-maatstaf winnen de argumenten voor een uitleg naar objectieve maatstaven aan gewicht naar mate de overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie van derden te beïnvloeden.'

Volgens Du Perron moet de juiste uitlegmethode worden gekozen na beschouwing van 'alle omstandigheden in het licht van redelijkheid en billijkheid'. Heeft de Hoge Raad ten aanzien van de uitleg van leveringsakten nu de juiste methode gekozen en past die uitlegmethode in ons systeem van uitleg?

Ik begin met de laatste vraag, en constateer dat het niet eenvoudig is om de uitlegmethode waarvoor de Hoge Raad kiest in het arrest *Elder Woningbouw* in te passen in het thans bestaande 'systeem met vloeiende overgangen'.²⁵ Duidelijk is dat de Hoge Raad opteert voor 'objectieve uitleg' zonder de mogelijkheid van tegenbewijs omtrent de partijbedoelingen. Het gaat kortom om uitleg naar objectieve maatstaven *sec*, alleen aan de hand van de leveringsakte.²⁶ De ratio voor deze keuze is volgens verschillende auteurs gelegen in de noodzakelijke rechtszekerheid in het goederenrecht jegens derden en het daarmee verband houdende registerstelsel²⁷

Is nu in dit geval sprake van objectieve uitleg conform de CAO-norm? Dat lijkt niet aan de orde. Vrij algemeen wordt aangenomen dat voor de toepassing van uitleg volgens de CAO-maatstaf de regeling een 'zekere massaliteit' moet kennen. Met andere woorden, het gaat daarbij om overeenkomsten die – naast de rechtspositie van partijen – de rechtspositie van een aanzienlijke groep derden regelt.²⁸ Daarvan is bij een leveringsakte geen sprake.

22 Zo leert ons de Hoge Raad in het arrest *DSM/Fox* in r.o. 4.4. Zie daarover bijv. G.J.P. de Vries, 'Uitleg van contracten: van subjectief naar objectief?', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 9-35 (met name p. 11-17) en T.H.M. van Wechem en M.H. Wissink, 'Herpositionering van Haviltex: een wegwijzer voor de keuze tussen subjectieve en objectieve uitleg van contracten', *Contracteren* 2004/1, p. 21-22.

23 Aldus de Hoge Raad in r.o. 4.4 en 4.5 van het arrest.

24 Zie de NJ-annotatie van C.E. du Perron, onder 'De vloeiende overgang'.

25 Ik ben niet de eerste die tot die conclusie komt, zo ook De Vries 2009, p. 34-35.

26 Gesproken zou ook wel kunnen worden van 'tekstuele uitleg'.

27 Zie bijv. Tjittes 2005, p. 10, r.k. bovenaan en F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Uitlegkwesties naar aanleiding van verpanding en cessie van vorderingen', in: J.M. Milo en S.E. Bartels (red.), *Uitleg in het goederenrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 75-77.

28 Zie Du Perron in zijn noot onder *DSM/Fox* en Wissink, *WPNR* 6579 (2004), p. 415.

Van een 'objectieve uitleg binnen de Haviltex-maatstaf' is in het arrest *Eelder Woningbouw* echter evenmin sprake.²⁹ De Hoge Raad moet immers niets hebben van een eventuele mogelijkheid tot het leveren van (tegen)bewijs omtrent de partijbedoelingen. De Vries spreekt wat betreft leveringsakten mijns inziens daarom terecht over een 'eigenstandige objectieve uitlegnorm'.³⁰

De volgende vraag is of een dergelijke eigenstandige norm voor de uitleg van leveringsakten wordt gerechtvaardigd door de 'aard van de overeenkomst' of door 'de omstandigheden in het licht van de billijkheid'. Zowel de koopovereenkomst als de leveringsakte hebben naar hun aard primair tot doel om een eigendomsoverdracht te bewerkstelligen. Breedveld-de Voogd en Huijgen stellen terecht dat het bij de uitlegvraag steeds gaat om vraag *wat* precies wordt overgedragen, waarbij de wil van partijen in ons causale stelsel een centrale rol speelt.³¹ Noch de koopovereenkomst, noch de goederenrechtelijke overeenkomst hebben tot doel de rechtspositie van derden te beïnvloeden.³²

Wie zijn dan die 'derden' ten behoeve waarvan de leveringsakte strikt objectief en met uitsluiting van tegenbewijs moet worden uitgelegd? Ik kom daar niet goed uit. De derden waarom het hier gaat, komen mij niet anders voor dan de derden bij iedere goederenrechtelijke overeenkomst tot levering; of het nu gaat om de levering van een koe, een auto,³³ een vordering of een onroerende zaak. In alle gevallen betreft het alle anderen op de wereld dan de personen die een eigendomsoverdracht willen bewerkstelligen; anderen die deze overdracht moeten eerbiedigen of die als beperkt gerechtigden bij die overdracht betrokken kunnen zijn. De betrokken 'derden' zijn dus slechts in zeer algemene zin te duiden en, anders dan bij bijvoorbeeld de overeenkomst van cessie, niet specifiek bepaald. Toch heeft de Hoge Raad ten aanzien van de cessieovereenkomst, waarbij altijd ten minste één specifiek bepaalde derde (de *debitor cessus*) betrokken is naast koper en verkoper, geoordeeld dat die akte mag worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-maatstaf.³⁴

Het enige verschil tussen de leveringsakte met betrekking tot een onroerende zaak en andere goederenrechtelijke overeenkomsten tot levering, lijkt dan gelegen in het feit dat het bij onroerende zaken gaat om een notariële akte, die wordt ingeschreven in de openbare registers. Ook dat lijkt mij echter geen omstandigheid die op zichzelf in het licht van de redelijkheid en billijkheid moet nopen tot objectieve uitleg *sec*, zonder de mogelijkheid van tegenbewijs.

29 Vreemd is dat niet, immers het arrest *DSM/Fox* werd later gewezen dan *Eelder Woningbouw*, zodat 'objectieve uitleg binnen Haviltex' nog niet bewust tot ons uitlegarsenaal behoorde.

30 De Vries 2009, p. 35. Hij verbindt aan die conclusie overigens geen waardeoordeel.

31 Breedveld-de Voogd en Huijgen 2007, onder 4 en 5.

32 Zo ook De Vries 2009, p. 32.

33 Zie over het voorbeeld van de auto en de objectieve uitleg-maatstaf ook W.M. Kleijn in zijn noot onder *Eelder Woningbouw*.

34 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183 (De Liser de Morsain/Rabobank). Hetzelfde geldt overigens voor de pandovereenkomst, de overeenkomst van achterstelling en de overeenkomst met een derdenbeding, zie Asser/Hartkamp 6-III*, nr. 375.

Inderdaad lijkt het zuiverder, met het oog op het causale stelsel, om de werkelijke bedoeling van partijen centraal te stellen en als uitgangspunt van uitleg van zowel de koop- als de leveringsakte hun tekst te nemen,³⁵ met toelating van tegenbewijs.³⁶ Het is de vraag of een strikt 'tekstuele uitleg' wel rechtszekerheid zal bieden, nog daargelaten dat niet geheel duidelijk is *hoe* die uitleg dient te geschieden.³⁷ Gelet op de bestaande derdenbeschermingsbepalingen en ons negatief registerstelsel, is het bovendien de vraag of absolute zekerheid wel nodig is.

4 TOT SLOT

Dat een andere vorm van uitleg dan de objectieve uitleg *sec*, zou leiden tot permanente onzekerheid en tot het op achterstand zetten van de derde,³⁸ geloof ik niet. Permanente zekerheid bestaat niet, ook niet in het goederenrecht, en over welke derde hebben we het eigenlijk? De 'onbepaalde' derde wordt, als mogelijke rechtsverkrijger, bovendien reeds beschermd tegen onjuistheden in het register.³⁹

Breedveld-de Voogd en Huijgen zijn pleitbezorgers van wat Valk de 'klassieke Leidse opvatting'⁴⁰ noemt: het plaatsen van de uitleg van overeenkomsten in de sleutel van de wilsvertrouwensleer. Het woord 'redelijkerwijs' in die beroemde Haviltex-maatstaf verwijst in die opvatting niet zozeer naar de (objectieve) redelijkheid en billijkheid, maar naar de (subjectieve) goede trouw van artikel 3:11 BW.⁴¹ Het zal niet verbazen dat ik me in deze beschouwing beken tot aanhanger van die 'Leidse opvatting'. Redelijkheid en billijkheid vormen niet de uitlegmaatstaf en nopen bij de uitleg van leveringsakten mijns inziens ook niet tot een 'objectieve uitleg *sec*'.

(Aantal woorden: 2154)

35 Breedveld-de Voogd en Huijgen (2007) spreken in dit verband over 'objectieve uitleg binnen de Haviltex-maatstaf'.

36 Opvallend is overigens dat de Hoge Raad in een andere zaak over de inhoud van een transportakte *wel* tegenbewijs toeliet, zie HR 16 maart 2007, NJ 2008, 219 m.nt. C.J.M. Klaassen (Wooning/Wooning).

37 Zie daarover Breedveld-de Voogd & Huijgen 2007, onder 3.

38 Aldus Beekhoven van den Boezem 2009, p. 77.

39 Bijv. door art. 3:25 en 3:26 en 3:88 BW.

40 W.L. Valk, 'Uitleg en het onderscheid tussen autonome en heteronome normen', in: A.G. Castermans c.s. (red), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 391-402.

41 Valk wijst er op dat beide begrippen wel met elkaar in verband staan, maar desondanks niet met elkaar verward mogen worden (Valk 2009, p. 396).

C O M M E N T A A R

Geachte mevrouw Memelink,

Mijn oordeel over de door U uitgevoerde Opdracht 3 luidt als volgt:

Fraai, strak betoog, helder geschreven, evenwichtige balans van ‘state of the art’ en eigen mening.

Twee kleinigheden:

1. In par. 2 schrijft U:

‘Met andere woorden, de Hoge Raad paste de Haviltex-maatstaf gewoon toe op schriftelijke overeenkomsten betreffende de verkoop en levering van onroerende zaken.’

Het gebruik van het woord ‘gewoon’ is, dunkt mij, aan de frivole kant. Niets in het doen en laten van de Hoge Raad is ‘gewoon’. Zeker is het toepassen van de Haviltex-maatstaf door de Hoge Raad zelf ongewoon. Slechts een enkele maal zet de Hoge Raad zich aan het ‘haviltexen’. Zo bijvoorbeeld in HR 18 april 2008, NJ 2008, 245; Mustert/Van Oss (een algemeen verbindend verklaarde CAO, ‘een zuiver rechtsoordeel’). Meestal beperkt de Hoge Raad zich tot een oordeel over de wijze waarop het Hof de Haviltex- of de CAO-maatstaf heeft toegepast, en verwijst hij, indien dat oordeel negatief uitvalt, de zaak naar een aanpalend Hof.

2. Over het arrest *Eelder Woningbouw* schrijft u in par. 3:

‘De Hoge Raad moet immers niets hebben van een eventuele mogelijkheid tot het leveren van (tegen) bewijs omtrent de partijbedoelingen.’

Ik had graag nog wat meer aandacht gezien voor het volgende probleem: wat indien in de leveringsakte (objectief uitgelegd) een groter perceel is vermeld dan partijen in de koopovereenkomst (Haviltex-proof uitgelegd) zijn overeengekomen? Ook na *Eelder Woningbouw* ontbreekt dan voor het ruimere gedeelte een rechtsgeldige titel. *Quid juris?* U verwijst enigszins uit de losse pols naar het causale stelsel, daar moet de lezer het maar mee doen.

Kortom, een bekwaam uitgevoerde opdracht. Ik zie uit naar uw prestaties bij gelegenheid van Opdracht 6: rechtsvinding te velde.

Hartelijk groetend,
JHN

3 Risico-overgang bij de koop van een woning

Van: M.E.L. Fikkers
Aan: A.K. Zirar
Vorm: Memorie van grieven

OPDRACHT

De Rechtbank Den Haag heeft op 3 oktober 2010 vonnis gewezen in de zaak Joppensz/Van der Werff. U bent advocaat van Van der Werff en bent namens hem in appel gegaan. U schrijft een memorie van grieven, waarbij u uitgaat van de door de rechtbank vastgestelde feiten. U spitst de grieven toe op de overwegingen over de risico-overgang. De aard en omvang van de schade laat u buiten beschouwing. Wel overweegt u gebruik te maken van artikel I van de Algemene bepalingen, met als kop 'Omschrijving leveringsverplichting'. Lid 6 van dit artikel bepaalt:

'De aflevering (feitelijke levering) van het verkochte alsmede van de eventueel meeverkochte roerende zaken vindt plaats bij het ondertekenen van de leveringsakte, in de feitelijke staat waarin het verkochte en/of de roerende zaken zich dan bevinden, met dien verstande dat deze staat, anders dan door toedoen van de koper, niet minder mag zijn dan de staat waarin het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken zich heden bevinden, behoudens normale slijtage. Tot de aflevering dient verkoper als een zorgvuldig schuldenaar voor het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken te zorgen.'

Hier volgt de tekst van het te bestrijden vonnis:

In de zaak van

C. Joppensz,
wonende te Leiden,
eiseres,
advocaat mr. N. Mahfoez,

tegen

B. van der Werff,
wonende te Leiden,
gedaagde,
advocaat mr. J. de Blois.

Partijen zullen hierna [J] en [W] worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord
- de conclusie van repliek
- de conclusie van dupliek
- de akte vermeerdering van eis
- de antwoordakte wijziging eis.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Op 28 december 2007 heeft [W] aan [J] verkocht het recht van opstal tot en met 1 januari 2045 op een perceel grond, eigendom van de gemeente [woonplaats], staande en gelegen aan de [adres] [woonplaats], met de rechten van opstaller op de zich daarop bevindende opstallen, bestaande uit een woonboerderij met bijgebouwen, voor de koopprijs van EUR 745.000,00.

2.2. Van de koopovereenkomst maken deel uit de Algemene Bepalingen, waarvan onder het kopje 'Overmacht, risico, verzekeringen', artikel II, leden 2, 3, 4 sub b, d en e en lid 5 voor zover hier relevant het volgende bepalen:

'2. Het risico van het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken, gaat over bij het ondertekenen van de leveringsakte.

3. Indien de verkoper wegens andere dan geringe schade aan het gebouw zijn verplichtingen slechts gedeeltelijk kan nakomen, is verkoper verplicht koper daarvan onverwijld per aangetekend schrijven in kennis te stellen met toezending van een kopie van het betreffende schrijven aan de notaris. Deze overeenkomst is dan van rechtswege ontbonden, tenzij binnen vier weken nadat de schade is meegedeeld, maar in ieder geval voor het tijdstip van levering, koper niettemin uitvoering van de koopovereenkomst verlangt. In dat geval blijft de koop van kracht, doch kan de koper de koopprijs verminderen met het bedrag van die schade.

4. Indien koper de overeenkomst wenst uit te voeren geldt voorts het volgende: (...)

b. Indien verkoper krachtens een overeenkomst van verzekering een uitkering ontvangt, wordt tussen partijen de schade geacht gelijk te zijn aan het bedrag van de verzekeringsuitkering, tenzij de koper aantoont, dat de schade de verzekeringsuitkering overtreft (...).

d. Indien het verkochte schade heeft geleden door een onheil, waartegen de verkoper geen toereikende overeenkomst van verzekering heeft afgesloten, wordt de schade door partijen in onderling overleg vastgesteld. Indien partijen daaromtrent niet tot overeenstemming komen, zal de schade worden vastgesteld door een deskundige, te benoemen op verzoek van de meest gerede partij door de rechter in wiens ambtsgebied het verkochte zich bevindt.

e. (...) indien het onder d vermelde geval zich voordoet (...) of de vaststelling van de onder d bedoelde schade vóór de door partijen overeengekomen datum van het ondertekenen van de transportakte niet mogelijk is, zal de overeenkomst op de door partijen overeengekomen datum worden uitgevoerd, met dien verstande, dat een door de notaris te bepalen bedrag van de koopprijs onder zijn berusting zal blijven, totdat het bedrag van de schade op een voor partijen bindende wijze zal zijn vastgesteld. Desgewenst dient verkoper genoegzaam zekerheid te stellen, zulks ter beoordeling van de notaris (...)

5. Verkoper is verplicht voor zijn rekening de tot het verkochte behorende opstallen bij een solide verzekeringsmaatschappij op de bij Nederlandse schadeverzekeringsmaatschappijen gebruikelijke voorwaarden voor herbouwwaarde te verzekeren en tot de ondertekening van de leveringsakte verzekerd te houden, bij gebreke waarvan koper bevoegd is bedoelde verzekering voor rekening van verkoper en in diens naam te sluiten, dan wel de bestaande verzekering uit te breiden en/of tot herbouwwaarde te verhogen. Koper heeft het recht van verkoper inzage in de desbetreffende polis en premiekwitanties te verlangen en aan de verzekeringsmaatschappij inlichtingen te vragen.'

2.3. Met betrekking tot bijzondere verplichtingen wordt in deze koopakte voorts verwezen naar een daaraan gehechte kopie van de akte van verkrijging van 1 oktober 2004, waarvan koper verklaart te hebben kennisgenomen. In deze opstalakte is onder meer in de artikelen 12 en 14 lid 6 het volgende bepaald:

'12. De opstaller is verplicht voor een volledig en behoorlijk onderhoud van de opstallen zorg te dragen en de opstallen ten genoegen van burgemeester en wethouders tegen brand- en stormschade te verzekeren en verzekerd te houden en ingeval van schade ten belope van de uit te keren assurantiepenningen te herbouwen of te herstellen.

14.6 De opstaller is verplicht tot gehele of gedeeltelijke herbouw van de opstallen over te gaan, indien deze door welke oorzaak ook zijn teniet gegaan. De opstaller is verplicht de opstallen tegen brand- en stormschade te verzekeren.'

2.4. Blijkens artikel 7 van de koopakte is overeengekomen dat de leveringsakte wordt verleden op 1 maart 2008 ten overstaan van notaris mr. H. Grasman te Leiden. Op verzoek van [J] is deze datum uitgesteld en is later bepaald dat het transport zou plaatsvinden op dinsdag 20 maart 2008 om 16.30 uur.

2.5. Op 16 februari 2008 heeft [J] de sleutels van de opstallen ontvangen; vanaf die datum heeft zij aldaar werkzaamheden verricht.

2.6. Op 17 maart 2008 is door brand een deel van de opstallen verloren gegaan, met name de voormalige boerderij. Ook de tussenbouw tussen die boerderij en het woonhuis en het woonhuis zelf hebben schade opgelopen.

2.7. Door expertisebureau Kennis en Zo B.V. te Katwijk is in opdracht van [J] de schade op basis van herbouwwaarde blijktens het daarvan opgemaakte rapport d.d. 2 mei 2008 vastgesteld op EUR 395.245,50, inclusief BTW.

2.8. [J] heeft na het aangaan van de koopovereenkomst een opstal- en inboedelverzekering afgesloten bij Universit   verzekerings- met als ingangsdatum 1 maart 2008. De door [J] geclaimde brandschade is door Universit   bij brief van 2 april 2008 afgewezen, met als reden dat er aan de zijde van [J] geen schade is geleden omdat blijktens de koopakte het pand voor risico van [W] is gebleven tot de eigendomsoverdracht. Wel wordt in deze brief aangegeven dat Universit   ‘als coulance’ de schade aan de voor rekening van [J] gelegde vloer en de opgeslagen en in hun eigendom toebehorende keuken wil vergoeden.

2.9. [W] heeft zijn bestaande opstalverzekering beëindigd per 1 maart 2008.

2.10. Bij brief van 6 april 2008 heeft [J] aan [W] doen berichten dat zij nakoming van de koopovereenkomst verlangt onder aftrek van de schade.

2.11. Bij vonnis in kort geding van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 26 juli 2008 is [J] veroordeeld om binnen acht werkdagen medewerking te verlenen aan de levering van het onderhavige recht van opstal tegen de overeengekomen koopprijs van EUR 745.000,00, met dien verstande dat daarvan EUR 100.000,00 onder berusting van de notaris dient te blijven totdat op bindende wijze zal zijn vastgesteld wie de schade moet dragen en wat het bedrag van de schade is.

Dit transport heeft vervolgens op 3 augustus 2008 plaatsgevonden.

3. Het geschil

3.1. [J] vordert samengevat - na wijziging van eis: primair de verklaring voor recht (I) dat het risico van de opstallen is overgegaan van [W] op [J] bij het ondertekenen van de leveringsakte op 3 augustus 2008 en (II) dat de schade aan de opstallen door [W] moet worden gedragen, (III) te begroten naar de herbouwwaarde c.q. de herstelkosten; onder veroordeling van [W] in de proceskosten, met rente en nakosten.

3.2. [W] voert gemotiveerd verweer.

3.3. Op hetgeen over en weer is aangevoerd wordt hierna - voor zover terzake dienend - bij de beoordeling teruggekomen.

4. De beoordeling

4.1. [J] verlangt uiteindelijk ondanks de brand - als gevolg waarvan [W] zijn verplichtingen slechts gedeeltelijk zal kunnen nakomen - uitvoering van de koopovereenkomst. Zij beroept zich daarbij op de aan de koper in artikel II lid 3 van de Algemene Bepalingen geboden mogelijkheid tot vermindering van de koopprijs met het bedrag van de schade. Deze bedraagt volgens [J] - als door Kennis en Zo aangegeven op basis van herbouwwaarde - EUR 395.245,50, welk bedrag nadien is verhoogd tot EUR 410.000,35 wegens aanpassing aan het prijspeil 2009. De overige herstelkosten (waaronder die van Essent, KPN, waterleiding en leges sloop- en bouwvergunning) leiden ertoe dat [J] uiteindelijk uitkomt op een totaal bedrag aan schade van EUR 415.230,44.

4.2. Partijen houdt dienaangaande primair verdeeld op wie het risico van het verkochte rust op het moment van de brand, te weten 17 maart 2008. Voorop heeft daarbij te staan dat partijen op 28 december 2007 blijkens artikel II lid 2 van de Algemene Bepalingen zijn overeengekomen dat het risico overgaat bij het ondertekenen van de leveringsakte, welke datum in artikel 7 is bepaald op 1 maart 2008. Als onvoldoende bestreden staat enerzijds evenwel vast dat [J] op 27 februari 2008 aan [W] heeft medegedeeld dat die leveringsakte niet op 1 maart 2008 kon worden verleden (daar de koper van de woning van [J] de koopsom niet tijdig had voldaan, terwijl zij die opbrengst nodig had om op haar beurt de koopprijs aan [W] te kunnen betalen). Anderzijds is in confesso dat [J] de sleutels van de opstallen reeds op 16 februari 2008 had ontvangen. In het bijzonder vanwege dat laatste betoogt [W] dat aan [J] alstoen het bezit is verschaft en in het verlengde daarvan (mede vanwege een aantal andere omstandigheden van het geval die hierna nog aan bod komen) stelt hij dat hij weliswaar een expliciete afspraak - in afwijking van artikel 7 van de koopakte - over de overgang van het risico per 1 maart dan wel 16 februari 2008 niet kan bewijzen, doch dat een zodanige impliciete bedoeling bij partijen wel heeft voorgezeten. De rechtbank volgt [W] daarin niet en overweegt daartoe het volgende.

Uit het gegeven dat [J] (kort na het ondertekenen van de koopakte) een opstalverzekering per 1 maart 2008 is aangegaan terwijl [W] de zijne per die datum heeft opgezegd, is die beweerdelijke impliciete bedoeling in ieder geval niet af te leiden, waar het immers veeleer voor de hand ligt dat een en ander samenhang met meergemelde aanvankelijke datum van transport.

Ook overigens kan niet worden geconcludeerd dat [W] uit de uitlatingen en gedragingen van [J] redelijkerwijs het (eerder) overgaan van het risico heeft mogen afleiden. In het overgelegde email-verkeer uit deze periode wijst niets er immers op dat men zich bewust is geweest van onderhavige problematiek. In dat verband is door [W] in zijn conclusie van antwoord nog gerefereerd aan een telefoongesprek van 8 maart 2008 waarin hij zich tegenover de notaris beklaagde over het feit dat de afgesproken datum van de overdracht (1 maart

2008) was verdaagd, in welk gesprek die notaris volgens [W] met geen woord gerept zou hebben over de mogelijke gevolgen van dit uitstel ten aanzien van de risicoregeling. Terzijde merkt de rechtbank dienaangaande in het algemeen op dat een notaris als bij uitstek deskundig op het terrein van het rechtsverkeer in onroerende zaken is te beschouwen en dat op mr. Grasman als instrumenterende notaris wellicht een informatie-, c.q. waarschuwingsplicht ter zake rustte, doch deze kwestie is in deze procedure niet aan de orde.

Blijkens de e-mail van 9 maart 2008 heeft [W] aan [J] het volgende bericht: 'Het lijkt mij overigens voor jou én mij wel goed dat alles formeel geregeld is vóór jouw verhuizing van 23 maart. Ik ga dan ook akkoord met je voorstel om 20 maart de overdracht van mijn huis te regelen.' De rechtbank leest daarin een ongeclausuleerde instemming met de voorgestelde nieuwe datum van transport, 20 maart 2008, die daarom als zodanig tussen hen als (nader) overeengekomen heeft te gelden. Al met al moet het ervoor worden gehouden dat het litigieuze risico eveneens eerst per die datum van 20 maart 2008 zou overgegaan, conform het nog steeds geldende artikel II lid 2. Voormelde sleuteloverdracht per 16 februari 2008, het gegeven dat [J] aansluitend is gestart met de verbouwing en per 1 maart 2008 de energiecontracten heeft overgenomen, maken dit alles tenslotte niet anders.

4.3. Op grond van het in 4.2. overwogene dient ervan te worden uitgegaan dat het risico van de opstallen eerst is overgegaan op [J] bij het ondertekenen van de leveringsakte op 3 augustus 2008. De door de brand ontstane schade moet diens gevolg door [W] worden gedragen. Vervolgens is van belang wat als 'schade' is te kwalificeren. [J] betoogt op de voet van artikel II lid 5 van de Algemene Bepalingen dat de herbouwwaarde bepalend is: [W] is tekort geschoten in zijn verplichting de tot het verkochte behorende opstallen bij een solide verzekeringsmaatschappij op de bij Nederlandse schadeverzekeringsmaatschappijen gebruikelijke voorwaarden voor herbouwwaarde te verzekeren en tot de ondertekening van de leveringsakte verzekerd te houden, een en ander te lezen in verbinding met het bepaalde in lid 4 sub b ('Indien verkoper krachtens een overeenkomst van verzekering een uitkering ontvangt, wordt tussen partijen de schade geacht gelijk te zijn aan het bedrag van de verzekeringsuitkering').

Aldus miskent [J] echter - wat er van haar redenering in dezen verder ook zij - dat in het geciteerde lid 5 met zoveel woorden tevens is bepaald dat bij gebreke van een dergelijke door verkoper gesloten verzekering 'koper bevoegd is bedoelde verzekering voor rekening van verkoper en in diens naam te sluiten, dan wel de bestaande verzekering uit te breiden en/of tot herbouwwaarde te verhogen. Koper heeft het recht van verkoper inzage in de desbetreffende polis en premiekwitanties te verlangen en aan de verzekeringsmaatschappij inlichtingen te vragen.'

[J] heeft klaarblijkelijk niet om bedoelde inzage verzocht en evenmin gebruik gemaakt van vooromschreven bevoegdheid om die verzekering tot

herbouwwaarde in naam van [W] te sluiten. Gesteld noch gebleken is dat zij onderhavige kwestie op 27 februari 2008 zelfs maar onder de aandacht van [W] heeft gebracht, hetgeen naar het oordeel van de rechtbank wel op haar weg had gelegen aangezien het [J] was die de overeengekomen opleveringsdatum van 1 maart 2008 kort daarvoor had afgeblazen. Onder deze omstandigheden is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid hoe dan ook onaanvaardbaar dat [J] zich met succes zouden kunnen beroepen op de hiervoor geciteerde bepalingen ter adstructie van hun stelling dat [W] gehouden zouden zijn tot schadevergoeding op basis van herbouwwaarde. Niet valt in te zien dat de in de opstalakte opgenomen verplichting (ten genoegen van burgemeester en wethouder) tot herbouw van de opstallen aan vorenstaande conclusie in enigerlei opzicht zou kunnen afdoen.

4.4. Gelet op voormelde specifieke omstandigheden valt in dezen onder 'schade' niet de met herstel gemoeide kosten; anders dan [J] ingang wil doen vinden dwingen de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria (zoals in HR 7 mei 2004, NJ 2005, 76) daartoe namelijk niet. De rechtbank is overeenkomstig het subsidiaire standpunt van [W] van oordeel dat de schade in het onderhavige geval in beginsel dient te worden begroot op basis van de waardevermindering die de opstallen vanwege de brand hebben ondergaan, waartoe de benoeming van een deskundige in de rede ligt. Van belang zijn daarbij in het bijzonder de bouwkundige staat van het verkochte ten tijde van de koop en de restwaarde van de goeddeels als verloren te beschouwen gebouwen. Volgens [J] verkeerde de als schuur dienst doende boerderij bij de koop in een redelijke conditie, doch volgens [W] was daarvan geenszins sprake. Laatstgenoemde heeft ter zake bij conclusie van antwoord in het geding gebracht de producties 6, 7 en 8, die taxatierapporten behelzen van respectievelijk 15 september 2004, 8 december 2007 en 21 mei 2008; volgens hem zou - uitgaande van de door Kennis en Zo begrote kosten voor het herstel van de woning en de tussenbouw en de opruimingskosten ad EUR 50.500,00 - de onderhavige waardevermindering van de schuur zijn te begroten op EUR 29.500,00.

De rechtbank heeft behoefte aan nader overleg met partijen over de vraagstelling aan de door haar te benoemen deskundige en wie daarvoor in aanmerking komt. Zij zal daartoe een comparitie bevelen, die tevens zal worden aangewend om meer in het algemeen inlichtingen over de zaak te vragen en in het bijzonder over de door Universit  aan [J] 'uit coulance' gedane uitkering ad EUR 35.000 en de door [J] alsnog gevorderde overige kosten (waaronder die van Essent, KPN, waterleiding en leges sloop- en bouwvergunning).

Als te doen gebruikelijk zal deze zitting tevens worden benut om te onderzoeken of partijen het op een of meer punten met elkaar eens kunnen worden.

4.5. Partijen kunnen zich op de zitting laten bijstaan door een eigen bouwkundig adviseur.

4.6. De rechtbank wijst erop dat zij uit een niet verschijnen van een partij ter comparitie de gevolgtrekkingen - ook in het nadeel van die partij - kan maken die zij geraden zal achten.

4.7. De rechtbank is voornemens de comparitie op zo kort mogelijke termijn te houden.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. beveelt een verschijning van partijen, bijgestaan door hun advocaten, voor het geven van inlichtingen en ter beproefing van een minnelijke regeling op de terechtzitting van mr. M. Alva in het gerechtsgebouw te Den Haag aan de Prins Clauslaan 1 op een door de rechtbank vast te stellen datum en tijd,

5.2. bepaalt dat de partijen dan in persoon aanwezig moeten zijn,

5.3. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van [datum] voor het opgeven van de verhinderdagen van de partijen en hun advocaten op de maandagen, dinsdagen, donderdagen en vrijdagen in de maanden december en januari 2010/11 , waarna dag en uur van de comparitie zullen worden bepaald,

5.4. bepaalt dat bij gebreke van de gevraagde opgave(n) de rechtbank het tijdstip van de comparitie zelfstandig zal bepalen,

5.5. bepaalt dat na de vaststelling van het tijdstip van de comparitie dit in beginsel niet zal worden gewijzigd,

5.6. wijst partijen er op, dat voor de zitting twee uur zal worden uitgetrokken,

5.7 overweegt dat tussentijds appel is toegestaan, met als gevolg dat de comparitie tot nader order wordt aangehouden,

5.8. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. M. Alva en in het openbaar uitgesproken op 3 oktober 2010.

UITWERKING

1 INLEIDING

Bij appeldagvaarding van 1 november 2010 is Van der Werff in beroep gekomen tegen het vonnis van de rechtbank Den Haag van 3 oktober 2010 (1573 HAZA 0310). Van der Werff is ontzet over de uitkomst van de eerste instantie. Hoewel op de vaststelling van de feiten weinig valt af te dingen (paragraaf 2), zijn daaraan in de bestreden beslissing (paragraaf 3) onjuiste juridische gevolgen verbonden (paragraaf 4).

2 DE FEITEN

Kort en goed zijn de feiten van de zaak als volgt:

2.1 Van der Werff heeft op 28 december 2007 het recht van opstal ter zake van zijn woonhuis – de boerderij – verkocht aan Joppensz voor EUR 745.000. Aanvankelijk zou de levering plaatshebben op 1 maart 2008. Joppensz ging ervan uit dat zij op die datum haar vorige woonhuis zou hebben verkocht en geleverd, zodat zij de verwerving van de boerderij makkelijk kon financieren. Zij werd teleurgesteld in haar verwachting en vroeg en verkreeg medewerking om de levering van het opstalrecht uit te stellen (r.o. 4.2 van het bestreden vonnis).

2.2 Aangezien Van der Werff de boerderij inmiddels had ontruimd en Joppensz enkele verbouwingswerkzaamheden wenste uit te voeren, stelde Van der Werff haar in de gelegenheid deze werkzaamheden vooruitlopend op de levering uit te voeren. Zo gezegd, zo gedaan. Op 16 februari 2008 verkreeg Joppensz de sleutels van de boerderij.

2.3 Op 17 maart 2008 brandde de boerderij af. De kosten om de boerderij op te bouwen bedragen EUR 415.230,44.

2.4 Van der Werffs opstalverzekering liep tot de oorspronkelijk overeengekomen datum van levering, 1 maart 2008. Per die datum heeft Joppensz een opstalverzekering ter zake van de boerderij afgesloten.

2.5 De levering had uiteindelijk pas op 3 augustus 2008 plaats.

2.6 De rechtbank heeft deze feiten in r.o. 2.1-2.11 en 4.2 juist vastgesteld. Zij heeft er evenwel onjuiste conclusies aan verbonden.

3 DE BESTREDEN BESLISSING

3.1 De rechtbank stelt in r.o. 4.2 voorop dat partijen op 28 december 2007 blijkens artikel II lid 2 van de Algemene Bepalingen zijn overeengekomen dat het risico overgaat bij het ondertekenen van de leveringsakte, welke datum in artikel 7 is bepaald op 1 maart 2008 en later is bepaald op 20 maart 2008.

3.2 Weliswaar heeft Joppensz de sleutels van de opstallen al op 16 februari 2008 ontvangen, maar de rechtbank acht dit zonder betekenis voor de toepassing van artikel II lid 2, aangezien partijen de opstalverzekering hebben opgezegd (Van der Werff) respectievelijk gesloten (Joppensz) per 1 maart 2010 en deze datum niet is gewijzigd. Daarmee kan uit de afspraak over de feitelijke aflevering niet de impliciete bedoeling worden afgeleid dat het risico per 16 februari 2008 is overgegaan (r.o. 4.2). Ook overigens vindt de rechtbank geen aanknopingspunten in het dossier om aan te nemen dat de risicoregeling is gewijzigd ten opzichte van wat uitdrukkelijk is overeengekomen.

3.3 Op grond hiervan is de rechtbank van oordeel dat het risico van de opstallen eerst is overgegaan op Joppensz bij het ondertekenen van de leveringsakte op 3 augustus 2008. De door de brand ontstane schade moet diens gevolg zijn door Van der Werff worden gedragen (r.o. 4.3).

4 GRIEF

4.1 Van der Werff's grieven tegen het bestreden arrest laten zich vangen in twee grieven:

- (1) Ten onrechte heeft de rechtbank aan haar oordeel ten grondslag gelegd dat volgens de overeenkomst tussen Van der Werff en Joppensz op de transportdatum het risico overgaat op de koper, in plaats van het moment van feitelijke aflevering of van de oorspronkelijke transportdatum (artikel I lid 6 Algemene Bepalingen die de rechtbank buiten beschouwing heeft gelaten).
- (2) Ten onrechte heeft de rechtbank nagelaten te onderzoeken of het beroep op de contractuele risicoregeling – zoals uitgelegd door de rechtbank – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Toelichting grief 1

4.2 De wet formuleert in art. 7:10 lid 1 BW het uitgangspunt dat het risico van achteruitgang of tenietgaan van een zaak voor rekening van de koper is 'van de aflevering af'. Van doorslaggevende betekenis moet zijn of Van der Werff en Joppensz hiervan af hebben willen wijken in de koopovereenkomst die zij

op 28 december 2007 met elkaar sloten. Hiertoe dienen de relevante bepalingen uit de koopovereenkomst uitgelegd te worden overeenkomstig de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de bepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 *Ermes/Haviltex*). Dit dient beoordeeld te worden aan de hand van alle omstandigheden van het concrete geval.¹ In deze zaak zijn voornamelijk de context van de contractuele bepaling, meer specifiek de structuur,² en de aard en overige inhoud³ van het contract, alsmede de gedragingen van partijen van belang.⁴ Hierna zal achtereenvolgens op deze drie punten worden ingegaan.

Structuur van de overeenkomst

4.2.1 Allereerst dient overwogen te worden dat het uitsluiten van de risico-overgang bij een feitelijke (af)levering een ingrijpende afwijking is van wat expliciet in de wet hieromtrent geregeld is. De verkoper neemt het risico op zich ondanks het feit dat hij geen feitelijke macht meer uitoefent over de betreffende zaak. Van der Werff heeft dit volgens de rechtbank gedaan in art. II lid 2.⁵ Nu niet is gebleken dat partijen of de notaris op enig moment over een afwijkende risicoverdeling gesproken hebben – hetgeen wel te verwachten zou zijn gezien de gevolgen voor de positie van partijen – dient de litigieuze bepaling uitgelegd te worden door interpretatie van de contractsinhoud.⁶ In dit verband laat de rechtbank ten onrechte buiten beschouwing het feit dat de beknopte bepaling vastgelegd is in de kleine letters van het contract onder de titel ‘Algemene Bepalingen’ en niet gepaard gaat met enige vermelding van een beoogde afwijking van de wet.

Aard en overige inhoud van de overeenkomst

4.2.2 Aan het artikel waarin o.a. de risico-overgang wordt geregeld gaat vooraf artikel I met het kopje ‘Omschrijving leveringsverplichting’. Lid 6 van dit artikel bepaalt:

‘De aflevering (feitelijke levering) van het verkochte alsmede van de eventueel meeverkochte roerende zaken vindt plaats bij het ondertekenen van de leverings-

1 J.W.A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, Den Haag: Sdu 2006, p. 126.

2 HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 (*Kluft/B en W supermarkten*).

3 HR 19 oktober 2007, NJ 2007, 565 (*Vodafone/ECT*), r.o. 3.4.

4 Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht: Algemeen Overeenkomstenrecht deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 364 en 376; J.W.A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, Den Haag: Sdu 2006, p. 126.

5 ‘Het risico van het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken, gaat over bij het ondertekenen van de leveringsakte’, aldus art. II lid 2 van het contract.

6 HR 18 november 1983, NJ 1984, 272 (*Kluft/B en W supermarkten*), r.o. 1.

akte, in de feitelijke staat waarin het verkochte en/of de roerende zaken zich dan bevinden, met dien verstande dat deze staat, anders dan door toedoen van de koper, niet minder mag zijn dan de staat waarin het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken zich heden bevinden, behoudens normale slijtage. Tot de aflevering dient verkoper als een zorgvuldig schuldenaar voor het verkochte en de eventueel meeverkochte roerende zaken te zorgen.'

4.2.3 Duidelijk is dat partijen oorspronkelijk een volledige afhandeling van de koop op 1 maart 2008 beoogden waarbij feitelijke levering en het ondertekenen van de leveringsakte zouden samenvallen. Logischerwijs wilden partijen bij deze gelegenheid ook het risico over doen gaan. Noch uit de overeenkomst noch uit enige communicatie van partijen of de notaris blijkt dat partijen bij het sluiten van de overeenkomst rekening hebben gehouden met de situatie dat feitelijke levering op een eerder gelegen moment zou geschieden.

4.2.4 Joppensz heeft echter reeds op 16 februari de sleutels van de woonboerderij in ontvangst genomen. Zij is vanaf deze datum gestart met de verbouwing van de boerderij (r.o. 2.5). Op 1 maart heeft de feitelijke aflevering nog meer reliëf gekregen doordat vanaf deze datum de nutscontracten en een verzekering van de betreffende opstallen op naam van Joppensz stonden, terwijl nog geen ondertekening van de leveringscontracten had plaatsgevonden. Daarmee wijkt de feitelijke situatie ver af van de gang van zaken die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen hadden. Mede in overweging nemende dat het in deze zaak niet om een commercieel contract gaat tussen twee professionele partijen en dat het contract van partijen niet de pretentie van uitputtendheid kan hebben, dient in dit geval meer belang gehecht te worden aan de bedoeling van partijen ingevolge de Haviltex-maatstaf en minder aan een louter taalkundige uitleg van de litigieuze contractuele bepaling.⁷ De rechtbank houdt daarom in haar overwegingen in r.o. 4.2 ten onrechte vast aan de letterlijke bewoordingen van het contract.

Gedragingen van partijen

4.2.5 De Hoge Raad heeft herhaaldelijk geoordeeld dat ook de gedragingen van partijen na het sluiten van de overeenkomst aanwijzingen vormen omtrent de wijze waarop zij hun afspraak hebben opgevat c.q. omtrent hetgeen zij met hun afspraak hebben beoogd (HR 20 mei 1994, NJ 1994, 574 (*Gasunie/Anloo*),

⁷ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (*Ermes/Haviltex*), HR 20 februari 2003, NJ 2005, 493 (*DSM/Fox*), HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (*Meyer Europe/Pont Meyer*). Zie ook: Asser/Hartkamp, *Verbindtenissenrecht: Algemeen Overeenkomstenrecht deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 371 en 372.

r.o. 3.3).⁸ In deze zaak duiden de gedragingen van partijen erop dat zij meenden dat op 17 maart het risico bij Joppensz berustte. Dit blijkt allereerst uit het feit dat de verzekering van Van der Werff op 1 maart afliep terwijl de verzekering van Joppensz toen aanving (r.o. 4.2). Geen van beiden heeft reden gezien hierin verandering te brengen nadat Joppensz op 27 februari te kennen gaf dat de eigendomsoverdracht moest worden uitgesteld. Een en ander komt nog duidelijker naar voren op het moment dat Joppensz, na de brand van 17 maart, de schade laat vaststellen door expertisebureau Kennis en Zo B.V. en vervolgens een claim ter hoogte van het getaxeerde bedrag indient bij haar verzekeraar (r.o. 2.8). Bovenstaande redenering behoort te worden onderscheiden van de zogenaamde ‘assurance oblige’ gedachte. In het aansprakelijkheidsrecht wordt wel betoogd dat de verzekerbaarheid van een risico een rol speelt bij het aanvaarden van aansprakelijkheid zonder schuld.⁹ In de onderhavige zaak is slechts relevant dat de omstandigheden erop duiden dat partijen hebben beoogd het risico te doen overgaan.¹⁰

4.2.6 Genoemde gedragingen leiden, in combinatie met de hierboven beschreven contextuele omstandigheden, tot de conclusie dat partijen met hun overeenkomst van 28 december 2007 redelijkerwijs niet voor ogen kunnen hebben gehad te allen tijde de risico-overgang te verbinden aan het ondertekenen van de leveringsakte. Aangenomen moet worden dat met de feitelijke aflevering op 16 februari of in elk geval met de oorspronkelijke leveringsdatum op 1 maart, het risico van achteruitgang of tenietgaan overging op Joppensz.

Toelichting grief 2

4.3 In het geval uw Hof tot de conclusie komt dat met het contract wél beoogd is te allen tijde de risico-overgang te verbinden aan het tekenen van het leveringscontract dan komt Joppensz op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hierop geen beroep toe.

4.3.1 De hierboven geschetste omstandigheden zijn wederom van belang. Daarbij komt dat het uitstellen van de eigendomsoverdracht aan Joppensz te wijten is. Deze confronteerde Van der Werff op 27 februari, slechts twee dagen voor de overeengekomen transportdatum, met het feit dat de eigendomsoverdracht op 1 maart geen doorgang kon vinden. De reden hiervoor was dat Joppensz de financiering nog niet rond had. Van der Werff werd

8 Zie voor een opsomming van relevante uitspraken: R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009. Zie ook: Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht: Algemeen Overeenkomstenrecht deel 6-III*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 363.

9 T. Hartlief, ‘Contractuele risicoverdeling, de rechter en het verzekeringsaspect’, *WPNR* 2004, 6601, p. 947, J.H. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1987, p. 210, T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 21-23.

10 T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 21.

hierdoor geconfronteerd met een situatie waarbij hij slechts kon kiezen om in een zeer laat stadium de verkoop af te blazen, dan wel Joppensz korte tijd te gunnen om alsnog de overeenkomst na te komen. Als Van der Werff in een dergelijk geval voor de laatste optie kiest dient dit in de risicosfeer van Joppensz te liggen.

4.3.2 Het Hof Leeuwarden kwam in zijn arrest van 16 februari 2010, in een sterk gelijkende zaak, tot dezelfde conclusie.¹¹ Het Hof overwoog in r.o. 10.1:

‘Voor dit oordeel is met name redengevend dat als gevolg van omstandigheden aan de zijde van [appellanten] op 1 maart 2007 een door [geïntimeerde] niet verwachte en van de partijbedoelingen afwijkende situatie is ingetreden waarin [geïntimeerde] slechts de overeenkomst met [appellanten] konden beëindigen dan wel korte tijd afwachten of [appellanten] alsnog zouden nakomen. Deze omstandigheden lagen in de risicosfeer van [appellanten] en leveren in hun verhouding tot [geïntimeerde] geen overmacht op.’

Hierbij overwoog het Hof ook dat in een geval als het onderhavige de koper niet zonder zich ervan te vergewissen of dit terecht is erop mag vertrouwen dat de verkoper de tegenwoordigheid van geest heeft om zijn verzekering te doen herleven of door te laten lopen (r.o. 10.1). Joppensz komt bijgevolg in redelijkheid geen beroep toe op het bepaalde in art. II lid 2 van de koopovereenkomst.

5 TEN SLOTTE

5.1 Dat het Uw Hof behage, te vernietigen het vonnis waarvan appel en opnieuw rechtdoende alsnog bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad voor zoveel wettelijk toegestaan de vorderingen van geïntimeerde af te wijzen en haar te veroordelen in de proceskosten in beide instanties.

(Aantal woorden: 1986)

11 Hof Leeuwarden 16 februari 2010, *LJN* BL4456.

C O M M E N T A A R

Abdel, je hebt een mooie memorie van grieven geschreven, met heldere klachten tegen het bestreden vonnis. Een echte memorie bevat verwijzingen naar de stukken van de eerste instantie, maar wij hebben niet de beschikking over die stukken, dus dat is je niet euvel te duiden.

De casus is ontleend aan de zaak van het Hof Leeuwarden die je ook noemt aan het slot van de memorie. Het Hof heeft de zaak beslist met hantering van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ik vind het goed dat jij in de eerste grief de rechtbank verwijt dat zij de overeenkomst niet goed heeft uitgelegd. Het zou heel goed kunnen dat artikel II lid 2 van de Algemene Bepalingen zo wordt uitgelegd, dat de bepaling alleen geldt voor de situatie waarin de aflevering en de ondertekening van de leveringsakte op dezelfde dag plaatshebben en dat in andere situaties voor de risico-overgang het moment van de feitelijke aflevering doorslaggevend is. Een rechter komt bij de uitleg van een overeenkomst immers vrijheid toe, zeker als partijen van mening verschillen over de uitleg van een beding. Mij spreekt ook aan dat je in de eerste grief twee mogelijkheden biedt die beide leiden tot het door jouw cliënt beoogde resultaat, door te stellen dat het risico overging of op 16 februari 2008 of op 1 maart 2008. De argumenten in punt 4.2.5 van je memorie pleiten echter niet voor een eerdere datum van risico-overgang dan per 1 maart 2008. Je betoog is ondertussen zo klemmend, dat de geïntimeerde partij het moeilijk zal hebben een derde datum te verdedigen.

Een rechtswetenschapper zal zich wellicht afvragen of het wel zin heeft de twee grieven afzonderlijk aan te voeren en vast te houden aan het onderscheid tussen de uitleg van de overeenkomst en de vraag of je er een beroep op kan doen. Als advocaat kun je zo'n lijn beter maar niet voeren – al was het maar omdat je rekening moet houden met uitspraken van de Hoge Raad waaruit volgt dat bijzondere, beperkende betekenis moet worden toegekend aan de voorwaarde van artikel 6:248 lid 2 BW dat een beroep op het overeengekomene naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet zijn. Zo'n beperking kennen wij in de uitlegmaatstaf niet. Jouw eerste grief zou dus nog wel eens makkelijker kunnen worden gevolgd dan de tweede. Gelet op het onaanvaardbaarheids criterium is het ook goed dat je in de tweede grief nog met iets nieuws komt, te weten de omstandigheid dat de koper om uitstel heeft verzocht.

4 | Kwartetten met de makelaar

Van: K.J.O. Jansen
Aan: J.F.M. Janssen
Vorm: Kennisnotitie KNB

OPDRACHT

U wordt benaderd door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) met het verzoek een kennisnotitie te schrijven over de juridische positie van de makelaar die zonder (toereikende) volmacht optreedt als tussenpersoon bij de (ver)koop van onroerend goed. In de praktijk worden notarissen geconfronteerd met partijen die zich, wegens een beweerde overschrijding van de volmacht door hun makelaar, wensen te onttrekken aan een door de makelaar bereikte wilsovereenstemming. Er bestaat in het notariaat onzekerheid over de contractuele gebondenheid van partijen aan door de makelaar in hun naam gedane toezeggingen. In het verlengde hiervan bereiken de notaris ook vragen over de eventuele aansprakelijkheid van de makelaar wegens een door hem gewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Tegen deze achtergrond verzoekt de KNB u de volgende twee vragen, in onderling verband, te beantwoorden.

In de eerste plaats: de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden de opdrachtgever van de makelaar tegen zijn zin gebonden kan raken aan een door de makelaar zonder (toereikende) volmacht bereikte overeenstemming met de beoogde wederpartij. In dit verband is de KNB in het bijzonder geïnteresseerd in uw visie op het recente arrest HR 19 februari 2010, *NJ* 2010, 115 (ING/Bera), en het daarin gepresenteerde 'risicobeginsel'.

In de tweede plaats: de vraag of en, zo ja, onder welke voorwaarden de makelaar wegens het wekken van de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid aansprakelijk kan zijn jegens de beoogde wederpartij, met wie hij zonder (toereikende) volmacht van zijn opdrachtgever overeenstemming heeft bereikt. In dit verband is de KNB in het bijzonder geïnteresseerd in uw visie op het recente arrest HR 26 juni 2009, *RvdW* 2009, 796 (Wiggers/Makelaardij Sneek), en het daarin gehanteerde onderscheid tussen de begrippen 'vertegenwoordiger' en 'bode'.

UITWERKING

1 INLEIDING

Een spil op het gebied van de *real estate* is de makelaar. Hij is de bemiddelaar, die tussen koper en verkoper de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak tot stand brengt. Juridisch is zijn positie echter allerm minst duidelijk. Ten minste vier alternatieven komen in aanmerking: (1) hij handelt pro se, omdat hij privé of zakelijk voor zichzelf koopt; (2) hij is middellijk vertegenwoordiger; (3) hij is onmiddellijk vertegenwoordiger; (4) hij is slechts bode.

Alternatief (1) blijft verder buiten beschouwing. Of de makelaar pro se of q.q. handelt, is een kwestie van uitleg. Lastiger zijn de resterende alternatieven. Deze doen ten minste de volgende vragen rijzen: (a) mogen op de middellijke vertegenwoordiging regels van de directe vertegenwoordiging overeenkomstig worden toegepast en (b) hoe moet de positie van bode juridisch worden geduid?

2 OVEREENKOMSTIGE TOEPASSING VAN REGELS VAN DIRECTE VERTEGENWOORDIGING OP MIDDELLIJKE VERTEGENWOORDIGING

De Hoge Raad heeft zich al een aantal malen uitgelaten over de vraag of bepalingen van de titel Volmacht c.q. beginselen van directe vertegenwoordiging van overeenkomstige toepassing zijn op middellijke vertegenwoordiging. HR 11 maart 2005, *NJ* 2005, 576 (P&F/Peper en De Hart) betreft de vraag of wetenschap van een middellijk vertegenwoordiger kan gelden als wetenschap van de principaal. In het bijzonder is in dit arrest aan de orde de vraag wie als (weder)partij bij de overeenkomst met de principaal heeft te gelden. HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. JBMV (Ontvanger/V) handelt over de vraag of wetenschap van een (belasting)adviseur over onrechtmatig handelen van zijn opdrachtgever – aan wie zelf niets te verwijten valt – aan deze laatste kan worden toegerekend en hierdoor kan leiden tot diens aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW.

Vanwege de beperking aan de omvang van deze bijdrage behandel ik slechts het arrest Ontvanger/V (par. 3) en de makelaar als bode (par. 4).

3 GELDT WETENSCHAP VAN EEN ADVISEUR ALS WETENSCHAP VAN ZIJN
OPDRACHTGEVER WAARDOOR DEZE AANSPRAKELIJK WORDT UIT ONRECHT-
MATIGE DAAD?

Deze vraag is prominent aan de orde in HR 11 november 2005, *NJ* 2007, 231 m.nt. JBMV (Ontvanger/V). In deze zaak is in geschil of een vervreemding van aandelen in een zogenaamde kasgeldvennootschap met een vervangingsreserve onrechtmatig is jegens de Ontvanger en met name of bij de beantwoording van deze vraag de kennis en wetenschap van de belastingadviseur dienen te worden toegerekend aan diens opdrachtgever, zijnde degene die de aandelen heeft vervreemd.

Strikt genomen valt deze kwestie buiten het kader omdat de belastingadviseur in dit geval geen middellijk vertegenwoordiger was, aangezien hij niet de schakel vormde tussen de principaal en een wederpartij. Deze laatste ontbrak. Er bestond uitsluitend een rechtsbetrekking principaal-belastingadviseur. Er bestond niet ook een rechtsbetrekking tussen de belastingadviseur en een derde. Toch is het arrest van belang voor ons thema, omdat de rechtsoverwegingen van de Hoge Raad conclusies toelaten voor de vraag of wetenschap van een middellijk vertegenwoordiger heeft te gelden als wetenschap van de principaal.

De Hoge Raad overweegt:

‘3.5 Bij de beoordeling van deze onderdelen wordt vooropgesteld dat toerekening van kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel die iemand ten aanzien van de behoorlijke afwikkeling van een transactie heeft aan een ander die deze kennis, wetenschap of (reden tot) twijfel zelf niet had, weliswaar niet onder alle omstandigheden is uitgesloten, maar dat daarbij wel terughoudendheid moet worden betracht. Dit klemmt temeer als die toerekening, zoals in het onderhavige geval, wordt bepleit in het kader van een aansprakelijkheidsvraag, gezien het in het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt dat een ieder in beginsel alleen voor zijn eigen daden en nalatigheden aansprakelijk is te houden, behoudens welomschreven, op de wet gebaseerde, uitzonderingen.

In dit licht kunnen de onderdelen geen van alle tot cassatie leiden.

3.6 Onderdeel 2 miskent dat het arrest waarnaar het verwijst¹ op een wezenlijk andere situatie betrekking heeft dan nu aan de orde is. In dat arrest is ter beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, als norm aanvaard of het handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf. Een dergelijke maatstaf biedt een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. Toerekening van onrechtmatige gedragingen

1 Sc. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. CJHB (Kleuterschool Babbel).

aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen.

Deze maatstaf leent zich niet voor overeenkomstige toepassing bij de thans te beantwoorden vraag of de (eventuele) kennis omtrent de verdere afwikkeling van de onderhavige op zichzelf niet ongeoorloofde transactie en de fiscale gevolgen daarvan, welke kennis wel bij de adviseur maar niet bij de opdrachtgever aanwezig was, aan de opdrachtgever kan worden toegerekend met het gevolg dat ook het handelen van de opdrachtgever zelf als onrechtmatig moet worden beschouwd. Met betrekking tot de – dikwijls niet naar buiten blijkende – verhouding tussen een adviseur en diens opdrachtgever is de hiervoor bedoelde vereenzelving niet aan de orde, omdat de opdrachtgever ook zelfstandig kan en veelal zal optreden. (...)

3.8 Onderdeel 4 stuit erop af dat voor een overeenkomstige toepassing van art. 3:66 lid 2 BW, voor zover al aanvaardbaar, noodzakelijk is dat zij plaatsvindt in een verhouding die soortgelijk is aan die welke bestaat tussen de volmachtgever en de gevolmachtigde die in zijn hoedanigheid handelt met een derde. In het onderhavige geval hebben de handelingen van de voornoemde adviseurs van V. waarop de Ontvanger – gelet op de wetenschap die deze adviseurs toen volgens de Ontvanger hadden – de aansprakelijkheid van V. mede wil baseren, echter niet plaatsgevonden tegenover de Ontvanger. Daarom is voor de door het onderdeel bepleite analogie in het onderhavige geval geen plaats.’

In zijn benadering kiest de Hoge Raad drie invalshoeken. In rov. 3.5 wordt in abstracto de hoofdregel geformuleerd: toerekening van wetenschap van A aan B dient een uitzondering te zijn. Deze regel wordt in rov. 3.6 nog eens aangedrongen wanneer deze wetenschap een rol speelt in het kader van het aansprakelijkheidsrecht. De maatstaf die voor rechtspersonen geldt en die meebrengt dat wetenschap van een natuurlijk persoon in het maatschappelijk verkeer soms als wetenschap van een rechtspersoon heeft te gelden, gaat niet op wanneer het betreft de toerekening van deze wetenschap aan een andere *natuurlijke* persoon, omdat het grote verschil met de rechtspersoon is dat de natuurlijke persoon zelf kan handelen. Hoewel ik het resultaat onderschrijf, vind ik de redenering niet sterk. Mijns inziens bestaan krachtige rechtssystematische argumenten voor dit resultaat: toerekening van wetenschap, vermoeden of twijfel van A aan natuurlijke persoon B stuit af op 6:162 BW. Aan dit artikel ligt immers het uitgangspunt ten grondslag dat iemand uitsluitend aansprakelijk is voor *eigen* gedragingen en dus voor *eigen* wetenschap, vermoeden of twijfel. Dit vindt bevestiging in de tweede afdeling van de derde titel van Boek 6 BW: voor gedragingen van anderen bestaat hoogstens een *afgeleide* aansprakelijkheid. Zo is de vertegenwoordigde in art. 6:172 BW slechts afgeleid aansprakelijk voor de gedragingen van de vertegenwoordiger. Het zou ongerijmd zijn indien voor wat zich voltrok in de sfeer van een middellijke vertegenwoordiger of adviseur ineens een aansprakelijkheid uit eigen hoofde zou gelden voor de principaal.

Niet behoeft te verbazen dat evenmin art. 3:66 BW genade kan vinden. De Hoge Raad gebruikt het gelegenheidsargument dat overeenkomstige toepassing in casu uitgesloten is, omdat de casus niet beantwoordt aan het grondmodel van art. 3:66 BW. Dit zou inderdaad eerst het geval zijn geweest, indien de belastingadviseur middellijk vertegenwoordiger was geweest. Hiertoe zou nodig zijn geweest dat hij voor zijn opdrachtgever, V, de contacten met de belastingdienst zou hebben onderhouden. De Hoge Raad laat het echter niet bij dit gelegenheidsargument. Hij laat in zijn uitspraak onmiskenbaar doorklinken überhaupt niet geporteerd te zijn voor overeenkomstige toepassing van art. 3:66 BW op een middellijk vertegenwoordiger.

De voorzichtige conclusie is dat de regels en beginselen die gelden voor directe vertegenwoordiging slechts bij hoge uitzondering mogen worden toegepast op c.q. gelden voor middellijke vertegenwoordiging dan wel dat langs andere weg hetzelfde resultaat mag worden bereikt. Toerekening aan de principaal die een natuurlijke persoon is, is in ieder geval uitgesloten indien zij zou leiden tot zijn aansprakelijkheid.

4 MAKELAAR, GEVOLMACHTIGDE OF BODE?

Makelaardij Sneek heeft van de gebroeders Weissenbach opdracht gekregen te bemiddelen bij de verkoop van een hun gezamenlijk toebehorend pand. In deze overeenkomst was geen volmachtverlening opgenomen. Na een bezichtiging van het pand heeft Wiggers aan Makelaardij Sneek tweemaal een bod gedaan. Over het tweede bod heeft Makelaardij Sneek telefonisch contact gehad met de echtgenote van één van de gebroeders Weissenbach. Dezelfde dag heeft deze echtgenote aan Makelaardij Sneek laten weten dat werd ingestemd met het bod. Na Wiggers hierover telefonisch te hebben ingelicht heeft Makelaardij Sneek de koopakte, die op haar kantoor zou worden ondertekend, geredigeerd. De verkopers weigerden echter deze akte te ondertekenen. Wiggers heeft vervolgens Makelaardij Sneek aangesproken tot schadevergoeding onder andere op grond van art. 3:70 BW. Voor zover hier van belang voert Makelaardij Sneek het verweer dat zij geen vertegenwoordiger, maar slechts bode of doorgeefluik was. De rechtbank beschouwt hem als vertegenwoordiger, het hof als bode. De Hoge Raad² deelt het oordeel van het hof:

‘3.3.1 Het antwoord op de vraag of met elkaar onderhandelende partijen een overeenkomst hebben gesloten, is ervan afhankelijk wat zij jegens elkaar hebben verklaard, en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden. Tot de omstandigheden die in dit verband in aanmerking moeten worden genomen behoort de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden.

2 HR 26 juni 2009, *RvdW* 2009, 796, LJN BH9284.

3.3.2 De opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een onroerende zaak houdt geen volmacht in aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst; daarmee wordt evenmin de schijn van bevoegdheid van de makelaar gewekt (HR 9 augustus 2002, nr. C00/283, *NJ* 2002, 543).

3.4.1 Met het voorgaande strookt dat de enkele omstandigheid dat een makelaar die is ingeschakeld bij de verkoop van een onroerende zaak, aan een gegadigde die een bod op die zaak heeft gedaan, meedeelt dat de opdrachtgever instemt met het bod, niet meebrengt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van die opdrachtgever handelt. Als uitgangspunt moet worden aanvaard dat de wederpartij in een zodanig geval dient aan te nemen dat de makelaar optreedt als bode van zijn opdrachtgever.

3.4.2 Wanneer de makelaar, hoewel daartoe niet bevoegd, zich zodanig gedraagt dat de wederpartij (bieder) daaruit mag afleiden dat de makelaar als gevolmachtigde van de opdrachtgever handelt, bindt hij zijn opdrachtgever in beginsel niet en wordt hij tegenover de wederpartij schadelijkt op de voet van art. 3:70 BW. In het handelsverkeer moet men immers erop kunnen rekenen dat iemand die een kwaliteit opgeeft, deze bezit (vgl. T-M bij art. 3:70, *Parl. Gesch. Boek 3*, blz. 283).

3.5 Gelet op het hiervoor in 3.4.1 vermelde uitgangspunt is er in beginsel echter geen grond voor toepasselijkheid van art. 3:70 BW in het onderhavige geval. Dat zou slechts anders zijn in het geval van bijzondere, door [eiser] te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat Makelaardij Sneek niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde.'

Iedere vertegenwoordiger is in feite bode, hij brengt immers de wilsverklaring van de vertegenwoordigde over, maar niet iedere bode is vertegenwoordiger. Wat bepaalt het onderscheid en, met name, is dit in de praktijk te maken en is het zinvol?

In theorie is het onderscheid dat de vertegenwoordiger de rechtshandeling zelf verricht, maar dan in naam van een ander, de bode verricht niet zelf de rechtshandeling, dat doet de principaal. Hij brengt slechts diens (wils)verklaring over. Van Schaick³ lijkt voor het onderscheid de beslissingsvrijheid doorslaggevend te achten. Volgens dit criterium zou bijvoorbeeld de deurwaarder die een dagvaarding betekent, geen vertegenwoordiger zijn, want zijn vrijheid is nihil omdat de inhoud van de dagvaarding geheel van de hand van (de advocaat van) de principaal is. HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 190 m.nt. HJS (Kuyt/Meas) merkt de deurwaarder echter aan als vertegenwoordiger.

Volgens Schoordijk⁴ is het in de praktijk ondoenlijk om uit te maken of iemand vertegenwoordiger of bode is. Ik deel deze opvatting. Het onderscheid moge in theorie helder zijn, in de praktijk is het dermate subtiel dat geen

3 Volmacht, *Mon. NBW*, 1999, B-5, no.15.

4 H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W.* (Titel 1 t/m 5, Titel 11), 1986, p. 114-115. In dezelfde zin: Asser-Kortmann, a.w., no. 21. A-G Wuisman verwijst nog naar E.M.Meijers, *WPNR* 2678 (1921), p. 176-177, volgens wie geen verschil is te vinden tussen vertegenwoordiger en bode.

deugdelijk criterium valt te formuleren om beide van elkaar te onderscheiden. De Hoge Raad neemt in rov. 3.1 het criterium van Asser-Kortmann over.⁵ Dat ook dit niet de steen der wijzen is, blijkt al uit de conclusie van A-G Wuisman. Hij betoogt in zijn conclusie, sub 2.10, dat Makelaardij Sneek optrad als vertegenwoordiger. Uit de omstandigheid dat Makelaardij Sneek aansluitend op de mededeling dat het bod is aanvaard, de koper heeft gelukgewenst met de koop en vervolgens om de gegevens voor het opmaken van de koopakte heeft verzocht, kan zijns inziens worden afgeleid dat de mededeling geschiedde met het oog op het doen ontstaan van een koopovereenkomst en dat dus sprake is van 'een optreden van Makelaardij Sneek dat neerkomt op een als tussenpersoon met een eigen verklaring bekendheid geven aan een op rechtsgevolg gerichte wil van een ander'. Uit zijn rov. 3.4.1 en 3.7 blijkt dat de Hoge Raad hierover anders oordeelt.

In rov. 3.3.2 lijkt de Hoge Raad de vuistregel te formuleren dat wie geen volmacht heeft als bode heeft te gelden wanneer hij iets verklaart, behoudens, aldus rov. 3.5, bijzondere, door eiser te stellen en zo nodig te bewijzen, omstandigheden op grond waarvan deze heeft aangenomen, en mocht aannemen, dat Makelaardij Sneek niet als bode, maar als gevolmachtigde handelde. Maar hiertoe is kennelijk onvoldoende hetgeen voor A-G Wuisman juist redengevend was om aan te nemen dat Makelaardij Sneek géén bode was.

Merkwaardig is dat blijkens art. 3:60 lid 2 BW het in ontvangst nemen van een verklaring een vertegenwoordigingshandeling is, maar het overbrengen van een verklaring zou dat weer niet.

Nu A-G Wuisman het onderscheid tussen bode en vertegenwoordiger vaag vindt, zal het niet verbazen dat hij art. 3:70 BW op de 'onbevoegde' bode analoog wil toepassen. De Hoge Raad wil (ook) hiervan echter niet weten.

De rechtspraktijk wordt niet gediend met ondoorzichtigheid. Voor de duiding van de positie van een tussenpersoon die een verklaring aflegt, zijn er nu vier alternatieven: hij is onmiddellijk vertegenwoordiger, hij is middellijk vertegenwoordiger, hij is bode, hij is niets, omdat de verklaring geen rechtshandeling betreft.⁶ Dit lijkt te veel van het goede.

(Aantal woorden: 2393)

5 Asser-Kortmann, 2-1, Vertegenwoordiging en rechtspersoon; de vertegenwoordiging, 2004, no. 21.

6 Als voorbeeld noem ik de mededeling van een advocaat dat zijn cliënt, die in gebreke is gesteld, zal betalen.

C O M M E N T A A R

Sjor Janssen heeft een prikkelend stuk geschreven, met mooie *oneliners* die soms een bijna ontegenzeggelijke indruk maken: 'Niet behoeft te verbazen dat evenmin art. 3:66 BW genade kan vinden' en 'De rechtspraktijk wordt niet gediend met ondoorzichtigheid.' Zijn kritische houding siert Janssen en toont zijn ware aard als rechtswetenschapper. Of de KNB in alle opzichten uit de voeten kan met het antwoord op haar vragen waag ik te betwijfelen, maar dat is dan ook de belangrijkste kritiek, die Janssen op de rechtspraak van de Hoge Raad uit: dat zij de praktijk niet vooruit helpt.

De eerste vraag, betreffende de bescherming van contractspartijen die op de schijn van volmachtverlening aan een makelaar hebben vertrouwd (art. 3:61 lid 2 BW), heeft Janssen, als ik het goed zie, niet behandeld. Gelet op de voorgeschreven omvang van het stuk (die toch al enigszins werd overschreden) is dat te billijken, al had door het inkorten van de citaten uit de rechtspraak van de Hoge Raad wellicht ruimte kunnen worden bespaard. Intussen lijkt over het antwoord op de bedoelde vraag weinig misverstand te kunnen bestaan: volgens de Hoge Raad houdt de opdracht aan een makelaar tot bemiddeling bij de verkoop van een onroerende zaak geen volmacht in aan die makelaar tot het sluiten van een koopovereenkomst en wordt daarmee evenmin de schijn van bevoegdheid van de makelaar gewekt.¹ Vanuit een dogmatisch perspectief was het wellicht interessant geweest te onderzoeken hoe deze benadering zich verhoudt tot de nieuwe risicoleer bij schijn van volmachtverlening, zoals die in het arrest ING/Bera tot uitdrukking komt.² Toegegeven moet echter worden dat deze nieuwe leer hoogstwaarschijnlijk geen gevolgen heeft voor de vaste regel dat contractspartijen de makelaar normaliter slechts als bode van zijn opdrachtgever mogen beschouwen.

Interessant is de keuze van Janssen om een ander vraagstuk in zijn betoog te betrekken: de toerekening van de wetenschap van een adviseur aan diens opdrachtgever. De behandeling hiervan wordt ingebed in het kader van de middellijke vertegenwoordiging (par. 3). Het is de vraag of die benadering uitgerekend met betrekking tot makelaars voor de hand ligt, nu deze waarschijnlijk niet vaak als middellijk vertegenwoordiger van hun opdrachtgevers zullen optreden. Niettemin is Janssens analyse van het belangrijke arrest Ontvanger/V interessant.³ Hij voorziet dat arrest van een dieperliggende grondslag, door te verwijzen naar het schuldbeginsel bij onrechtmatige daad: aansprakelijkheid voor eigen gedrag impliceert dat voor toerekening van

1 HR 9 augustus 2002, NJ 2002, 543 (Van den Berg & Tollenaar/Balm), r.o. 3.8. Zie ook HR 26 juni 2009, RvdW 2009, 796 (Wiggers/Makelaardij Sneek), r.o. 3.3.2.

2 HR 19 februari 2010, NJ 2010, 115 (ING/Bera). Zie daarover bijv. W.L. Valk, 'Toedoen na ING/Bera', NTBR 2010, 23, p. 187-188.

3 HR 11 november 2005, NJ 2007, 231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/V).

andermans wetenschap slechts onder bijzondere omstandigheden plaats kan zijn. Overigens is mij niet geheel duidelijk waaruit Janssen afleidt dat de Hoge Raad 'überhaupt niet geporteerd' is voor overeenkomstige toepassing van art. 3:66 lid 2 BW op situaties van middellijke vertegenwoordiging. De Hoge Raad lijkt in de betreffende passage (rov. 3.8) vooral te willen benadrukken dat van een vertegenwoordigingssituatie in casu hoe dan ook geen sprake was.

5 | Aansprakelijkheid notaris voor schade uit ABC-transactie

Van: A. Broekers-Knol
Aan: C.G. Breedveld-de Voogd
Vorm: Casus

OPDRACHT¹

Jan de Zwarte en Peter Koeleman beëindigen beide hun dienstverband als directeur bij woningcorporatie De Troffel. Zij besluiten gezamenlijk een vastgoed bedrijf te beginnen in Zuid-Frankrijk. Zij willen zich vooral richten op Nederlandse cliënten die in Zuid-Frankrijk een comfortabel tweede huis willen aanschaffen. Uit commerciële overwegingen kopen De Zwarte en Koeleman alvast een in uitstekende staat verkerende tweedehands Riva. De luxe uitstraling van deze Italiaanse motorboot past uitstekend bij het bedrijfsprofiel dat zij met hun Zuid-Franse vastgoedbedrijf voor ogen hebben.

De raad van commissarissen van woningcorporatie De Troffel is zeer ontstemd over een onroerendgoedtransactie die namens deze corporatie is verricht door de voormalige directie, die bestond uit de heren De Zwarte en Koeleman. De Troffel heeft op 15 september 2008 82 hectare landbouwgrond gekocht voor een bedrag van € 24 miljoen (hierna: transactie B-C). Thans blijkt dat de koopprijs veel te hoog is geweest, omdat deze grond – anders dan destijds de verwachting was – niet de bestemming wonen heeft gekregen maar de bestemming natuurgebied. Hierdoor moet de waarde van de grond met driekwart worden afgewaardeerd. Dit is echter niet het enige probleem. Nader onderzoek leert dat De Zwarte en Koeleman de grond destijds niet rechtstreeks van de verkopende boer Bartjens hebben gekocht, maar van onroerendgoedhandelaar De Vos. Boer Bartjens heeft op 1 september 2008 de grond voor € 18 miljoen verkocht aan De Vos (hierna: transactie A-B). De akte van levering met betrekking tot de overdracht van de grond door Bartjens aan De Vos werd op 1 oktober 2008 gepasseerd voor notaris Van Zeventem. Daarna werd op dezelfde dag en voor dezelfde notaris de akte van levering gepasseerd op grond waarvan De Troffel de grond verkreeg. Zowel de Zwarte als Koeleman waren hierbij persoonlijk aanwezig. Vast staat dat notaris Van Zeventem over de waardeinstijging van de grond geen opmerkingen heeft gemaakt en hierover

¹ Fictieve casus naar aanleiding van ‘De Key maakt handelaren spekkoper’ door Gerben van der Marel, Het Financieel Dagblad, 19 april 2010.

ook geen vragen heeft gesteld aan De Zwarte en Koeleman. Beide akten zijn op 2 oktober 2008 in de openbare registers ingeschreven.

De commissarissen van De Troffel zijn van mening dat gemeenschapsgeld is verkwist nu Koeleman en De Zwarte grond hebben gekocht van een handelaar in plaats van – zoals te doen gebruikelijk – direct van de aanbiedende boer. Men houdt rekening met de mogelijkheid dat Koeleman en De Zwarte deze voor De Vos lucratieve deal hebben gesloten, omdat er voor hen misschien enig persoonlijk voordeel uit zou kunnen vloeien. De Zwarte en Koeleman zijn namelijk jarenlang de ondergeschikten geweest van De Vos bij projectontwikkelingsbedrijf Realisato BV. De commissarissen hebben daarom hun ex-directeuren geen finale kwijting verleend bij de beëindiging van hun dienstverband.

De verdenkingen met betrekking tot De Zwarte en Koeleman kunnen vooralsnog niet worden hard gemaakt. Deze heren houden onder ede vol dat zij alleen maar zaken hebben gedaan met de Vos en van transactie A-B niet op de hoogte waren. De raad van commissarissen besluit daarom de pijlen te richten op notaris Van Zeventem teneinde (een gedeelte) van de door De Troffel geleden schade vergoed te krijgen. Deze schade wordt begroot op het verschil tussen de koopprijzen in de transacties A-B en B-C, te weten € 6 miljoen.

De raad van commissarissen wendt zich tot u met het verzoek een juridisch advies te schrijven over de vraag of notaris Van Zeventem met succes aansprakelijk kan worden gesteld voor bovenvermelde schade.

UITWERKING

1 AANSPRAKELIJKHEID NOTARIS

U heeft mij advies gevraagd over de vraag of notaris Van Zeventem aansprakelijk is te houden voor de door woningcorporatie 'De Troffel' geleden schade. Tot mijn spijt luidt mijn conclusie dat de kans dat de rechter de notaris tot schadevergoeding zal veroordelen niet groot is. Deze conclusie is gebaseerd op het volgende.

2 SCHENDING VAN DE ZWAARWEGENDE ZORGPLICHT IN HET KADER VAN DE RECHTSZEKERHEID

Het handelen van een notaris wordt getoetst aan hetgeen verwacht mag worden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot.¹ In dit opzicht wijkt de aansprakelijkheid van deze beroepsbeoefenaar niet af van die van anderen, zoals van artsen en advocaten.²

Bij de invulling van deze open norm moet een onderscheid worden gemaakt tussen de klassieke taak die de notaris heeft bij het verschaffen van rechtszekerheid enerzijds en de functie die hij heeft bij het verschaffen van rechtsbescherming anderzijds. Bij het verschaffen van rechtszekerheid staat de verantwoordelijkheid centraal, die de notaris heeft voor de geldigheid van de rechtshandeling die bij de notariële akte wordt verricht. In het standaard-arrest *Credit Lyonnais* wordt deze taak als volgt omschreven: op de notaris rust een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de notariële akte opgenomen rechtshandelingen.³ Deze rechtszekerheid verschaffende functie houdt niet alleen in dat de notaris nagaat of alle formaliteiten zijn nageleefd, maar ook of aan de rechtshandeling geen materieel gebrek kleeft. De beoogde rechtsgevolgen treden immers niet in, indien de rechtshandeling nietig is of vernietigd wordt.

De verwijten die men notaris Van Zeventem zou kunnen maken, betreffen niet enig falen met betrekking tot de geldigheid van de rechtshandeling, waarbij De Troffel betrokken is. De levering B-C is niet nietig. De eigendoms-overdracht aan de woningcorporatie is geschied zonder dat aan de volledige beschikkingsbevoegdheid van De Vos iets schortte. Kortom, de door partijen beoogde rechtshandeling heeft op geldige wijze plaatsgehad.

1 D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 31.

2 HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*); HR 20 december 2002, *NJ* 2003, 325 (ZLG/X); en HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8 (*Bospercelen*).

3 HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 (*Credit Lyonnais*), zie ook HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 287 (*Caravanpark*).

3 SCHENDING VAN DE ZORGPLICHT IN HET KADER VAN DE RECHTSBESCHERMENDE FUNCTIE

Mogelijk is echter nog dat de notaris gefaald heeft in de uitoefening van zijn rechtsbeschermende functie. Deze functie is in de rechtspraak van de Hoge Raad voor het eerst tot uitdrukking gebracht in het Groninger notarisarrest.⁴ In deze uitspraak wordt overwogen dat de notaris moet voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht en dat hij moet wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's. Uit deze rechtsbeschermende taak vloeit een bijzondere waarschuwingsplicht voort, die – zo wordt in de literatuur aangenomen – goed moet worden onderscheiden van de algemene informatieplicht, die reeds op de notaris rust op grond van zijn rechtszekerheid verschaffende functie.⁵

Deze bijzondere waarschuwingsplicht heeft nader vorm gekregen in twee arresten, die – evenals het voorliggende geval over corporatie De Troffel – gaan over zogenaamde ABC-transacties, te weten het het Dicky Trading-arrest en het Bospercelen-arrest.⁶ In beide gevallen gaat het om ABC-transacties in de ruime zin van het woord. Strikt genomen wordt onder een ABC-transactie verstaan een verkoop van een zaak door eigenaar A aan B, welke laatste (een gedeelte van) dezelfde zaak doorverkoopt aan C, waarna A (het doorverkochte gedeelte van) de zaak rechtstreeks levert aan C.⁷ In het juridische spraakgebruik wordt hier echter vaak ook de elkaar in relatief korte tijd opvolgende transacties met betrekking tot hetzelfde object verstaan: de AB-, BC-transacties.⁸

In het Dicky Trading-arrest lijdt de verkoper in de transactie A-B, een zekere boer Franken, schade door de gekozen ABC-constructie bij de verkoop van zijn boerderij. Franken krijgt van tussenpersoon B (Dicky Trading) uiteindelijk niet de gehele koopprijs, die koper C voor de boerderij heeft betaald. De Hoge Raad is van oordeel dat 'een comparant als Franken' moet worden beschermd tegen risico's als zich in dit geval hebben verwezenlijkt. Dit brengt voor de notaris de verplichting mee om naar het prijsverschil tussen de verkoop A-B en B-C te informeren en te wijzen op het risico van de oninbaarheid van de vordering op een schuldenaar als Dicky Trading.

4 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (Groninger notaris).

5 D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 85-86; P.C. van Es, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', in: *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris* (Preadvies KNB 2007), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 13-21.

6 HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (Dicky Trading I) en HR 14 december 2007, NJ 2008, 8 (Bospercelen).

7 S.E. Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 21.

8 Vertrouwensnotarissen van de KNB, *Checklist voor ABC-transacties*, Notariaat Magazine nummer 08, augustus 2007, noot 1.

In het Bospercelen-arrest is koper C (i.c. Ooms) het slachtoffer van een ABC-transactie.⁹ Ooms is een particulier, die speculeert door de aan- en verkoop van bospercelen. Nu heeft een zekere Van Odenhoven een aantal percelen bosgrond te Budel met de kadastrale aanduiding sectie G, nummer 1016/2, 5, 7 verkocht aan een zekere Aartsen. Aartsen heeft op zijn beurt HBS opdracht gegeven te bemiddelen bij de wederverkoop van deze percelen. Daarbij is overeengekomen dat H.B.S. mocht behouden al hetgeen zij voor deze percelen zou kunnen bedingen boven een bedrag van f 700.000. HBS weet een koper te vinden. Ooms koopt de percelen voor een bedrag van f 1.608.750. Opvallend is echter dat in de onderhandse koopakte niet Aartsen, maar Van Tiggelen als verkoper wordt genoemd. Van Tiggelen is door HBS als stroman tussen geschoven om te verbergen dat de koopsom ongeveer f 900.000 hoger is dan het door Aartsen aan HBS genoemde bedrag van f 700.000. Ook met de omschrijving van de zaak is wat bijzonders aan de hand. Er wordt door Van Tichelen een perceel meer verkocht aan Ooms, dan de drie percelen die Van Aartsen verkoopt aan Van Tiggelen. Dit is als volgt in zijn werk gegaan. Nadat Ooms de door hem ondertekende koopakte met de vier percelen heeft geretourneerd aan HBS, heeft een medewerker van H.B.S. het voorblad daarvan vervangen door een ander voorblad dat slechts de drie percelen vermeldt. Deze gewijzigde koopakte (drie percelen) is naar Van Tiggelen gestuurd en namens hem ondertekend. De notaris heeft op basis van de door Van Tiggelen ondertekende koopakte (drie percelen) de concept leveringsakte opgesteld. Dit concept is vervolgens naar Ooms gezonden. In de procedure is niet komen vast te staan dat de notaris van deze malversaties op de hoogte is geweest. Enige dagen later worden ten kantore van notaris X de leveringsakten verleden met betrekking tot – eerst – de verkoop van Aartsen aan Van Tiggelen en – daarna – de verkoop van Van Tiggelen aan Ooms. Ooms lijdt schade doordat hij een prijs heeft betaald voor een perceel (nr. 1016/1) dat hij dacht te hebben gekocht, maar niet geleverd heeft gekregen. Ooms richt zijn pijlen op notaris X.¹⁰ Zijn vordering tot schadevergoeding is gebaseerd op het verwijt dat notaris X. zijn ministerie had behoren te weigeren¹¹ ten einde Ooms te beschermen tegen de malafide praktijken van H.B.S.

In de overwegingen van de Hoge Raad wordt de balans gezocht tussen enerzijds de eigen verantwoordelijkheid van een cliënt die met transacties die in het algemeen gesproken risicovol zijn winsten beoogt te behalen en anderzijds de verantwoordelijkheid van de notaris die van feiten op de hoogte is, die deze cliënt waarschijnlijk niet kent. De Hoge Raad overweegt over de algemene risico's die deze cliënt loopt als volgt (r.o. 3.6.3 eerste gedeelte):

9 HR 14 december 2007, NJ 2008, 8 (Bospercelen).

10 Hij betreft ook verkoper Van Tiggelen in de procedure. Dit laat ik in dit advies buiten beschouwing.

11 De Hoge Raad beantwoordt echter eerst de aan een eventuele plicht tot weigering voorafgaande vraag of gewaarschuwd had moeten worden.

‘De onderdelen falen voorzover zij berusten op de opvatting dat op een notaris een verplichting rust nader te informeren naar de beweegredenen voor een transactie, wanneer hij op grond van eerdere contacten met een partij ervan mag uitgaan dat deze de te verrichten transactie, evenals voorgaande transacties, wenst aan te gaan uit speculatieve overwegingen, zoals in het onderhavige geval de verwachting dat de te verwerven bospercelen op termijn een lucratievere bestemming zullen krijgen. De omstandigheden dat de speculatieve transactie wordt verricht door een particulier en dat bij eerdere gelegenheden transacties werden aangegaan van een geringere omvang, brengen op zichzelf en in het algemeen niet mee dat een notaris uit hoofde van zijn zorgplicht zich ervan moet vergewissen dat de betrokken partij ook ten aanzien van de beoogde (omvangrijker) transactie bekend is met de risico’s van speculatieve transacties.’

Uit het vervolg van de overwegingen in het bospercelen arrest blijkt echter dat op de notaris in dit geval toch een informatie- en waarschuwingplicht rust, omdat hem bekend is dat zich binnen korte tijd een grote prijsstijging heeft voorgedaan, terwijl de verklaring hiervoor slechts van een der partijen (i.c. HBS) afkomstig was:

‘Niettemin kunnen deze omstandigheden in samenhang met hetgeen *de notaris overigens bekend is* (i.c. de prijsstijging; CGBdV) omtrent de aard van de beoogde transactie en de ernst van de daarmee samenhangende risico’s alsmede omtrent de hoedanigheid van de betrokken partij, meebrengen dat de notaris niet ermee volstaat bij de wederpartij (i.c. Van Tiggelen en HBS: CGBdV) te informeren naar de beweegredenen voor die transactie maar ook bij de betrokken partij zelf (i.c. Ooms: CGBdV) daarnaar informeert en zo nodig wijst op de aan de transactie verbonden risico’s.’

De voorliggende casus heeft enige gelijkenis met het Bospercelen-arrest. De vraag is of op goede gronden kan worden volgehouden dat op notaris Van Zeventem de plicht rustte bij De Zwarte en Koeleman te informeren naar de oorzaak van het prijsverschil en hen te wijzen op de aan de transactie verbonden risico’s.

4 HEEFT NOTARIS VAN ZEVENTEM ZIJN ZORPLICHT GESCHONDEN?

Uit de arresten Dicky Trading en Bospercelen blijkt dat op de notaris in het geval van een groot prijsverschil tussen de transacties A-B en B-C een informatie- en waarschuwingplicht rust. Echter in deze gevallen ging het steeds om een particuliere cliënt. Deze omstandigheid speelt in beide arresten een rol bij de vraag of dergelijke zorgverplichtingen moeten worden aangenomen. Woningcorporatie ‘De Troffel’ is daarentegen een professioneel handelende partij in de vastgoedmarkt. Hierbij komt dat de vertegenwoordigers van de woningcorporatie bij de verkrijging van de grond, De Zwarte en Koeleman, over ruime onroerendgoedervaring beschikken, die zij eerder bij Realisata BV

hebben opgedaan. Bovendien waren zij goede bekenden van De Vos, zodat niets hen in de weg lijkt te hebben gestaan bij hem inlichtingen in te winnen omtrent de opbouw van de door hem bedongen koopprijs. Hoewel de professionele status van De Troffel het aannemen van een zorgplicht op grond van de rechtsbeschermende functie bemoeilijkt, is dat niet geheel onmogelijk. De notaris zal immers wel een zorgplicht hebben indien hij gezien het prijsverschil en de gekozen constructie reden heeft om aan te nemen dat er mogelijk malversaties aan de orde zijn, zoals bijvoorbeeld het geval is in het Bospercelenarrest, waarin één perceel minder is geleverd dan is verkocht (dit was de notaris in dat geval overigens niet bekend). Uit de tot op heden bekende feiten blijkt dat de notaris niet meer heeft geweten dan dat de koopprijs in de transactie B-C € 6 miljoen hoger is dan in de transactie A-B. Dit feit alleen lijkt onvoldoende om een informatieplicht c.q. waarschuwingplicht aan te moeten nemen.

5 ONTBREKEN CAUSAAL VERBAND

Wanneer we er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat de notaris vanwege het enkele prijsverschil toch een waarschuwingplicht heeft jegens een professioneel handelende partij, dan is de kans groot dat de vordering afstuit op het ontbreken van causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade (art. 6:74 en 6:162 BW).

De vraag kan immers worden opgeworpen welke zin een waarschuwing van de notaris zou hebben gehad, nu de koopovereenkomst B-C al rechtsgeldig tot stand is gekomen voordat notaris Van Zeventem bij de transactie is betrokken. Zolang deze overeenkomst geldig is, rest De Troffel geen andere mogelijkheid dan de overeenkomst nakomen en aan de levering meewerken. Een waarschuwing van de notaris heeft in die situatie alleen nog zin, indien het een partij in staat stelt de overeenkomst wegens een wilsgebrek te vernietigen.¹² Alleen in dat geval behoeven partijen de overeenkomst niet na te komen.¹³ Nu de feiten er niet op duiden dat er van de kant van De Vos sprake is van bedrog of misbruik van omstandigheden resteert alleen de mogelijkheid dat De Troffel een beroep doet op dwaling (art. 6:228 BW). Gesteld zou kunnen worden dat De Troffel de overeenkomst niet voor deze koopprijs zou zijn aangegaan, indien zij had geweten dat De Vos de grond voor een aanmerkelijk lager bedrag had ingekocht. Algemeen wordt echter aangenomen dat dwaling die uitsluitend de waarde van het object van de overeenkomst betreft,

12 Of op grond van de bedenktijd of wegens wanprestatie te ontbinden. Dit is in dit geval echter niet aan de orde.

13 Zie hierover C.G. Breedveld-de Voogd, 'Notariële zorgverplichtingen bij onroerendgoedtransacties', in: *De goede notaris. Over notariële deontologie* (Preadvies KNB 2010), Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 93.

in het algemeen niet tot vernietiging zal kunnen leiden.¹⁴ Een uitzondering op deze hoofdregel is het geval dat op de verkoper ter zake van de waarde een spreekplicht rust.¹⁵ Dit lijkt in de relatie tussen professionele onroerend-goedhandelaren niet te kunnen worden aangenomen. Wanneer notaris Zeventem gewaarschuwd zou hebben voor het prijsverschil zou de koper met deze informatie in deze fase van het verwervingsproces van de grond geen actie meer hebben kunnen nemen op grond waarvan hij niet (meer) aan de overeenkomst zou zijn gebonden. Het causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade ontbreekt derhalve, zodat Van Zeventem niet aansprakelijk kan worden gehouden.

Overigens zou Van Zeventem op grond van de stelling dat De Troffel op basis van de door hem mogelijkwerwijs verschaft informatie de overeenkomst niet meer ongedaan had kunnen maken, bovendien kunnen volhouden dat ter zake in het geheel geen waarschuwingsplicht op hem rustte.

6 CONCLUSIE

Op grond van de huidige jurisprudentie over de aansprakelijkheid van de notaris voor de schending van zijn zorgplicht kan niet worden aangenomen dat notaris Van Zeventem niet heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot. Voor zover al enige waarschuwingsplicht zou moeten worden aangenomen stuit aansprakelijkheid af op het ontbreken van causaal verband tussen het niet informeren door de notaris en de door De Troffel geleden schade.

(Aantal woorden: 2159)

¹⁴ Asser/Hijma, nr. 247.

¹⁵ Verbintenissenrecht (losbl.), art. 228, aant. 184 (Jac. Hijma).

C O M M E N T A A R

Beste Clementine,

Je hebt de opdracht uitstekend uitgewerkt. De opzet van je antwoord is heel helder en goed gestructureerd. Het is je goed gelukt om de complexe problematiek van de notaris in een dergelijke A-B-C constructie, met alle relevante literatuur en jurisprudentie, uiteen te zetten. Complimenten!

Jouw uitwerking voldoet volledig aan hetgeen de *founding fathers* van het Practicum BW in 1970 met het vak voor ogen hebben gehad. Ik herinner me nog goed dat ik als student behoorde tot de eerste lichting die Practicum BW volgde. Het was een voor studenten boeiende, zeer nuttige en inspirerende aanvulling op het toenmalige studieprogramma.

6 De nalatenschap van mevrouw De Vries

Van: B.E. Reinhartz
Aan: J.A. van der Weide
Vorm: Advies aan patroon

OPDRACHT

U bent sinds mei 2010 advocaat-stagiair bij advocatenkantoor Kruidiger & Volgers in Leiden. Tot uw patroon, de heer Volgers, wendt zich mevrouw De Lange (55 jaar). Zij woonde al sinds ruim 20 jaren samen met mevrouw De Vries in een affectieve relatie. Mevrouw De Vries is vorige week onverwacht overleden aan een hartaanval, slechts 57 jaar oud.

De 25-jarige dochter van mevrouw De Vries (uit het eerdere huwelijk met de heer Smit) met wie partijen gebrouilleerd waren, eist als erfgename alle goederen uit de nalatenschap van mevrouw De Vries op. Zij heeft al gemaild dat zij volgende week de verhuishwagen zal laten voorrijden. Zij heeft al een verklaring van erfrecht waarin zij als enig erfgenaam wordt aangeduid aangezien er geen testament was en zij geen broers of zusters heeft.

Mevrouw De Lange is hierover nogal overstuurd nu zij weet dat de dochter alle haar rechtens toekomstige mogelijkheden zal benutten 'om haar dwars te zitten', zoals zij het uitdrukt.

Zij heeft in het intake-gesprek, dat uw patroon, de heer Volgers, in uw aanwezigheid heeft gevoerd, een samenlevingscontract van partijen overlegd waarin een verblijvingsbeding is opgenomen. Daarin staat ondermeer dat ingeval een van partijen overlijdt en de ander nog leeft en de relatie niet eerder was beëindigd, alle gemeenschappelijke goederen aan de langstlevende worden toebedeeld.

Ten gevolge van een ruilovereenkomst in het samenlevingscontract waren de inboedelgoederen, de bankrekeningen en de auto gemeenschappelijk eigendom geworden. Het huis waarin zij woonden, staat op beider naam. Tevens is een voorwaardelijke levering van de roerende zaken aan de langstlevende ter uitvoering van het verblijvingsbeding opgenomen alsmede een herroepelijke volmacht aan de langstlevende voor de levering van de andere goederen die onder het beding vallen.

Mevrouw De Lange wenst juridisch advies over haar positie. Uw patroon, de heer Volgers, vraagt aan u om een advies te schrijven over deze zaak. Hij is niet erg thuis in deze materie. Hij wenst met name informatie te krijgen over de volgende aspecten:

- de kwalificatie en de werking van het verblijvingsbeding;
- de voordelen die het verblijvingsbeding voor mevrouw De Lange meebrengt. Wie is/zijn thans eigenaar van de goederen die partijen in gezamenlijk eigendom hadden?
- Kan de dochter inderdaad bepaalde goederen in de verhuishwagen laden?
Zo ja, welke?
- Zijn er eventuele andere rechten die de dochter geldend kan maken?

Volgers is alleen geïnteresseerd in de civielrechtelijke aspecten van de zaak; fiscale aspecten kunt u buiten beschouwing laten.

UITWERKING

1 VOORAF

Rob, zoals door jou gevraagd onderstaand mijn advies in bovengenoemde zaak. Voordat ik inhoudelijk op het dossier inga, schets ik eerst op hoofdlijnen de casus. Aan het slot van deze notitie tref je een beknopte conclusie en een korte lijst van actiepunten aan. Het advies heb ik tevens als word-document naar je gemaild. Dan kun je het zonder problemen bewerken en als brief naar cliënte (Petra de Lange) sturen.

2 CASUS

Op 25 augustus 2010 is de partner van cliënte (Margreet de Vries) overleden. Tussen cliënte en haar partner was een samenlevingscontract gesloten (kopie in het dossier). Van een huwelijk of een geregistreerd partnerschap is – voor zover ik dat uit het intake-gesprek heb kunnen opmaken – geen sprake. Zoals uit de samenlevingsovereenkomst naar voren komt, waren cliënte en haar partner gemeenschappelijk rechthebbende van een aantal vermogensbestanddelen (inboedel, banksaldi, auto), ieder voor de onverdeelde helft. Zo ook ten aanzien van de gemeenschappelijk bewoonde woning die volgens cliënte op naam van haar en haar partner staat. De partner van cliënte heeft een dochter uit een eerder (reeds ontbonden?) huwelijk met de heer Frits Smit. Deze dochter (Yvonne Smit) eist als enig erfgename alle goederen uit de nalatenschap van haar moeder op.

3 ERFRECHTELIJKE POSITIE CLIËNTE

Uitgangspunt van het Nederlandse erfrecht is dat een erfgenaam rechtsopvolger is onder algemene titel; hij treedt in alle rechten en verplichtingen van de erflater (art. 3:80 lid 2 jo. art. 4:182 BW). Erfgenamen zijn zij die in een familierechtelijke betrekking tot de erflater staan, zoals echtgenoten, geregistreerde partners of kinderen (art. 4:10 jo. art. 4:8 BW), dan wel zij die als zodanig bij testament door de erflater zijn aangewezen. Zoals uit de door notaris Wever opgemaakte verklaring van erfrecht blijkt (kopie in het dossier) heeft de partner van cliënte geen testament en is haar dochter haar enig erfgename. Aldus kan cliënte – als samenwonende partner – geen enkele aanspraak maken op de nalatenschap van haar overleden partner.

4 GEMEENSCHAPPELIJKE GOEDEREN EN VERBLIJVINGSBEDING

Clïente en haar partner waren gemeenschappelijk rechthebbenden van een aantal goederen (zie hiervoor sub 2). Uitgezonderd de woning die volgens cliënte aan haar en haar partner gemeenschappelijk is geleverd, vindt de mede-eigendom van deze goederen zijn grondslag in een in de samenlevingsovereenkomst opgenomen ruilovereenkomst. Hoewel de formulering van het samenlevingscontract op dit punt te wensen overlaat, hetgeen een juridisch risico in zich draagt, ga ik er vooralsnog vanuit dat deze ruilovereenkomst het gewenste juridische effect heeft.

In juridische zin bevinden de gemeenschappelijke goederen van cliënte en haar overleden partner zich in een gemeenschap in de zin van art. 3:166 e.v. BW. Tenzij anders is overeengekomen (*quod non*), is ieder van de deelgenoten eigenaar van deze goederen voor de onverdeelde helft. Het onverdeelde aandeel van de partner van cliënte maakt thans deel uit van haar nalatenschap en is daarmee in handen van haar dochter gevallen.

Ten aanzien van de gemeenschappelijke goederen is in de samenlevingsovereenkomst een verblijvingsbeding opgenomen. Een dergelijk beding wordt vrijwel standaard in iedere samenlevingsovereenkomst aangetroffen.¹ Het verblijvingsbeding leidt ertoe dat de gemeenschappelijke goederen bij overlijden van een van de deelgenoten overeenkomstig art. 3:182 BW worden verdeeld en toegedeeld aan de langstlevende deelgenoot. Hiervoor is ingevolge art. 3:186 lid 1 BW wel een levering vereist 'op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.' Als rechtsopvolgster onder algemene titel is de dochter van de partner van cliënte gebonden aan het verblijvingsbeding en moet zij daaraan derhalve gevolg geven.

Het rechtskarakter van een verblijvingsbeding dat, zoals in het onderhavige geval, wederkerig en om niet is gemaakt, heeft geruime tijd ter discussie gestaan: is hierbij sprake van een kansovereenkomst of van een gift? In zijn arrest van 1 oktober 1993, *NJ* 1994, 257, m.nt. WMK (Ontvanger/Pellicaan) (r.o. 3.6) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een wederkerig verblijvingsbeding om niet in een samenlevingsovereenkomst in beginsel kwalificeert als een kansovereenkomst zonder bevoordelingsbedoeling en derhalve geen schenking is.² Deze kwalificatie heeft, zoals je zult begrijpen, niet alleen fiscaalrechtelijke gevolgen (denk bijvoorbeeld aan het niet verschuldigd zijn van schenkings-

1 Zie nader over het verblijvingsbeding o.a. Asser-Perrick, *Goederenrecht (Gemeenschap)*, deel 3-IV, Deventer: Kluwer 2007, nr. 127.

2 Vereist is daarbij wel dat ten tijde van het opstellen van het verblijvingsbeding ongeveer gelijke levens- en sterftেকansen golden voor beide partijen. Aan dit criterium is in casu voldaan: cliënte en haar overleden partner verschilden in leeftijd slechts twee jaar van elkaar. Zo ook HR 7 februari 1997, *NJ* 1997, 595, m.nt. WMK (r.o. 3.3-3.4). Nader over het rechtskarakter van het verblijvingsbeding: Asser-Perrick, *Erfrecht en schenking*, deel 4*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 211.

recht), maar hieraan zijn ook erfrechtelijke implicaties verbonden (zie hierna sub 8).

5 INBOEDEL EN AUTO

Conform het in de samenlevingsovereenkomst opgenomen verblijvingsbeding zijn de gemeenschappelijke roerende zaken (inboedel en auto) aan de langstlevende geleverd onder de opschortende voorwaarde van overlijden van een van de deelgenoten. Door de inwerkingtreding van deze voorwaarde (het overlijden van haar partner) is cliënte derhalve eigenaar van de inboedel en de auto geworden.

6 BANKSALDI EN WONING

Voor de banksaldi en de woning ligt dit anders. Teneinde de levering van deze goederen te kunnen bewerkstelligen bevat het verblijvingsbeding een *herroepelijke* volmacht aan de langstlevende. Gebruikelijk is echter dat een verblijvingsbeding vergezeld gaat van een *onherroepelijke* volmacht. Een dergelijke volmacht eindigt immers niet door het overlijden van de volmachtgever (vgl. art. 3:74 lid 1 BW). Bij een herroepelijke volmacht is dit juist wel het geval (art. 3:72 sub a BW). Is in het samenlevingscontract op dit punt sprake van een verschrijving?

Nu de volmacht aan cliënte door het overlijden van haar partner (de volmachtgever) is geëindigd, is cliënte voor de levering van het krachtens het verblijvingsbeding aan haar toegedeelde aandeel in de banksaldi en de woning, aangewezen op de medewerking van de dochter van de partner van cliënte als rechtsoptvolgster onder algemene titel. Zoals ik hiervoor onder 4) heb opgemerkt, zal de dochter het verblijvingsbeding en de daaruit voortvloeiende verdeling en toedeling gestand moeten doen, maar kan zij voordien de positie van cliënte frustreren door haar medewerking aan de levering te weigeren. Zolang aan deze levering geen uitvoering is gegeven, zijn cliënte en de dochter van de partner van cliënte gemeenschappelijk rechthebbende van de banksaldi en de woning.

7 PRIVÉ-GOEDEREN

Cliënte kan, nu zij buiten de kring van erfgenamen valt, geen aanspraak maken op de goederen van haar overleden partner die niet gemeenschappelijk zijn en evenmin onder de werking van het verblijvingsbeding vallen. Deze privé-goederen maken deel uit van de nalatenschap van de partner van cliënte en behoren daarmee toe aan haar dochter als enig erfgename. De dochter is

derhalve bevoegd over de privé-goederen van haar moeder te beschikken en kan deze onder zich nemen.

8 NADERE ERFRECHTELIJKE IMPLICATIES

Ten slotte vroeg je aan mij uit te zoeken of de dochter van de partner van cliënte nog andere rechten geldend kan maken. De enige mogelijkheid die ik in dit verband zie, is de legitieme portie (wettelijk erfdeel).³ Dit is een dwingendrechtelijke aanspraak op een deel van de waarde van de nalatenschap, vermeerderd met de waarde van bepaalde door de erflater gedane giften onder aftrek van de schulden van de nalatenschap (art. 4:63 lid 1 BW).⁴ Nalatenschap plus giften minus schulden worden tezamen aangeduid met de term 'legitimaire massa' (vgl. art. 4:65 BW). Art. 4:63 lid 2 BW geeft aan wie een beroep kunnen doen op de legitieme: de afstammelingen van de erflater die door de wet als erfgenamen tot de nalatenschap worden geroepen. Aldus is de dochter een zgn. 'legitimaris'.

Ingevolge art. 4:64 lid 1 BW bedraagt de legitieme portie van een kind de helft van de legitimaire massa. Het recht om aanspraak te maken op de legitieme is een zgn. 'wilsrecht'. Door, via een wilsuiting, aanspraak te maken op de legitieme portie ontstaat vervolgens op grond van art. 4:79 BW een geldvordering van de legitimaris jegens de erfgenamen en de begiftigden. Deze worden op de nalatenschap en hun giften 'ingekort'.

Op 1 januari 2003 is het nieuwe erfrecht ingevoerd en Boek 4 BW ingrijpend gewijzigd. Onder het oude erfrecht werden verblijvingsbedingen in de regel niet in de berekening van de legitimaire massa meegenomen en kon op door het verblijvingsbeding veroorzaakte vermogensverschuivingen niet door een legitimaris worden ingekort. Verblijvingsbedingen werden per slot van rekening doorgaans niet als gift gekwalificeerd (zie hiervoor sub 4).

Onder het nieuwe erfrecht ligt dit anders. Thans worden wederkerige verblijvingsbedingen om niet, zoals in casu, gekwalificeerd als 'quasi-legaat' (art. 4:126 lid 2 sub a jo. lid 1 BW).⁵ Een legaat is een uiterste wilsbeschikking waarin de erflater aan een of meer personen een vorderingsrecht toekent (art. 4:117 lid 1 BW). Het verblijvingsbeding is geen uiterste wilsbeschikking en daarom geen 'echt' legaat.

De kwalificatie als quasi-legaat heeft tot gevolg dat de goederen waarop het verblijvingsbeding betrekking heeft (inboedel, auto, banksaldi en woning)

3 Voor 'andere wettelijke rechten' als bedoeld in afdeling 4.3.2, Boek 4 BW zie ik geen ruimte.

4 Zie voor toegankelijke literatuur over de legitieme portie o.a. M.J.A. van Mourik, *Erfrecht*, Monografieën Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2008, Hoofdstuk VIII; W.G. Huijgen e.a., *Compendium Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2005, Hoofdstuk VII.

5 Zie nader over het verblijvingsbeding als quasi-legaat o.a. Asser-Perrick 2007, nrs. 211 en 246; M.J.A. van Mourik e.a., *Handboek Erfrecht*, Deventer: Kluwer 2006, par. VII.2.20.

als goederen van de nalatenschap deel uitmaken van de legitimaire massa.⁶ Het vorderingsrecht dat cliënte uit hoofde van het verblijvingsbeding heeft jegens de nalatenschap is weliswaar een schuld van de nalatenschap, maar deze wordt op grond van art. 4:65, eerste zinsnede BW⁷ niet bij de berekening van de legitimaire massa in aanmerking genomen.

Genereren de privé-goederen van de partner van cliënte onvoldoende waarde om daaruit de legitieme portie van de dochter te voldoen, dan heeft dit tot gevolg dat op het verblijvingsbeding als quasi-legaat door de dochter kan worden ingekort.⁸ Krachtens art. 4:126 lid 1 BW komen quasi-legaten als laatste voor inkorting in aanmerking, derhalve na alle makingen, daaronder mede begrepen makingen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis. Door het bedrag van de inkorting 'op te leggen' kan cliënte alsnog volledige voldoening (nakoming) van het verblijvingsbeding vorderen en daarmee aan de gevolgen van een eventuele inkorting ontkomen (art. 4:122 lid 1 BW).

9 CONCLUSIE

- i. Cliënte is volledig eigenaar van de inboedel en de auto (sub 5).
- ii. Cliënte is tezamen met de dochter van haar overleden partner gemeenschappelijk rechthebbende van de banksaldi en de woning zolang de levering van deze goederen door de dochter aan cliënte niet is geëffectueerd (sub 6).
- iii. Als enig erfgename en rechtsopvolgster onder algemene titel is de dochter van de partner van cliënte volledig rechthebbende van alle privé-goederen van haar moeder (sub 7).
- iv. Door het invoeren van haar legitieme portie kan het verblijvingsbeding als quasi-legaat door de dochter worden ingekort (sub 8).

10 ACTIEPUNTEN

- i. Verzoek aan cliënte om (een kopie van) de akte van levering van de gemeenschappelijk bewoonde woning in te sturen (ter completering van het dossier).
- ii. In de kadastrale registratie natrekken of de woning daadwerkelijk 'op naam van' cliënte en haar overleden partner staat.

6 Expliciet Van Mourik e.a. 2006, p. 322. Wellicht anders Huijgen e.a. 2005, p. 92: 'Quasi-legaten die geen gift vormen (...) komen wel voor inkorting in aanmerking, maar doen niet mee bij de berekening van de legitieme (...)'.
7 Te lezen in samenhang met art. 4:65, laatste zinsnede, art. 4:7 lid 1 sub i en art. 4:126 BW.

8 Concreet houdt dit in dat de dochter als enig erfgename en legitimaris niet tot levering aan cliënte van de in het verblijvingsbeding opgenomen goederen hoeft over te gaan. Zie in dit verband tevens art. 3:120 lid 4 BW indien levering reeds heeft plaatsgevonden.

- iii. Is het huwelijk tussen de partner van cliënte en haar (voormalige) echtgenoot daadwerkelijk ontbonden? Dit nog natrekken in de registers van de burgerlijke stand?
- iv. Nader onderzoek naar de validiteit van de in de samenlevingsovereenkomst opgenomen ruilovereenkomst?
- v. Is in het samenlevingscontract sprake van een verschrijving op het punt van de herroepelijkheid van de daarin opgenomen volmacht? Beschikt cliënte wellicht over correspondentie of (concept-)stukken die deze omissie nader onderbouwen?
- vi. Nader onderzoek naar de omvang van de nalatenschap van de partner van cliënte teneinde de gevolgen van het inroepen van de legitieme portie door de dochter in te kunnen schatten?

(Aantal woorden: 1784)

UITWERKING

Jeroen van der Weide heeft de meeste aspecten prima behandeld. De kwalificatie van het verblijvingsbeding in de samenlevingsovereenkomst inclusief de leveringsproblematiek daarbij, voortvloeiende uit een herroepelijke volmacht (in plaats van een onherroepelijke) heeft hij goed onderkend. Wellicht is het een fout, maar dat moeten we nader uitzoeken. Hij is terecht in eerste instantie uitgegaan van wat er in het contract staat.

De gevolgen van het verblijvingsbeding voor de langstlevende partner zijn goed beschreven. Ik had er nog wel graag bij gezien dat – zolang de levering niet heeft plaatsgevonden – over de goederen alleen gezamenlijk kan worden beschikt, art. 3:170 lid 3 BW.

De legitimaire aanspraken, voortvloeiende uit een verblijvingsbeding, dat een quasi-legaat is in de zin van art. 4:126 BW, zijn goed uitgewerkt. Daarbij mis ik slechts één aspect: men moet in dit geval vragen van wanneer het samenlevingscontract stamt. De samenleving heeft immers heel lang geduurd en het is best mogelijk dat dit contract is gesloten voor 1 januari 2003. In dat geval zou de legitimaire vordering van de dochter van de overledene pas opeisbaar zijn na het overlijden van de langstlevende partner, art. 131, laatste zin Overgangswet BW.

De literatuur-aanhalingen zijn in orde, zowel qua inhoud als ook qua actualiteit van de aangehaalde bronnen.

7 | Burenrecht

Van: A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar

Aan: J.A.J. Peter

Vorm: Advies aan cliënt

OPDRACHT

U bent juridisch adviseur. Tot u wendt zich A. Makhuijsen, die in onmin leeft met zijn buurman, C.J. Visser. Makhuijsen woont sinds 1991 aan de Dopheide 12, dat hij van zijn vader heeft geërfd. Zijn vader kocht het perceel in 1970. Visser woont al 35 jaar aan de Dopheide 13; ook hij heeft zijn perceel geërfd. De tuinen van Makhuijsen en Visser grenzen aan elkaar. In de tuin van Makhuijsen stonden op ongeveer 30 cm afstand van de erfgrens met de tuin van Visser, sinds jaar en dag twee vlierbomen, die in 2008 een hoogte hadden van ongeveer 6 meter. Qua omvang en hoogte en ligging zijn de bomen vergelijkbaar met nog enkele andere bomen in de wijk waar Makhuijsen en Visser wonen. Begin 2009 heeft Visser zijn tuin gerenoveerd en daarbij wortels van de vlierbomen die in zijn tuin lagen, weggezaagd. Tijdens een zware najaarsstorm in oktober 2009 zijn beide vlierbomen omgewaaid en terecht gekomen op de schuur die in de lengterichting in de tuin van Makhuijsen staat, met schade aan de schuur tot gevolg.

Makhuijsen vraagt aan u de kansrijkheid te beoordelen van een aantal vorderingen die hij overweegt tegen Visser in te stellen:

1. Hij wil zijn schade aan de schuur vergoed zien.
2. Hij wenst in de plaats van de oude vlierbomen, nieuwe vlierbomen te planten die een zelfde hoogte hebben als de oude (circa 6 meter). De kosten hiervan wil hij bij Visser in rekening brengen.

UITWERKING

Geachte heer Makhuijsen,

Zoals afgesproken zend ik hierbij mijn schriftelijk advies over een tweetal kwesties waarover u met uw buurman Visser van mening verschilt. In mijn advies ga ik uit van de feiten die u in uw brief noemt. U vertelde mij daarnaast dat de erfgrens ter plaatse door een laag hek wordt gemarkeerd, en dat u niet weet of de vlierbomen destijds zijn aangeplant of 'aangewaaid'.

De vragen die u mij heeft voorgelegd, luiden als volgt:

1. Is Visser aansprakelijk voor de schade aan de schuur?
2. Bent u gerechtigd op de plaats van de oude vlierbomen nieuwe vlierbomen terug te plaatsen, en zo ja, kunt u de kosten hiervan op Visser verhalen?

Mijn advies is als volgt opgebouwd. In § 1 bespreek ik of de vlierbomen op de bewuste plek mochten staan. In § 2 en 3 bespreek ik respectievelijk uw eerste en tweede vraag. Ik sluit af met een conclusie (§ 4).

1 BOMEN BINNEN DE 'TWEEMETERZONE'

Op grond van art. 5:42 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is het niet geoorloofd om bomen te hebben binnen twee meter van de grenslijn met het buurerf.¹ Er dient hierbij gerekend te worden vanaf het midden van de voet van de boom.² Het oude BW, dat tot 1992 gold, kende een vergelijkbare bepaling.³ Het hebben van bomen binnen deze tweemeterzone is wel toegestaan indien de buur daarvoor (mondeling of schriftelijk) *toestemming* heeft gegeven, of er sprake is van een *erfdienstbaarheid* op grond waarvan de eigenaar van het dienend erf bomen binnen twee meter van zijn perceelsgrens moet dulden ten gunste van de eigenaar van het 'heersend erf' (het erf waarop de bomen zich bevinden). Indien zich binnen de tweemeterzone bomen bevinden, zonder dat de buur daarvoor toestemming heeft verleend, en zonder dat de buur de aanwezigheid van de bomen krachtens een erfdienstbaarheid dient te dulden, levert de aanwezigheid van de bomen een onrechtmatige toestand op, die op vordering van de buur dient te worden beëindigd. Deze rechtsvordering tot het verwijderen van de bomen (dus tot het beëindigen van de onrechtmatige

1 Ik ga er in dit advies van uit dat de in het slot van art. 5:42 lid 2 BW genoemde gevallen zich niet voordoen.

2 Volgens art. 5:42 lid 3 BW kan de buur zich niet verzetten tegen bomen die niet boven de scheidsmuur uitsteken.

3 Art. 713 BW (oud).

toestand) is aan verjaring onderhevig. De verjaringstermijn bedraagt twintig jaar,⁴ en ving aan op de dag nadat de bomen er kwamen te staan.⁵ Een verjaringstermijn kan worden gestuit, waarna een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen.⁶

Een *erfdienstbaarheid* kan ontstaan doordat zij door de eigenaren van het heersend en het dienend erf wordt gevestigd, maar kan ook door ‘verjaring’ worden verkregen. De wet kent twee vormen van verkrijging door verjaring; in de praktijk zal het bij erfdienstbaarheden, ontstaan door verjaring, vrijwel steeds gaan om verkrijging van een erfdienstbaarheid door extinctieve verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit van een niet-rechthebbende van een erfdienstbaarheid (art. 3:314 jo. art. 3:105 lid 1 BW).^{7/8}

Een van de vereisten voor het ontstaan van een erfdienstbaarheid tot het hebben van bomen binnen de tweemeterzone door extinctieve verjaring is dat aan het einde van de verjaringstermijn van ‘bezit’ van deze erfdienstbaarheid kan worden gesproken. Bezit van een erfdienstbaarheid wordt niet snel aangenomen.⁹ Om van bezit van een erfdienstbaarheid te kunnen spreken is vereist dat de pretense bezitter zich zodanig gedraagt dat de eigenaar van het buurperceel daaruit niets anders kan afleiden dan dat de gebruiker pretendeert rechthebbende tot de erfdienstbaarheid te zijn. Er moeten feiten en omstandigheden zijn, waaruit naar verkeersopvatting een wilsuiting tot het uitoefenen van een erfdienstbaarheid kan worden afgeleid.¹⁰ Hiervan is in ieder geval sprake indien de eigenaar van de bomen binnen de erfgrens zich jegens zijn buurman op een erfdienstbaarheid beroept. Het feit dat zich sinds jaar en dag binnen de tweemeterzone bomen bevinden, is volgens de Hoge Raad niet voldoende om aan te nemen dat van bezit van een erfdienstbaarheid sprake is.¹¹ Een dergelijke situatie zal in de regel worden geduid als een loutere inbreuk op het eigendomsrecht van de buurman. Uit de enkele aanwezigheid

4 Art. 3:306 BW; onder oud recht bedroeg de verjaringstermijn dertig jaar (art. 2004 BW (oud)).

5 Aldus, voor wat betreft onder oud recht geplante bomen, HR 18 december 1992, NJ 1993, 152 (De Moel/Scherpenzeel). Onder het huidige recht start de verjaringstermijn ten aanzien van beplantingen achter een scheidsmuur als zij daar bovenuit gaan steken, zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 195.

6 Art. 3:316-3:319 BW.

7 Zie voor een voorbeeld van een (bijzonder) geval van het ontstaan van een erfdienstbaarheid door acquisitieve verjaring (art. 3:99 BW) HR 5 februari 2010, NJ 2010, 294 (Rodewijk/Bouwman; m.nt. F.M.J. Verstijlen).

8 Ook onder oud recht was een erfdienstbaarheid tot het hebben van bomen binnen de grens van ‘twintig palmen binnen de scheidslinie’ voor bezit vatbaar, nu zij als een ‘voortdurende erfdienstbaarheid’ werd beschouwd. Nu verkrijging van een erfdienstbaarheid door extinctieve verjaring onder oud recht niet mogelijk was, volgt uit art. 78 ONBW dat zo’n erfdienstbaarheid op zijn vroegst op 1 januari 1993 kan zijn ontstaan; zie J.A.J. Peter, ‘Erfdienstbaarheden’, art. 5:72 BW aant. 3.3.3, in: Jac. Hijma (red.), *Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer (losbl.).

9 Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 631.

10 Art. 3:108 BW; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 196.

11 HR 3 mei 1996, NJ 1996, 501 (Huizing/Stichting voor Andere Woonvormen), r.o. 6.2.1-6.2.2.

van bomen binnen de tweemeterzone kan wel de wil van de eigenaar van de bomen worden afgeleid de bomen in strijd met art. 5:42 BW ter plaatse te hebben, maar niet dat van bezit van een erfdienstbaarheid sprake is, zo blijkt uit jurisprudentie.¹² Ook het planten van bomen binnen de ‘verboden’ afstand is niet voldoende om bezit van een erfdienstbaarheid in voornoemde zin aan te nemen.¹³

Ik begrijp dat er door Visser nooit toestemming is verleend tot het plaatsen of hebben van de vlierbomen in kwestie. Op basis van uw informatie verwacht ik niet dat u zult slagen in het bewijs dat van ‘bezit’ van een erfdienstbaarheid sprake is. Dit betekent dat de situatie zoals die tot aan het omwaaien van de bomen was, moet worden gekwalificeerd als een situatie die in strijd was met het bepaalde in art. 5:42 lid 1 BW, en die een inbreuk op het eigendomsrecht van de buurman opleverde.

Naar ik begrijp heeft Visser nooit bezwaar gemaakt tegen de aanwezigheid van de vlierbomen, die er zeker veertig jaar hebben gestaan. Dit betekent dat Visser geen verwijdering van de bomen meer kon vorderen. Zijn vordering was verjaard, zodat hij de bomen moest dulden.

2 VRAAG 1: VERGOEDING VAN DE SCHADE AAN DE SCHUUR

Art. 5:44 lid 2 BW bepaalt:

‘Degene op wiens erf wortels van een ander erf doorschieten, mag deze voor zover ze doorgeschoten zijn weghakken en zich toeëigenen.’

De eigenaar van het buurerf mag de doorschietende wortels weghakken ongeacht of de bomen in kwestie zich bevinden binnen de tweemeterzone, en, indien dit het geval is, ongeacht of de eigenaar van het buurerf de aanwezigheid van de bomen krachtens verleende toestemming of een erfdienstbaarheid dient te dulden. De bevoegdheid tot het weghakken van doorschietende wortels bestaat ook indien de bomen er niet mochten staan, maar de vordering tot verwijdering van de boom binnen de tweemeterzone is verjaard.¹⁴ Het weghakrecht is echter niet volstrekt onbeperkt. Onder omstandigheden kan het gebruikmaken van de in art. 5:44 lid 2 BW neergelegde bevoegdheid *misbruik van bevoegdheid* opleveren.¹⁵ Volgens art. 3:13 BW is van misbruik van bevoegdheid onder meer sprake bij een zodanige onevenredigheid tussen het

¹² Zie HR 20 december 1901, W 1902, 7701, en, meer recent, Rb. Breda 27 juni 2005, *NJF* 2005, 309, r.o. 3.20.

¹³ Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 631.

¹⁴ C.J. van Zeben & J.W. du Pon, m.m.v. M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 5. Zakelijke rechten*, Deventer: Kluwer 1981, M.O., p. 195; Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 568.

¹⁵ Vgl. PG Boek 5, M.O., p. 195.

belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, dat de handelende naar redelijkheid niet tot uitoefening van zijn bevoegdheid had kunnen komen. Wanneer een eigenaar van een erf in een concreet geval zijn bevoegdheid tot het weghakken van wortels misbruikt, dan kan hij zich niet op art. 5:44 lid 2 BW beroepen, en is het weghakken *onrechtmatig*.¹⁶

Uit uw brief en het gesprek dat wij hadden, maak ik op dat Visser de wortels van de vlierbomen heeft verwijderd in het kader van de renovatie van zijn tuin. Hij heeft de wortels weggezaagd; zij zijn dus niet onopzettelijk bij de grondbewerking afgehakt. Het lijkt er op dat het belang dat Visser had bij verwijdering van de wortels een esthetisch belang was, en dat het feit dat wortels naar hun aard voedsel en water uit de grond onttrekken en licht wegnemen geen (belangrijke) rol speelde bij het weghakken. Door zo rigoureuus de wortels van de vlierbomen weg te hakken, schaadde hij niet alleen uw (waarschijnlijk eveneens esthetische) belang bij instandhouding van de bomen, die passen in het beeld van de wijk, maar ook en vooral uw belang dat er door het weghakken van wortels geen gevaarlijke situatie zou ontstaan. Nu de zes meter hoge bomen slechts dertig centimeter van de erfgrans stonden, had Visser behoren te weten dat een groot deel van de wortels zich in zijn grond bevond, en dat rigoureuus wegzagen van de wortels dus consequenties zou hebben voor de verankering van de bomen in de grond, en daarmee ook voor de stabiliteit en levensvatbaarheid van de boom. Naar mijn mening is dan ook goed denkbaar dat de rechter in een eventuele procedure zou oordelen dat Visser zijn weghakbevoegdheid heeft misbruikt, en onrechtmatig heeft gehandeld. Ook aan het vereiste van toerekenbaarheid is voldaan. Ervan uitgaande, dat het weghakken van de wortels causaal is geweest voor het omvallen van de bomen tijdens de storm, is Visser aansprakelijk voor de schade aan de schuur

Of Visser, er van uitgaande dat hij aansprakelijk is voor de schade aan de schuur, verplicht is de gehele schade aan de schuur te vergoeden, kan ik niet zeggen. Het feit dat Visser door het weghakken van de wortels een gevaarlijke situatie heeft gecreëerd pleit voor een ruime toerekening.¹⁷ Relevant is ook of u wist dat de vlierbomen hun wortels goeddeels waren kwijtgeraakt. In dat geval had u voorzorgsmaatregelen moeten nemen om te voorkomen dat de bomen zouden omwaaien, en komt een deel van de schade voor uw eigen rekening. Er is dan sprake van 'eigen schuld' in de zin van art. 6:101 BW.

3 VRAAG 2: HERPLAATSING VAN VLIERBOMEN

U wilt op de plaats van de oorspronkelijke vlierbomen nieuwe bomen terugplanten, en de kosten hiervan op Visser verhalen. Dit voornemen gaat uit van

¹⁶ Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 44.

¹⁷ Zie art. 6:98 BW.

de veronderstelling dat u gerechtigd bent op de bewuste plek nieuwe bomen te planten. Dit is echter niet het geval. In § 1 concludeerde ik dat de aanwezigheid van de bomen binnen de tweemeterzone een onrechtmatige toestand vormde, maar dat Visser daar niets meer tegen kon ondernemen, nu zijn vordering tot verwijdering van de bomen inmiddels was verjaard.

Indien u voor de oude vlierbomen nieuwe zou terugplaatsen, zou een nieuwe onrechtmatige toestand ontstaan. Er zou daarmee een nieuwe verjaringstermijn gaan lopen, waarbinnen Visser in beginsel met succes verwijdering van de bomen zou kunnen vorderen.¹⁸ Het is de vraag of het feit dat de oorspronkelijke vlierbomen tengevolge van het onrechtmatig weghakken van de wortels door Visser verloren zijn gegaan, meebrengt dat Visser zich niet tegen de aanwezigheid van nieuwe bomen kan verzetten. Ik vraag mij ten eerste af of dit zo is; in de jurisprudentie vind ik voor deze stelling geen directe aanknopingspunten.¹⁹ Van belang hierbij is, dat Visser niet beoogd heeft de bomen door zijn handelen te doden om zo te bereiken dat, hoewel hij niet meer in rechte verwijdering ervan kon vorderen, de bomen toch zouden verdwijnen.

Ervan uitgaande dat het niet geoorloofd is op de bewuste plek nieuwe bomen te planten, en Visser niet gehouden is nieuw geplante bomen te dulden, is het verhalen van de kosten, gemoeid met het herplanten van bomen niet aan de orde.

4 CONCLUSIE

Samenvattend ben ik van mening dat u waarschijnlijk de schade aan de schuur geheel of gedeeltelijk op Visser kunt verhalen. Nu het herplanten van bomen op de plek waar de oorspronkelijke bomen stonden in strijd is met art. 5:42 BW, acht ik het niet mogelijk de kosten daarvan op Visser te verhalen.

Uiteraard ben ik graag bereid mijn advies nog eens met u door te spreken.

Met vriendelijke groet,

J.A.J. Peter

(Aantal woorden: 1756)

18 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 631.

19 Zie voor een – met deze casus onvergelykbaar – geval waarin de rechter oordeelde dat de redelijkheid en billijkheid (die in het burenrecht niet rechtstreeks van toepassing zijn) in de weg stonden aan toewijzing van een vordering tot verwijdering van bomen binnen de tweemeterzone Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1993, *NJ* 1994, 201.

C O M M E N T A A R

Hoe een ogenschijnlijk eenvoudige burenkwestie aanleiding kan geven tot grondige bespiegelingen met een uitvoerig notenapparaat! Hieronder volgt een commentaar met wat discussiepunten die slechts zijn ingegeven door een gebrek aan feitelijke gegevens in de casus.

1 BOMEN BINNEN DE TWEEMETERZONE EN ERFDIENSTBAARHEID

Je schrijft in § 1 dat het bezit van een erfdienstbaarheid niet snel wordt aangenomen. Er moeten feiten en omstandigheden zijn, waaruit naar verkeersopvatting een wil tot uitoefening van een erfdienstbaarheid kan worden afgeleid. De jurisprudentie van de Hoge Raad (je verwijst naar HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 501) geeft in dit verband nogal abstracte aanknopingspunten. Wellicht is het geven van water, het jaarlijks bijsnoeien van de bomen en het plaatsen van een zitje onder de schaduw van de takken voldoende om in dit geval van bezit van een erfdienstbaarheid te kunnen spreken. In ieder geval zal het zo zijn, zoals je constateert, dat de vordering van Visser om de onrechtmatige toestand op te heffen, is verjaard. Overgangsrechtelijke perikelen zijn gelukkig niet aan de orde. Omdat de bomen zijn omgewaaid, speelt het bezit van de erfdienstbaarheid in de context van de extinctieve verjaring verder geen rol meer. Geheel terzijde merk ik op dat de uitwerking van de casus een andere invalshoek had kunnen hebben: de Gemeente kan hoogte en afstand van de bomen bij plaatselijke verordening hebben toegestaan (art. 5:42 lid 2 BW). Er waren nog wat andere bomen in de wijk die vergelijkbaar in omvang, hoogte en ligging waren; misschien mocht dat? Makhuijsen moet dit eerst maar even uitzoeken.

2 WEGHAKKEN VAN WORTELS EN SCHADE AAN DE SCHUUR

Over de vraag of Visser van zijn bevoegdheid om wortels weg te halen (art. 5:44 lid 2 BW) misbruik heeft gemaakt, kun je van mening verschillen. Veel zal afhangen van de feitelijke situatie ter plaatse. Bij een renovatie van de tuin, kunnen die wortels aardig in de weg zitten. Niet duidelijk is of hij alle wortels in zijn grond heeft weggezaagd, of maar een deel (je laat het wijselijk in het midden en spreekt van 'goeddeels'). Ook de vraag naar de eigen schuld van Makhuijsen valt niet zo maar te beantwoorden: moest Makhuijsen rekening houden met een zware (lees: wellicht ongebruikelijke) najaarsstorm? Van begin 2009 tot oktober 2009 zijn de bomen in ieder geval overeind gebleven. Geen discussie lijkt mogelijk over de vraag of Makhuijsen wederom hoge vlierbomen mag plaatsen: nee. Makhuijsen moet zich houden aan de eisen van het buren-

recht; hij heeft geen recht op herstel in de oude toestand. Het onrechtmatig handelen van Visser heeft zich vertaald in een vordering tot schadevergoeding (zie Hof Amsterdam 12 januari 2010, *LJN* BN1308).¹

Makhuijsen zal nog wel met je de schadeposten willen doornemen. Hij wil eigenlijk een grotere schuur neerzetten. Hoe Visser hier letterlijk en figuurlijk tegen aankijkt? Daarover gaat een volgende practicumopdracht.

1 Publicatie op <www.rechtspraak.nl> na het afronden van dit commentaar.

8 | Een Amsterdams project

Van: M.E. Odink
Aan: F.C.E. Schoordijk
Vorm: Advies aan cliënt

OPDRACHT

U bent werkzaam als kandidaat-notaris, en samen met de notaris betrokken bij een groot project in Amsterdam-Nieuw West. In 2007 zijn de westelijke tuinsteden, zoals Amsterdam-Nieuw West, ofwel het gedeelte van de stad ten westen van de A 10, wordt aangeduid, door minister Vogelaar aangewezen als 'krachtwijk'. Mede in dat kader heeft een consortium plannen ontwikkeld voor de realisatie van vier torens, die niet alleen woningen maar ook bedrijfsruimtes zullen bevatten. Onder de vier torens zal ook een (ondergrondse) parkeergarage worden aangelegd.

Het consortium bestaat uit een projectontwikkelaar, een aannemer en drie woningcorporaties.

Het project loopt al enige tijd en tussen de projectontwikkelaar (mede namens de aannemer en de drie woningcorporaties), de gemeente Amsterdam en de notaris zijn besprekingen geweest hoe het project juridisch vorm te geven.

De projectontwikkelaar wil van u een memo dat in ieder geval de volgende onderdelen bevat:

- een samenvatting van het dossier, met omschrijving van de juridische structuur;
- een tekstvoorstel voor de toedeling van parkeerplaatsen ten behoeve van minder-valide bewoners;
- een voorstel voor de juridische probleempunten die zijn gerezen ter zake van de goederenrechtelijke status van de warmte/koude-opslag-installatie.

UITWERKING

1 INLEIDING

- Het project zal na realisatie bestaan uit vier bovengrondse torens (toren 1, 2, 3 en 4) alsmede een ondergrondse parkeergarage.
- In de onderste bouwlaag (kelder) zal na gehele realisatie een parkeergarage gesitueerd zijn ten behoeve van de bewoners/bezoekers van de vier torens. Tevens zal in de parkeergarage een warmte/koude-opslag-installatie (hierna: WKO) worden gerealiseerd, die uiteindelijk een voorziening zal bieden voor alle vier torens. Tot slot vindt men ook de bergingen en fietsenstalling in de kelder.
- De gemeente heeft als eis gesteld dat het gebied tussen de vier torens als openbaar gebied ingericht zal worden, van welk gebied de eigendom bij de gemeente blijft.
- De projectontwikkelaar heeft de gemeente verzocht om over te gaan tot uitgifte in erfpacht van de grond behorende bij torens 1 en 2 en het 2/3-de deel van de parkeergarage; de grond behorende bij de torens 3 en 4 en het restant van de parkeergarage zullen pas in de tweede fase worden uitgegeven.
- In de eerste fase zullen in één bouwstroom de torens 1 en 2 worden gerealiseerd en het 2/3-de deel van de parkeergarage.
- Teneinde de torens, dan wel onderdelen daarvan, afzonderlijk over te dragen, is het noodzakelijk om te komen tot één of meerdere splitsingen in appartementsrechten.
- Inmiddels is gebleken dat het technisch niet haalbaar is torens 3 en 4 al te betrekken in dezelfde splitsing als torens 1 en 2, met name omdat voor de splitsingstekening dan ook de contouren van de torens 3 en 4 zouden moeten worden ingetekend, terwijl de ontwerpen voor deze torens nog niet definitief zijn.
- Het streven is de uitgifte en splitsing van torens 1 en 2 zodanig te realiseren (uiteraard met inachtneming van bovenstaande uitgangspunten) dat bij de toekomstige uitgifte van de torens 3 en 4 en het restant van de parkeergarage geen wijziging in of opheffing van de alsdan bestaande splitsing nodig zal zijn, immers, de afhankelijkheid van medewerking van het merendeel van de appartementseigenaren en de hypothecaire financiers is ongewenst.
- Verder bleek tijdens de laatste bespreking met de gemeente dat het noodzakelijk is dat de gemeente als huidige eigenaar de grond, bestemd voor torens 1 en 2 met ondergelegen parkeergarage, zal splitsen en vervolgens de alsdan ontstane appartementsrechten zal uitgeven in erfpacht, aangezien in toren 2 zowel sociale huurwoningen worden gerealiseerd als koopwoningen en bedrijfsruimten. Voor de sociale huurwoningen, waartoe de woning-

corporaties gerechtigd zullen worden, zullen de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht voor woningcorporaties 1998 (hierna: AB 1998) van toepassing zijn, terwijl voor de overige delen de Algemene Bepalingen voor voortdurende erfpacht 2000 (hierna: AB 2000) van toepassing zullen zijn.¹ Nu de gemeente geen twee verschillende erfpacht-regimes van toepassing kan verklaren op één uitgifte, zal er dus eerst gesplitst moeten worden in appartementsrechten.

- Iedere parkeerplaats die in de kelder wordt gerealiseerd, zal een afzonderlijk appartementsrecht vormen, zodat eigenaren van woonappartementen separaat een parkeerplaats kunnen verwerven. Als onderdeel van de bouw van de parkeergarage zullen in de eerste fase 5 grotere parkeerplaatsen worden aangelegd, die bestemd zijn voor minder-validen, zgn. 'miva-plaatsen'.

2 VOORSTEL

Inmiddels is het volgende voorstel met de gemeente besproken, waarvan hierna een uitwerking volgt:

- A hoofdsplitsing door gemeente;
- B uitgifte in erfpacht van de respectieve appartementsrechten;
- C ondersplitsing(en) door erfpachter, met toestemming van gemeente;
- D samenhang tussen eerste en tweede fase;
- E techniek;
- F beheer.

A *Hoofdsplitsing door gemeente*

De gemeente zal als grondeigenaar de in de eerste fase te realiseren parkeergarage en torens 1 en 2 'op tekening' splitsen,² zijnde de hoofdsplitsing. Tengevolge van die splitsing zullen 7 appartementsrechten ontstaan:

- A1 parkeren in de ondergrondse parkeergarage;
- A2 koopwoningen en bergingen toren 1;
- A3 (niet) commerciële voorzieningen toren 1;
- A4 koopwoningen en bergingen toren 2;
- A5 (niet) commerciële voorzieningen toren 2;
- A6 warmte/koude-opslag-installatie (WKO);
- A7 sociale huurwoningen en fietsenstalling toren 2.

1 Onder meer te raadplegen via <www.erfpacht.amsterdam.nl> (erfpachtcontract, algemene bepalingen).

2 Ex art. 5:107 BW.

In de hoofdsplitsing zal het modelreglement van de KNB uit 2006³ van toepassing worden verklaard, waarbij verder gebouw-specifieke bepalingen zullen worden toegevoegd. Meest praktisch is het om voor de breukdelen⁴ uit te gaan van het bruto-vloer-oppervlak, mede ook gezien het beheer van de vier torens. We zullen verder nog overleggen welke onderhoudskosten aan het gehele complex, dan wel aan een toren of een appartementsrecht dienen te worden gealloceerd.⁵ Ook zal in die discussie aan de orde komen wat al dan niet tot de gemeenschappelijke onderdelen van het gebouw behoort. Voorts zal de stemverhouding binnen de hoofd-VvE en de respectieve onder-VvE's bepaald dienen te worden.⁶

B Uitgifte in erfpacht van een appartementsrecht⁷

Het appartementsrecht rechtgevend op de sociale huurwoningen (A7) zal vervolgens door de gemeente in erfpacht worden uitgegeven aan de 3 woningcorporaties, met toepassing van de AB 1998. De overige appartementsrechten zullen door de gemeente in erfpacht worden uitgegeven aan het consortium, met toepassing van de AB 2000. In de aktes van uitgifte in erfpacht zullen ook de bijzondere erfpachtvoorwaarden worden opgenomen.

C Ondersplitsing(en) door erfpachter, met toestemming van gemeente⁸

Nadat de uitgifte in erfpacht heeft plaats gehad, kunnen de respectieve erfpachtrechten van de (hoofd)appartementsrechten (eventueel met uitzondering van het appartementsrecht rechtgevend op de sociale huurwoningen, omdat deze nu niet voor verkoop bedoeld zijn) worden ondergesplitst in de afzonderlijke voor verkoop bedoelde appartementsrechten.⁹

Ook bij iedere ondersplitsing zal het modelreglement van de KNB uit 2006, zoals geschreven voor ondersplitsingen, van toepassing zijn, met inachtneming

3 Onder meer te raadplegen via <www.notaris.nl> (privézaken, woning kopen, appartementsrechten).

4 Art. 5:113 lid 1 BW.

5 De uitwerking in het splitsingsreglement van art. 5:113 lid 2 BW luistert nauw. Voor de laatste jurisprudentie hierover verwijs ik naar het commentaar bij dit artikel in De Groene Serie Privaatrecht, van de hand van R.F.H. Mertens.

6 Voor vraagstukken die rijzen bij de splitsing van grote multifunctionele gebouwen zie onder meer A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Ars Notariatus 120, 2009, par. 10.20.

7 Uit de art. 3:96 jo. 3:98 BW volgt dat, nu erfpacht op een onroerende zaak kan worden gevestigd, dit ook kan op een *aandeel* van een zodanige zaak.

8 De erfpachter moet toestemming vragen van de gemeente ex art. 5:106 lid 7 BW, op straffe van relatieve nietigheid. Zie Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2006, nr. 713.

9 Ex art. 5:106 lid 2 BW. Sinds de Wet van 19 februari 2005 tot wijziging van titel 5.9 (Appartementsrechten) van het Burgerlijk Wetboek (*Stb.* 160), in werking getreden op 1 mei 2005, is buiten discussie dat ook een erfpachtrecht gesplitst kan worden in appartementsrechten.

van de bepalingen uit de hoofdsplitsing.¹⁰ In iedere akte van ondersplitsing zal ook de canon verdeeld worden over alle appartementen.¹¹ Dit heeft onder meer tot gevolg dat iedere eigenaar zelf kan besluiten om de canon al dan niet af te kopen, dan wel voor kortere of langere tijd vast te zetten.

Speciale aandacht bij de ondersplitsing van de parkeergarage hebben de miva-plaatsen. Men denke aan een eigenaar van een appartementsrecht, die op enig moment minder-valide is geworden en toch in dit complex wil blijven wonen en parkeren; het kan dan wenselijk zijn om aan hem een grotere parkeerplaats toe te wijzen, hoewel hij eigenaar is van een gewone parkeerplaats.

De oplossing is gelegen in een aanvullend artikel in de splitsingsakte, bijvoorbeeld luidend als volgt:¹²

Artikel 35a

Ten aanzien van de minder-validen-plaatsen (op de tekening aangeduid met miva-plaatsen), zijnde de appartementsrechten met indexnummers *, *, *, * en *, geldt dat een eigenaar verplicht is zijn privé-gedeelte in gebruik te geven aan een andere eigenaar of gebruiker, indien en zodra het bestuur of de beheerder hem zulks verzoekt met het oog op het gebruik van de stallingplaats door een minder-valide eigenaar of gebruiker, mits:

- de eigenaar en/of gebruiker zelf niet minder-valide is, én
- de auto van de betreffende eigenaar en/of gebruiker geplaatst kan worden op de stallingplaats van de minder-valide eigenaar en/of gebruiker.

Daarnaast dient aan artikel 25 van het modelreglement te worden toegevoegd dat de betreffende appartementsrechten in het bijzonder zijn bestemd om te worden gebruikt door minder-validen, zulks met inachtneming van het bovengeciteerde artikel 35a.

D Samenhang tussen eerste en tweede fase

Voor torens 3 en 4, die in de tweede fase gerealiseerd zullen worden, zal een gelijke aanpak gelden. De splitsing en de uitgifte zullen op dezelfde wijze

10 In het preadvies voor de KNB uit 1997 'Naar een vernieuwd appartementsrecht' was een eerste voorstel voor een modelreglement van ondersplitsing opgenomen, zoals eerder gepubliceerd in Asser-Mijnssen-Davids-Van Velten 1996.

11 Ex art. 5:115 lid 1 BW. Op grond van het tweede lid van dit artikel is de VvE hoofdelijk aansprakelijk voor eventuele achterstallige canon, die door een appartementseigenaar is verschuldigd, wat ik merkwaardig vind.

12 Dit tekstvoorstel is geënt op het systeem van de 'floating spaces', d.w.z. een ondergrondse parkeergarage waar de bestuurder niet naar binnen gaat, maar waar een computergestuurde lift de auto naar beneden brengt en weer naar boven haalt, zodat de ondergrondse ruimte optimaal benut kan worden. Hierover meer bij A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Ars Notariatus 120, 2009, par. 10.14. De achtergrond hiervan is gelegen in het feit dat een appartementsrecht ook een vorm van gemeenschap is. Zie uitdrukkelijk ook de MvT bij de eerder genoemde wet van 19 februari 2005 (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 3, p. 3, bij artikel 5:106 BW).

geschieden, met dien verstande dat in toren 3 geen afzonderlijk appartementsrecht behoeft te worden gecreëerd voor sociale huurwoningen, maar in toren 4 wel.

Het bovenstaande heeft als gevolg dat er na realisatie van het gehele project twee 'hoofd' VvE's zullen ontstaan en een nog nader te bepalen aantal 'onder' VvE's.

Dat brengt met zich mee dat op twee gebieden de onderlinge (juridische) verbinding zal moeten worden gelegd, te weten op het gebied van de techniek, zoals installaties waaronder de WKO (waarover hierna meer onder E) en op het gebied van het beheer van de vier torens en de parkeergarage (waarover hierna meer onder F).

E Techniek

De WKO installatie zal in de hoofdsplitsing een afzonderlijk appartementsrecht vormen, omdat deze installatie in eigendom dient toe te komen aan de exploitant van de WKO. De leidingen behorende bij de WKO zullen door natrekking eigendom zijn en blijven van de eigenaar van het WKO-appartementsrecht.¹³

Aan de exploitant van de WKO zal door de projectontwikkelaar een recht van ondererfpacht worden uitgegeven ten aanzien van dit appartementsrecht. Normaliter zou aan de exploitant een opstalrecht worden verleend, maar dit is – gezien de structuur van het gebouw – niet mogelijk.¹⁴

Alle appartementseigenaren krijgen in de splitsingsakte de verplichting opgelegd dat zij gehouden zijn gebruik te maken van de WKO en de diensten van de exploitant. Daarnaast zal de exploitant nog separate overeenkomsten sluiten met alle appartementseigenaren/gebruikers.

In de beide (hoofd)splitsingsaktes zullen verder diverse regelingen moeten worden opgenomen ten aanzien van de techniek:

1. Voor het gehele project is een gezamenlijk leidingtracé. De invoer vindt plaats bij de torens 2 en 4 en vanuit deze torens doorvoer naar respectievelijk torens 1 en 3. Het voorstel is om toch voor de leidingen een ruime

13 Uitgebreid E.H.P. Brans & W.G. Huijgen, 'Koude-warmte opslag; de eigendom van bodem-energie en de (on)mogelijkheid van exploitatie', *NTBR* 2009, p. 93-99.

14 Art. 5:93 lid 1 BW maakt het mogelijk om een erfpachtrecht in ondererfpacht uit te geven; de wet spreekt echter niet over het vestigen van een opstalrecht door de erfpachter. In de literatuur wordt dit zgn. 'stapelverbod' wel aangevallen, met name door H.W. Heyman (zie onder meer 'Het mysterie van het eigendomsrecht van de opstaller', in: *2000 jaar eigendom en beperkte rechten*, Pleysier-bundel, Deventer: Kluwer 2005, p. 23) en in de dissertaties van Th.F. de Jong (*De structuur van het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2006) en T.H.D. Struycken (*De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007). De discussie is uitgebreid beschreven door A. Slaski in 'Stapelning van beperkte rechten op onroerende zaken', *WPNR* 6789 (2009), die betoogt dat er ook argumenten zijn op grond waarvan de conclusie kan worden getrokken dat stapeling van Boek 5-rechten wel mogelijk is. Zie ook de commentaren in De Groene Serie Privaatrecht bij art. 5:93 BW en 5:104 BW.

erfdienstbaarheid te vestigen. Mocht in de toekomst blijken dat er meer leidingen lopen tussen torens 1 en 2 en torens 3 en 4 dan is daar al in voorzien.

2. In de parkeergarage zal na realisatie van het hele project een erfdienstbaarheid nodig zijn die de toegang regelt van het gedeelte onder torens 1 en 2 naar het gedeelte onder torens 3 en 4 en vice versa.
3. De muur die bij de eerste bouwphase de begrenzing vormt van het eerste gedeelte van de parkeergarage, zal na realisatie van het gehele project van rechtswege mandelig zijn. De kosten van onderhoud en herstel van die muur zullen in principe gelijkmatig verdeeld worden tussen torens 1 en 2 enerzijds en torens 3 en 4 anderzijds.¹⁵
4. Voor wat betreft de vluchtwegen zal ook een erfdienstbaarheid nodig zijn, zodat de vluchtwegen tussen de torens 1 en 2 en torens 3 en 4 in geval van nood ook gebruikt kunnen worden.

F Beheer

Het uitgangspunt is dat uiteindelijk de vier torens een gelijkwaardige en goede uitstraling dienen te behouden. Het is mitsdien van belang dat ook in de toekomst een juridische verbinding zal zijn tussen het beheer van torens 1 en 2 enerzijds en torens 3 en 4 anderzijds, hetgeen ook dient te gelden voor het beheer van de gehele parkeergarage.

Nu het voorstel is twee hoofdsplittingsen te bewerkstelligen is het gewenst om voor hoofdzaken ten aanzien van het beheer van de vier torens en de parkeergarage een beheerder aan te wijzen. Daartoe zou dan een Beheervereniging kunnen worden opgericht, die tot doelstelling heeft (kort omschreven) een uniform beheer van de vier torens en de parkeergarage (parkeerplaatsen) en wellicht ook het sluiten van de overeenkomsten met betrekking tot de WKO (dus in plaats van de beide hoofd-VvE's). Het allerbelangrijkste zal zijn dat bepaalde bevoegdheden van de hoofd-VvE verlegd zullen worden naar de Beheervereniging, zoals de toestemming voor het aanbrengen van veranderingen aan de buitenzijde van een van de vier torens.

Een appartementseigenaar zal tevens verplicht worden lid te zijn en blijven van een andere vereniging, in casu de Beheervereniging.¹⁶ Door alle appartementseigenaren in de hoofd- dan wel ondersplitsing verplicht lid te laten zijn

15 Er is sprake van mandeligheid ex lege (art. 5:62 lid 2 BW). Op grond van art. 3:166 lid 2 BW zullen in het algemeen de kosten gelijk verdeeld worden. Zie uitgebreid J.G. Gräler, *Mandeligheid*, *Ars Notariatus* 121, 2003, p. 271.

16 Art. 5:112 lid 3 BW maakt dit wettelijk mogelijk. Te denken valt bijv. ook aan een winkeliersvereniging. Aangezien een dergelijk lidmaatschap kwalitatief is, is het onopzegbaar; zie Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008, nr. 432. Over deze materie verder onder meer H.D. Ploeger, 'Collectief beheer van vastgoed', in: I. Brand e.a. (red.), *Gemeenschap*, BWKJ 2002, Deventer: Kluwer 2002, p. 66.

van de Beheervereniging, zal ook voor de toekomst de verbinding tussen de beide splitsingen en het beheer van de torens gewaarborgd zijn.

3 CONCLUSIE

Hoewel het hierboven omschreven voorstel niet tot resultaat heeft dat het gehele project in één splitsing zal worden betrokken, is het gezien de huidige stand van zaken de *second best* oplossing die tezamen met een aantal extra regelingen (erfdienstbaarheden en een Beheervereniging) in praktische zin toch tot resultaat heeft dat het hele project beheerd zal worden als ware het één gebouw. Daarbij zal met het voorstel geen afhankelijkheid ontstaan van de toestemming van toekomstige (particuliere) eigenaren en hun hypotheekhouders.

(Aantal woorden: 1911)

C O M M E N T A A R

De opdracht was, mede gezien de beperkte omvang, om een memo aan de cliënt te schrijven, die al bij de zaak betrokken is; een dergelijk memo dient zo min mogelijk jargon te bevatten, en eigenlijk ook niet de thans vermelde notenapparatuur, die omwille van publicatie in deze jaarkrant is toegevoegd. Als het memo aan de notaris was gericht, zou ik bij woorden als 'eigenaar van een appartement' onmiddellijk het rode potlood hanteren, omdat iedere kandidaat-notaris weet dat je slechts gerechtigd kunt zijn tot een appartementsrecht.

Deze casus, ontleend aan de dagelijkse praktijk, biedt eindeloos stof om over uit te wijden. Zo zou je ook kunnen schrijven over de afwegingen, die uiteindelijk geleid hebben tot de gekozen structuur. Als de casus zich elders had afgespeeld, en er derhalve géén sprake was geweest van erfpacht, was de opzet mogelijk een andere geweest, en zou wellicht gekozen zijn voor een opstalrecht van de parkeergarage, welk opstalrecht daarna weer gesplitst zou worden in appartementsrechten.¹

Interessant zijn ook diverse vragen die rijzen nu een WKO wordt geïnstalleerd in het complex. Niet alleen eigendomsvragen en vragen van natrekking, maar ook hoe een individuele eigenaar verplicht kan worden om een contract aan te gaan met de exploitant van de WKO. Terecht wijs je kort op het feit dat voor deze WKO, evenals voor andere trafo-ruimtes in een dergelijk complex, geldt dat de WKO-exploitant (zoals dat ook voor bijvoorbeeld Nuon of Eneco geldt) eigenlijk een opstalrecht wil hebben voor de aan te leggen installatie. Nu in de literatuur zoveel discussie is of het wel mogelijk is om een opstalrecht op een erfpachtrecht te vestigen, zal een notaris vaak het zekere voor het onzekere nemen en als quasi-werkbaar alternatief een onder-erfpacht adviseren, hoezeer een opstalrecht meer op de weg zou liggen, waar het toch vooral gaat om de installatie, en veel minder om de ruimte waarin die installatie is gelegen. De praktijk zou ermee gebaat zijn als de wet op dit punt verduidelijkt wordt.

De inrichting van de beheervereniging is weer een chapter apart: wil je 400 personen voor een vergadering van de beheervereniging uitnodigen, of zou het toch gewenster zijn om alleen de bestuurders van de onder-VvE's uit te nodigen, die dan een stem kunnen uitbrengen namens individuele leden? Kies je voor het laatste, dan dient ook een getrappt stemrecht in de statuten van de beheervereniging te worden opgenomen, met een vergelijkbare regeling in de statuten van de betreffende VvE's.

Hoewel de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting en/of omzetbelasting vaak bepalend is voor de keuze van de structuur, speelt dat hier geen rol,

1 Boeiend is de beschrijving van A.A. van Velten, 'Privaatrechtelijke vormgeving van gebouwen op de Amsterdamse Zuidas', *TBR* 2010, p. 889-901. Hij gaat ook in op de beoogde aanpak van de infrastructuur die verdere realisering moet faciliteren.

omdat er nog gebouwd moet worden. Overigens dienen notariële juristen die materie volledig onder de knie te hebben, willen ze goed kunnen meedraaien in de praktijk.

Tot slot: het is wel bijzonder voor juristen, die in Amsterdam respectievelijk Utrecht zijn opgeleid, om mee te werken aan de Leidse BW-jaarkrant. Zo blijkt maar weer dat het recht, evenals de sport, barrières kan slechten.

9 | De rode schoentjes

Van: J.M. Smits
Aan: J.R. van Angeren
Vorm: Advies aan cliënt

OPDRACHT

U werkt sinds kort bij een hoofdstedelijk advocatenkantoor. Tot u wendt zich cliënte De Rode Schoentjes BV ('RS'). RS heeft op 5 mei 2010 een huurovereenkomst gesloten met De Hapjeswinkel BV ('De Hapjeswinkel'). De Hapjeswinkel zal een broodjeszaak exploiteren vanuit de gehuurde locatie. De huurovereenkomst treedt in werking op 1 augustus 2010 en eindigt tien jaar later op 31 juli 2020. Na die periode wordt de huurovereenkomst verlengd met huurperioden van telkens vijf jaar. Zowel RS als De Hapjeswinkel kunnen de huurovereenkomst tegen het einde van een bepaalde periode opzeggen, met een opzegtermijn van 12 maanden.

De gehuurde locatie ligt in Kaatsheuvel in het winkelcentrum Holle Bolle Gijs. In het bestemmingsplan dat geldt in het winkelcentrum is bepaald dat het volgende gebruik is toegestaan: detailhandel, woondoeleinden en onderwijsinstellingen.

RS en de Hapjeswinkel hebben met elkaar afgesproken dat de winkel uiterlijk op 1 december 2010 geopend zal worden voor consumenten. De gehuurde locatie is een kale bedrijfsruimte en bouwkundig niet geschikt om als broodjeszaak dienst te doen. De Hapjeswinkel was hiermee bekend voordat zij de huurovereenkomst met RS sloot. De Hapjeswinkel zal dan ook een behoorlijk aantal bouwkundige wijzigingen moeten aanbrengen in de gehuurde locatie voordat de winkel voldoet aan de eisen van de Hapjeswinkel en voor consumenten kan worden geopend.

Omdat het voor de Hapjeswinkel van groot belang is dat zij de door haar gewenste bouwkundige wijzigingen aan de winkel mag realiseren, komt zij met RS overeen dat de huurovereenkomst wordt gesloten onder de ontbindende voorwaarde dat De Hapjeswinkel uiterlijk op 1 oktober 2010 niet de door haar benodigde bouwvergunning heeft verkregen. Uitsluitend De Hapjeswinkel kan zich beroepen op deze ontbindende voorwaarde.

Voor RS is het van groot belang dat De Hapjeswinkel uiterlijk op 1 december 2010 de winkel opent voor consumenten. RS en De Hapjeswinkel zijn dan ook overeengekomen dat als de Hapjeswinkel niet uiterlijk op 1 december 2010 is geopend, RS de huurovereenkomst buiten rechte kan ontbinden.

RS en De Hapjeswinkel komen bovendien overeen dat als RS of De Hapjeswinkel een beroep wil doen op de ontbindende voorwaarde, dat kan door uiterlijk binnen 7 dagen na respectievelijk 1 oktober 2010 en 1 december 2010 schriftelijk de ontbinding van de huurovereenkomst in te roepen. De brief waarin de ontbinding wordt ingeroepen dient uiterlijk op de zevende dag na de genoemde termijnen te worden aangeboden aan de andere partij.

Uw cliënte wenst een bondig advies over de vraag in hoeverre de hierboven gekozen constructies juridisch mogelijk zijn. In uw advies gaat u in elk geval in op de volgende vragen:

- a. Kan met de gemeente worden overeengekomen dat De Hapjeswinkel de bouwvergunning verkrijgt?
- b. Zo nee, welke procedure moet De Hapjeswinkel dan doorlopen om een bouwvergunning te verkrijgen? Ga er bij de beantwoording van de vraag vanuit dat de Hapjeswinkel een zogenaamde 'lichte bouwvergunning' nodig heeft.
- c. Kan De Hapjeswinkel ook een andere procedure doorlopen om deze lichte bouwvergunning te verkrijgen?
- d. Als De Hapjeswinkel niet uiterlijk op 1 oktober 2010 over de door haar benodigde vergunning beschikt, welke procedure moet De Hapjeswinkel dan doorlopen om de huurovereenkomst te ontbinden?
- e. Als De Hapjeswinkel de winkel niet opent op 1 december 2010, welke procedure moet RS dan doorlopen om de huurovereenkomst te ontbinden?

UITWERKING

(a)

U heeft mij gevraagd of met de gemeente kan worden overeengekomen dat de hapjeswinkel de bouwvergunning verkrijgt. Een dergelijke overeenkomst met een overheid, in dit geval een gemeente, wordt gekwalificeerd als een bevoegdhedenovereenkomst. Gecontracteerd wordt dan omtrent de wijze waarop de gemeente haar bevoegdheden krachtens publiekrecht moet uitoefenen. Ingevolge de arresten Kruseman¹ en Eindhoven/Staals² is een overeenkomst met een overheidsorgaan om een bepaald doel te bereiken in beginsel geoorloofd, tenzij zulks van de zijde van de overheid misbruik van bevoegdheden of een feitelijke machtspositie zou inhouden. Het contracteren omtrent het verkrijgen van een bouwvergunning is dat in beginsel niet, zij het dat de gemeente weliswaar kan overeenkomen dat zij zich zal inspannen om een bouwvergunning te verkrijgen, maar dat zij ter zake van het resultaat geen bindende afspraken kan maken. Voor het verkrijgen van een bouwvergunning moeten publiekrechtelijke procedures worden gevoerd, waarbij ook rekening moet worden gehouden met belangen van derden en niet alleen met de civielrechtelijke belangen van de gemeente.³ Uit de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State volgt dat een gemeentelijk bestuursorgaan, zoals het college van burgemeester en wethouders, niet gebonden is aan door derden met de gemeente gemaakte afspraken.⁴ De gemeente kan dus niet op voorhand overeenkomen dat zij zonder rekening te houden met de belangen van derden een vergunning verleent.

(b)

Voor de verbouw van de locatie tot een broodjeszaak, is een bouwvergunning nodig, gelet op de bouwkundige wijzigingen die u wenst door te voeren. Een aanvraag om een bouwvergunning moet worden ingediend bij het college van burgemeester en wethouders van de gemeente, zo volgt uit artikel 40 van de Woningwet. Een bouwvergunning moet worden verleend indien deze in overeenstemming is met het bestemmingsplan; hij moet worden geweigerd indien de bouwvergunning niet in overeenstemming is met het bestemmingsplan (artikel 44 Woningwet). Gelet op de ter plaatse vigerende bestemmingen detailhandel, woondoeleinden en onderwijsinstellingen, is een broodjeszaak die valt onder de bestemming 'horeca', niet toegestaan ingevolge het vigerende plan. Dat betekent dat er een buitenplanse ontheffing zal moeten worden gevraagd (artikel 3.23 Wro). Dit is een relatief eenvoudige procedure. Op grond

1 HR 13 april 1962, *NJ* 1964, 366.

2 HR 19 januari 1968, *NJ* 1968, 166.

3 Vgl. HR 9 januari 1998, *JB* 1998, 27 (Kinderdagverblijf Snoopy; m.nt. HJS).

4 ABRvS 20 mei 2009, *LJN* BI4511.

van artikel 3.23, lid 1, van de Wet ruimtelijke ordening (Wro), juncto artikel 4.1.1, lid 1, onder i, van het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) is het mogelijk buitenplanse ontheffing te verkrijgen voor het wijzigen van het gebruik van bouwwerken, al dan niet in samenhang met inpandige bouwactiviteiten, mits de gebruikswijziging betrekking heeft op een bruto vloeroppervlakte van niet meer dan 1500 m² en het aantal woningen gelijk blijft en de gebruikswijziging plaatsvindt binnen de bebouwde kom. Ik begrijp dat de beoogde locatie in een winkelcentrum ligt, hetgeen in zijn algemeenheid binnen de bebouwde kom zou zijn, het aantal woningen gelijk blijft, zodat uitsluitend de vraag is of de gebruikswijziging betrekking heeft op een bruto-vloeroppervlakte van niet meer dan 1500 m².

(c)

Indien de procedure van de buitenplanse ontheffing niet mogelijk is, zal een bestemmingsplanwijziging, dan wel een projectbesluit nodig zijn. Met deze procedures is meer tijd gepaard dan de procedure van een bouwvergunning met een buitenplanse ontheffing. Op grond van artikel 3.24, lid 3, Wro wordt een besluit tot het nemen van een buitenplanse ontheffing voorbereid met de procedure van afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), waarbij wel geldt dat burgemeester en wethouders binnen vier weken na afloop van de termijn van terinzagelegging moeten beslissen. Het ontwerpbesluit wordt voor de duur van zes weken ter inzage gelegd, gedurende welke termijn belanghebbenden een zienswijze kunnen indienen. Nu er een beslistermijn van vier weken geldt, geldt dat binnen tien weken nadat het ontwerpbesluit ter inzage is gelegd, een buitenplanse ontheffing kan worden verkregen. Op grond van artikel 46 Woningwet wordt vervolgens beslist binnen zes weken indien het gaat om een lichte bouwvergunning en binnen twaalf weken indien het gaat om een reguliere bouwvergunning, na ontvangst van de aanvraag. Indien de procedure van een projectbesluit zou worden gevolgd, geldt dat burgemeester en wethouders binnen twaalf weken na de termijn van de terinzagelegging beslissen omtrent de vaststelling van het projectbesluit (artikel 3.11, lid 1, onder e Wro). Vermeerderd met de termijn van terinzagelegging van zes weken, zal die procedure dus in elk geval achttien weken (12 + 6) in beslag nemen.

(d)

De huurovereenkomst is in werking getreden op 1 augustus 2010 en geldt voor bepaalde tijd. Deze overeenkomst is een zogenaamde voorwaardelijke overeenkomst nu de werking van de overeenkomst afhankelijk is van een toekomstige onzekere gebeurtenis (artikel 6:21 BW). De ontbindende voorwaarde heeft betrekking op de verkrijging van de benodigde bouwvergunning door De Hapjeswinkel. Als De Hapjeswinkel niet uiterlijk 1 oktober 2010 over deze vergunning beschikt, kan zij zich beroepen op deze ontbindende voorwaarde, mits zij de vervulling van deze voorwaarde niet heeft belet (artikel 6:23 BW).

De Hapjeswinkel zal uiterlijk op de zevende dag na 1 oktober 2010, dus uiterlijk 8 oktober 2010 een brief aan RS moeten (laten) overhandigen waaruit volgt dat zij de ontbinding inroept.

Omdat De Hapjeswinkel er belang bij heeft dat deze mededeling tijdig aan RS wordt gedaan, is het aan te bevelen deze schriftelijke mededeling per aangetekende brief of per deurwaardersexploot uit te laten brengen. Deze ontbindingsverklaring heeft namelijk eerst werking als deze RS heeft bereikt (zie artikel 3:37 BW juncto artikel 6:224 BW).

(e)

Als gezegd in onderdeel D is de huurovereenkomst in werking getreden op 1 augustus 2010 en geldt deze voor bepaalde tijd. Deze huurovereenkomst heeft betrekking op een gebouwde onroerende zaak. De Hapjeswinkel zal in het gehuurde een broodjeswinkel exploiteren. Gelet op deze omstandigheden is het bijzondere huurregime van artikel 7:290 BW e.v. op deze huurovereenkomst van toepassing. Dat dit huurregime op deze huurovereenkomst van toepassing is, volgt uit artikel 7:290 lid 2 BW: a) het gehuurde betreft een gebouwde onroerende zaak die krachtens overeenkomst van huur en verhuur is bestemd voor de uitoefening van een restaurant- of cafébedrijf; en b) in de verhuurde ruimte is een voor het publiek toegankelijk lokaal voor rechtstreekse levering van roerende zaken of voor dienstverlening aanwezig. Tot de genoemde categorie bedrijven horen alle bedrijven waar gelegenheid wordt geboden aan het publiek om in of vanuit het bedrijf gekochte etenswaren en dranken ter plaatse te nuttigen.⁵

Op grond van het bepaalde in artikel 7:291 BW is het partijen niet toegestaan bepalingen overeen te komen die ten nadele van de huurder afwijken van de wettelijke bepalingen in Boek 7, titel 4, afdeling 6 BW. Als partijen desondanks een dergelijke bepaling overeenkomen, kan de huurder buitengerechtelijk de vernietiging van deze bepaling inroepen (zie artikel 7:291 lid 2 BW). De vernietiging van deze bepaling kan niet worden ingeroepen als de bepaling is goedgekeurd door de rechter (artikel 7:291 lid 2 BW). Deze goedkeuring wordt in rechte alleen gegeven als het afwijkende beding de rechten die de huurder aan Boek 7, titel 4, afdeling 6 BW ontleent niet wezenlijk aantast of diens maatschappelijke positie in vergelijk met die van de verhuurder zodanig is dat hij de bescherming van de onderhavige afdeling in redelijkheid niet behoeft (artikel 7:291 lid 3 BW).

Het overeenkomen van een ontbindende voorwaarde die ertoe leidt dat een verhuurder buiten rechte tot ontbinding van een huurovereenkomst over kan gaan, is een bepaling die ten nadele van de huurder afwijkt van de beëindigingssystematiek van artikel 7:290 BW e.v. Om die reden zal de rechterlijke goedkeuring van deze voorwaarde noodzakelijk zijn om te voorkomen dat

5 HR 23 september 1983, NJ 1984, 309 (Stenen Consumptie Kiosk).

de huurder de mogelijkheid heeft vernietiging van deze voorwaarde in te roepen.⁶

In deze kwestie is de ontbindende voorwaarde niet goedgekeurd door de rechter, hetgeen niet in de weg staat aan de oproeping van de ontbindende voorwaarde door RS. RS zal, teneinde de ontbindende voorwaarde in te kunnen roepen, uiterlijk op de zevende dag na 1 december 2010 (dus uiterlijk 8 december 2010) de schriftelijke mededeling waarin zij de buitengerechtelijke ontbinding van de huurovereenkomst inroept aan dienen te bieden aan De Hapjeswinkel. Voor het overige, zie de beantwoording ten aanzien hiervan bij vraag (d). Als RS de ontbindende voorwaarde inroept, staat het De Hapjeswinkel vrij buitengerechtelijk de vernietiging van deze voorwaarde in te roepen (artikel 3:49 BW juncto artikel 3:50 BW).

Als de vernietiging van de ontbindende voorwaarde wordt ingeroepen door De Hapjeswinkel, blijft de huurovereenkomst in stand. In dat geval rest RS uitsluitend ofwel nakoming van de huurovereenkomst af te dwingen (ex artikel 6:74 BW) dan wel, indien nakoming uitblijft en de tekortkoming dermate ernstig is dat dit de ontbinding van de huurovereenkomst rechtvaardigt, het inroepen van de ontbinding van de huurovereenkomst krachtens het bepaalde in artikel 7:231 BW. Laatstgenoemd artikel betreft de ontbinding van de huurovereenkomst in verband met een toerekenbare tekortkoming zijdens de huurder. Het inroepen van deze ontbinding door de verhuurder op deze grond kan uitsluitend in rechte plaatsvinden.

Als RS derhalve deze ontbindende voorwaarde wenst overeen te komen, zonder het risico van de vernietiging te lopen, dan is het te adviseren deze bepaling ter goedkeuring voor te leggen aan de rechter en deze goedkeuring te verkrijgen voordat de huurovereenkomst in werking treedt.

(Aantal woorden: 1481)

6 Zie M.F.A. Evers, *Huurrecht Bedrijfsruimten*, Deventer: Kluwer 2003, p. 128; H.E.M. Vrolijk, *Groene Serie Huurrecht* (losbl.), artikel 7:291 BW, aant. 13; en A. de Fouw, 'Kroniek toetsing van afwijkende bedingen', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte* 2007/6, p. 185, voetnoot 4.

C O M M E N T A A R

Bovenstaande opdracht is gegoten in het stramien dat ik zelf hanteerde als docent van het Practicum Burgerlijk recht (1993-1995) en dat ik gewend was van toen ik het vak zelf als student volgde (1989). Hoe het nu is weet ik niet, maar in die tijd was 'Prac BW' bij studenten even gevreesd als het geliefd was. Gevreesd vanwege de druk van het elke week opnieuw een opdracht in moeten leveren en de directe confrontatie met de eigen tekortkomingen. Geliefd omdat bij veel studenten het besef bestond dat pas toen, na bijna drie jaar studie, voor het eerst werd gedaan waar het in een academische studie op aan komt: niet het reproduceren van wat anderen hebben gezegd, maar het *zelf* aan de slag gaan met het juridische materiaal en daar iets eigens aan toevoegen. In dat opzicht is bovenstaande opdracht overigens niet heel representatief: het gaat hier om de eenvoudige toepassing van geldend Nederlands recht op enkele precies gedefinieerde vragen. In de meeste van mijn opdrachten werden studenten ook uitgenodigd om vergezichten te bieden (bijvoorbeeld met aandacht voor rechtsvergelijking, rechtsgeschiedenis of rechtstheorie) en hanteerde ik een ruime definitie van 'Practicum': daar konden ook adviezen aan wetgevers en beleidsmakers onder vallen.

Intussen is, met de beperkingen die de opdracht in zich draagt, bovenstaande uitwerking voorbeeldig. Dat kan ook moeilijk anders: een gevierd advocaat vragen om een advies aan een cliënt te schrijven op een terrein waarop hij bij uitstek deskundig is moet wel tot maximaal resultaat leiden.

Van: W.G. Huijgen

Aan: J.A.M.A. Sluysmans & J.J. van der Gouw

Vorm: Advies

OPDRACHT

In de gemeente Haagstate wordt voor het centraal station aldaar een terrein bouwrijp gemaakt ter voorbereiding van de bouw van een kolossaal gebouw in de vorm van een letter M. In dit gebouw zullen zowel kantoren als winkels en woningen komen. De plaatselijk bevolking spreekt van het feit dat het ontwerp de M van ‘mislukt’ symboliseert respectievelijk de M van McDonalds.

Het desbetreffende bouwterrein is decennia geleden met oude woningen bebouwd geweest en daarna heeft het als stationsplein gediend. In het terrein liggen diverse kabels en leidingen. Deze moeten worden opgeruimd c.q. verlegd worden. Eén telecomkabel is essentieel voor het centraal station omdat daarop de spoorweginfrastructuur is aangesloten. Deze kabel is ingeschreven in het elektronisch informatiesysteem als bedoeld in artikel 4 Wion. Daarnaast ligt er in het terrein een gasbuis die is ingeschreven in de openbare registers als bedoeld in artikel 3:17 lid 1 sub k BW. Tenslotte loopt er door het terrein nog een oudere elektriciteitskabel die weliswaar is ingeschreven in het informatiesysteem als bedoeld in artikel 4 Wion, maar waarvan de locatie onjuist is ingetekend.

De aannemer die in opdracht van de desbetreffende gemeente het terrein bouwrijp maakt, heeft het vorenbedoelde elektronische informatiesysteem in de zin van de Wion geraadpleegd. Desondanks wordt bij de uitvoering van de werkzaamheden, die nogal ruw plaatsvindt, zowel de telecommunicatiekabel als de gasbuis – ernstig – beschadigd. De elektriciteitskabel wordt niet beschadigd maar tot verrassing van de uitvoerder op een andere plaats aangetroffen dan hij was ingetekend in het informatiesysteem.

Ten gevolge van de beschadiging van de telecommunicatiekabel en de gasbuis ontstaat zowel schade aan kabel en buis, ieder belopende € 50.000. Aangezien door de beschadiging aan de telecommunicatiekabel de treinloop vanuit Haagstate tijdens het spitsuur ruim twee uur vertraging oploopt, lijdt de NS nog eens € 100.000 schade omdat zij talloze reizigers moet compenseren en inkomsten derft.

Vraag: schrijf een advies over de vraag in hoeverre de aannemer c.q. zijn opdrachtgever aansprakelijk is voor vorenbedoelde schade. Betrek bij uw

advies ook de vraag of de aannemer respectievelijk de opdrachtgever nog bepaalde verplichtingen heeft in verband met de elektriciteitskabel die op een andere locatie werd aangetroffen dan hij was ingetekend in het informatiesysteem.

UITWERKING

1 INLEIDING

De vraag of de aannemer en/of de opdrachtgever aansprakelijk zijn voor de graafschade – bestaande uit directe schade en gevolgschade – moet worden beantwoord aan de hand van de artikelen 6:162 en 6:171 BW. Wij zullen daartoe een drietal (sub)vragen doorlopen. In de eerste plaats analyseren wij of er sprake is van een onrechtmatige daad van de aannemer. In de tweede plaats bezien wij of er sprake is van opdrachtgeversaansprakelijkheid. In de derde plaats staan wij stil bij de vraag of de voornoemde twee schadeposten wel voor vergoeding in aanmerking komen. Conform verzoek besteden wij aandacht aan de kwestie van de discrepantie tussen de klic-gegevens en de daadwerkelijke locatie van de elektriciteitskabel. Uiteraard sluiten wij af met een conclusie.

2 ONRECHTMATIGE DAAD

Uitgangspunt is dat op degene die mechanisch grondwerk verricht (in artikel 1 aanhef en onder g Wion aangeduid als de grondroerder) een onderzoeksplicht rust ter voorkoming van schade aan ondergrondse kabels en leidingen.¹ Deze onderzoeksplicht – die in de rechtspraak al tot uitdrukking was gekomen – is inmiddels ook gecodificeerd in artikel 2 lid 3 Wion. Ter nadere invulling van de verplichting van artikel 2 lid 3 Wion is overigens door de sector de zogenaamde ‘Richtlijn zorgvuldig graafproces’ tot stand gebracht onder auspiciën van het Kabels en Leidingen Overleg en het CROW, het Kenniscentrum voor verkeer, vervoer en infrastructuur.

In het arrest *Essent/Cerfontaine* heeft het Bossche Hof geoordeeld dat deze onderzoeksplicht een beginselplicht tot het melden van grondwerkzaamheden omvat. Dat betekent dat de grondroerder in beginsel een zogenaamde klicmelding moet doen als hij gegronde redenen heeft om te veronderstellen dat er ter plaatse kabels en/of leidingen in de grond liggen.² Deze meldplicht is thans verankerd in artikel 8 lid 1 Wion, dat voorschrijft dat de graafwerkzaamheden maximaal twintig en minimaal drie dagen voor aanvang gemeld dienen te worden.³ Nu in het onderhavige geval sprake is van het bouwrijp maken van een terrein in stedelijk gebied, gelegen voor het centraal station,

1 Zie ook HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831.

2 Hof ‘s-Hertogenbosch 22 februari 2005, BR 2005, 931, r.o. 4.4.4.

3 Zie ook F.J. van Velsen, ‘Praktische en civielrechtelijke gevolgen invoering WION (Grondroerdersregeling)’, TBR 2008-138, p. 3 (elektronische editie).

moet men vermoeden dat er ter plaatse diverse leidingen en kabels liggen, zodat deze beginselplicht hier geldt.

De klic-melding wordt doorgegeven aan (aanvankelijk het Kabel- en Leiding- Informatiecentrum – het KLIC –, dat in inmiddels is opgegaan in) het Kadaster, en is gratis. Het verplicht de bij KLIC aangesloten beheerders binnen twee werkdagen met de betrokken grondroerder contact op te nemen om te berichten over eventuele kabels en leidingen ter plaatse van de graafwerkzaamheden. Daarbij moet echter worden aangemerkt dat de enkele melding aan het Kadaster de grondroerder nog niet ontslaat van zijn eigen onderzoeksplicht, zoals is bepaald in het arrest *Nacap Nederland BV/International Shellfish BV*.⁴ Die onderzoeksplicht strekt verder dan alleen het melden van de graafwerkzaamheden. Zij omvat tevens dat onderzoek wordt verricht naar de precieze ligging van kabels op de graaflocatie en dat de ontvangen gebiedsinformatie ook op locatie aanwezig is (artikel 2 leden 2 en 3 Wion), zodat de grondroerder zijn graafwerkzaamheden op zorgvuldige wijze kan uitoefenen. Laat de grondroerder een dergelijke melding na, dan is de onrechtmatigheid van zijn optreden reeds gegeven.⁵

Het doen van een klic-melding is weliswaar een noodzakelijke voorwaarde om aan de onderzoeksplicht te hebben voldaan, maar niet ook in alle gevallen een voldoende voorwaarde. Ook voor het overige moet de grondroerder blijk geven van zorgvuldig onderzoek. Zo zouden ook de openbare registers moeten worden geraadpleegd, waarin bijvoorbeeld de thans beschadigde gasbuis staat ingeschreven. Ook 'best practice' documenten zoals de CROW-richtlijn⁶ en de Aanbevelingen tot het Voorkomen van Schade aan ondergrondse Leidingen (de AVSL) worden als gedragscode algemeen aanvaard in rechtspraak en literatuur.⁷

Mochten de kabels en leidingen niet exact aanwezig zijn op de plek waar zij volgens de klic-tekeningen mochten worden verwacht, dan rust vervolgens op de grondroerder de plicht om nader feitelijk onderzoek te doen. Hij weet dat er iets in de grond zit en hij zal dus moeten proberen om die kabels en leidingen daadwerkelijk te lokaliseren. Een mogelijk verweer inzake een afwijkende ligging gaat enkel op wanneer de kabel op een geheel ander plaats ligt dan redelijkerwijs mocht worden verwacht. Een afwijking van enkele meters is daartoe onvoldoende.⁸

In het onderhavige geval heeft de grondroerder – de aannemer – weliswaar de klic-melding gedaan, maar vervolgens toch twee graafschades veroorzaakt: één aan een telecomkabel die kennelijk lag op de locatie die naar voren kwam

4 HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831.

5 Aldus bijv. Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, L/JN AF5672 inzake Essent/Ploegam.

6 Publicatie 250, te bestellen via <www.crow.nl/nl/Publicaties>.

7 Hof Arnhem 24 februari 2009, TBR 2010, 31 (*Kabelschade loonwerker*; m.nt. F.J. van Velsen) r.o. 3.5.

8 Aldus bijv. Hof Amsterdam 1 september 2005, NJF 2006, 5, BR 2006, 143 m.nt. Ploeger en Hof Arnhem 25 november 2008, L/JN BG9077.

uit de klic-melding en één aan een gasbuis die niet via de klic-melding kon worden gedetecteerd, maar wel via raadpleging van de openbare registers.

Wij zouden menen dat ten aanzien van beide beschadigingen sprake is van een onrechtmatig handelen van de aannemer. In beide gevallen geldt immers dat hij 'ruw' heeft gewerkt, waar in het geval van de gasbuis nog blijkt dat hij onvoldoende onderzoek heeft verricht door raadpleging van de openbare registers achterwege te laten hoewel hij – zeker in een stationsgebied – juist extra bedacht had moeten zijn op aanwezigheid van kabels en leidingen.

3 AANSPRAKELIJKHEID VAN OPDRACHTGEVER

Vervolgens is de vraag aan de orde of naast de aannemer ook de opdrachtgever – in dit geval: de gemeente – aansprakelijk kan worden gesteld voor de graafschade. Dat zou dan moeten gebeuren via de band van artikel 6:171 BW.

In dit geval is de opdrachtgever voor het bouwrijp maken de gemeente. Artikel 6:171 BW geldt echter niet voor situaties waarin de overheid opdrachtgever is.⁹

Hoewel de casus geen aanleiding geeft tot twijfel op dit punt merken wij volledigheidshalve op dat de gemeente als opdrachtgever wel ervoor zorg heeft te dragen dat de graafwerkzaamheden waartoe zij opdracht geeft, op zorgvuldige wijze kunnen worden verricht (artikel 2 lid 1 Wion). Zo moet zij de grondroerder voldoende tijd gunnen om te bewerkstelligen dat een zorgvuldige uitvoering gewaarborgd blijft, waarmee ook de prijs van het te verrichten werk moet overeenstemmen.¹⁰ Mocht zij in die zorgvuldigheidswaarborg tekort schieten, dan kan ook op dit punt aansprakelijkheid voortvloeien. Die aansprakelijkheid vloeit dan rechtstreeks voort uit artikel 6:162 BW.

4 DE SCHADE

Voor de directe schade aan de telecommunicatiekabel en de gasleiding geldt dat deze duidelijk een rechtstreeks causaal verband heeft met het onzorgvuldige onderzoek, respectievelijk de ruwe uitvoering door de aannemer. Deze schade zal dan ook voor vergoeding in aanmerking komen.

9 Hof Den Haag 20 mei 1999, *NJ* 2000, 77; Hof Arnhem 22 november 2005, *LJN* AU7028; Rechtbank Arnhem 29 september 2004, *NJF* 2005, 7.

10 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 30. Zie ook F.J. van Velsen, 'Praktische en civiel-rechtelijke gevolgen invoering WION (Grondroedersregeling)', *TBR* 2008-138, p. 4 (elektronische editie).

Ten aanzien van de gevolgschade bestaande uit door de NS betaalde compensatievergoeding is van belang het arrest van het Hof Arnhem van 10 maart 2010.¹¹ Het ging in deze zaak om de door een netbeheerder aan afnemers verschuldigde compensatievergoedingen als gevolg van de beschadiging van een elektriciteitskabel door graafwerkzaamheden. De vraag die voorlag was of deze compensatievergoedingen konden worden verhaald op de aannemer. De rechtbank oordeelde in eerste instantie dat dit niet het geval was en baseerde zich daarbij op een uit de Elektriciteitswet 1998 en NetCode voortvloeiende verplichting voor de netbeheerder om zijn netten zodanig te onderhouden dat stroomstoringen binnen vier uur kunnen worden opgelost. Zij oordeelde dat nu het stroomprobleem in de betreffende zaak niet binnen vier uur was opgelost, 'er in beginsel van moet worden uitgegaan dat zij (de netbeheerder) – kennelijk – haar organisatie niet voldoende adequaat had ingericht.'¹²

Het Hof Arnhem maakte korte metten met deze redenering. Het oordeelde dat het feit dat 'in de NetCode is gekozen voor een termijn van vier uur voor het verbeuren van compensatievergoedingen, naar het oordeel van het hof nog niet de gevolgtrekking toelaat dat in gevallen waarin die termijn voor herstel is overschreden, in beginsel ervan moet worden uitgegaan dat de netbeheerder niet in zijn uit de (...) Elektriciteitswet 1998 en de NetCode voortvloeiende verplichtingen om zijn netten goed te onderhouden en een adequate organisatie voor herstel op te zetten, is tekort geschoten.'¹³

Bovendien oordeelde het hof expliciet dat betaalde compensatievergoedingen als gevolg van kabelbeschadiging aan de schadeveroorzaker kunnen worden toegerekend, waarbij zij tevens als voorzienbaar moeten worden aangemerkt.¹⁴ Daarmee komt de door de NS geleden compensatieschade volgens de huidige stand van de rechtspraak in beginsel voor vergoeding in aanmerking.

5 VERKEERDE LOCATIE

Wat betreft de verkeerd ingetekende elektriciteitskabel kan nog worden opgemerkt dat, indien de ligging meer dan een meter van de tekening afwijkt, dit ingevolge art. 17 lid 1 Wion moet worden teruggemeld aan het Kadaster op straffe van een boete.¹⁵ De leidingbeheerder moet na melding van het Kadas-

11 Hof Arnhem 16 maart 2010, TBR 2010, 155 (*Stroomstoring door graafwerkzaamheden*).

12 Hof Arnhem 16 maart 2010, TBR 2010, 155 (*Stroomstoring door graafwerkzaamheden*), r.o. 4.14.

13 Ibid.

14 Idem, r.o. 4.16.

15 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 475, nr. 3, p. 24. Zie ook F.J. van Velsen, 'Praktische en civiel-rechtelijke gevolgen invoering WION (Grondroedersregeling)', TBR 2008-138, p. 5 (elektronische editie).

ter vervolgens binnen 30 dagen zijn gegevens aanpassen (art. 17 lid 3 Wion),¹⁶ omdat niet-aanpassing anders ook voor hem aansprakelijkheid kan opleveren.

6 SLOTSOM

Door ruw te werken en door tekortschietend onderzoek onderzoek naar de ligging van de gasbuis, heeft de aannemer onrechtmatig gehandeld jegens de eigenaar van de elektriciteitskabel respectievelijk die van de gasbuis. De daardoor veroorzaakte directe schade staat duidelijk in een rechtstreeks causaal verband tot het ruw werken en het tekortschietend onderzoek en komt om die reden voor vergoeding in aanmerking. De aannemer heeft eveneens onrechtmatig gehandeld jegens de NS. De aan die zijde geleden indirecte schade kan aan de aannemer worden toegerekend en was voor deze bovendien voorzienbaar. Ook die schade komt derhalve voor vergoeding in aanmerking.

De gemeente is niet aansprakelijk in haar kwaliteit van opdrachtgever. Niettemin kan zij uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor genoemde directe en indirecte schade, indien zij er onvoldoende voor heeft gezorgd dat de graafwerkzaamheden, waartoe zij opdracht heeft gegeven, op zorgvuldige wijze konden worden verricht. Daarvan is echter niet gebleken.

De aanwezigheid van de verkeerd ingetekende kabel zal moeten worden gemeld aan – en verwerkt door – het Kadaster.

(Aantal woorden: 1523)

¹⁶ Ibid.

C O M M E N T A A R

Een fraaie uitwerking van een alweer achterhaalde Haagse casus. Dit betreft zowel de opzet als de inhoud van de uitwerking van de opdracht. Een en ander verdient met name waardering omdat de opdracht op het grensgebied van civielrecht en bestuursrecht lag. Wat betreft het gegeven dat de gasbuis slechts was ingeschreven in de openbare registers als bedoeld in artikel 3:17 sub k BW vroeg ik mij nog af of zonder meer mag worden aangenomen dat de grondroerder/aannemer gehouden is, alvorens hij tot de graafwerkzaamheden overgaat, die openbare registers steeds te raadplegen. De ratio van deze openbare registers is immers een geheel andere dan die van het elektronisch informatiesysteem als bedoeld in artikel 4 Wion. Kortom, ongetwijfeld een punt om nog eens bij de practicum-borrel te bespreken.

Met vriendelijke groet,

Pim Huijgen

11 | Een binnenstedelijke herontwikkeling

Van: J.M. Hebly
Aan: M. van Pelt
Vorm: Casus

OPDRACHT

Woningcorporatie Woonzorg heeft besloten in een van de Randstedelijke 'prachtwijken' een appartementencomplex (circa 40 appartementen) (geraamde bouwsom € 8 mio) te realiseren. Om de herstructurering van de wijk een 'boost' te geven zal daartoe een oud flatgebouw worden gesloopt om ruimte vrij te maken. In het nieuwe complex wordt in overleg met de gemeente een basisschool gevestigd (geraamde bouwsom € 1,3 mio), die ook voor- en naschoolse opvang gaat bieden. Een aantal ruimten zal zogenaamde schoolappartementen betreffen (geraamde bouwsom € 2,1 mio), dat zijn schoollokalen die na de 'baby boom' eenvoudig kunnen worden omgebouwd tot appartementen. In de plint van het complex (begane grond) zijn commerciële ruimten gepland (geraamde bouwsom € 1 mio). Het geheel wordt gecompleteerd met een ondergrondse parkeergarage (geraamde bouwsom € 4,2 mio), waarbij nog onduidelijk is of deze eigendom wordt van de gemeente of van een private exploitant.

Behandel de aanbestedingsrechtelijke aandachtspunten van de hierboven beschreven casus. Waar meer mogelijkheden zijn gegeven, gaarne ieder van de opties bespreken.

UITWERKING

1 INLEIDING

De woningbouwcorporatie (de 'Corporatie') is voornemens een project te ontwikkelen. Dit project bestaat uit:

- a. appartementen à € 8 miljoen;
- b. schoolgebouw à € 1,3 miljoen;
- c. schoolappartementen à € 2,1 miljoen;
- d. commerciële ruimten à € 1 miljoen; en
- e. ondergrondse parkeergarage à € 4,2 miljoen.

De totale waarde van het project bedraagt € 16,6 miljoen.

De centrale vraag bij dit project is de vraag in hoeverre de Corporatie naar geldend recht verplicht is dit project aan te besteden. Hiertoe dient allereerst onderzocht te worden of sprake is van een overheidsopdracht voor werken, daar een aanbestedingsplicht geldt voor (onder andere) overheidsopdrachten voor werken. De overheidsopdracht voor werken wordt gedefinieerd in art. 1 sub h van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('Bao')¹ en dient te voldoen aan de volgende vereisten:

'Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer aannemers en

een of meer aanbestedende diensten is gesloten en betrekking heeft op:

1. uitvoering of het ontwerp en de uitvoering:

- van werken in het kader van een van de werkzaamheden, genoemd in bijlage 1, of

- van een werk, of

2. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet.'

In de onderhavige casus is sprake van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (over en weer zijn prestaties verschuldigd). Bovendien wordt de overeenkomst gesloten door een of meer aannemers en heeft deze betrekking op de uitvoering van werken. Het element dat meer onderzoek behoeft is de vraag of de Corporatie gekwalificeerd moet worden als aanbestedende dienst. Indien dit niet het geval is, dient onderzocht te worden of en zo ja welke onderdelen van het project desalniettemin kwalificeren als overheidsopdracht. Zodat voor deze onderdelen dan alsnog een aanbestedingsplicht bestaat, rekening houdende met de drempelwaarde. Ten slotte kom ik tot de

¹ Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *Stb.* 2005, 408.

conclusie dat de Corporatie mijns inziens aanbestedingsplichtig is voor het gehele project.

2 AANBESTEDENDE DIENST/PUBLIEKRECHTELIJKE INSTELLING

Onder een aanbestedende dienst wordt op grond van art. 1 sub r Bao verstaan de Staat, provincies, gemeenten, waterschappen en publiekrechtelijke instellingen. In art. 1 sub q Bao is de definitie van publiekrechtelijke instelling opgenomen:

‘Een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit *en* waarvan:(a) de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd;(b) het beheer onderworpen is aan toezicht door de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling; of (c) de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan, voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.’

De definitie bestaat uit drie cumulatieve elementen (doelstelling, rechtspersoonlijkheid en financiering/toezicht) waaraan voldaan dient te zijn om te kunnen spreken van een publiekrechtelijke instelling. Het derde element bevat drie alternatieve vereisten, waarbij derhalve slechts aan één van de drie genoemde vereisten dient te worden voldaan.

Het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ wordt bovendien verder ingevuld aan de hand van jurisprudentie van het Hof van Justitie EG (‘Hof’). Het algemene uitgangspunt is dat het begrip ‘gelet op de dubbele doelstelling van openstelling voor concurrentie en transparantie’ die de aanbestedingsrichtlijnen nastreven ‘een functionele en ruime uitlegging moet krijgen’.²

Voorts blijkt uit het Mannesmann-arrest³ dat aan de hand van de wettelijke bepalingen of de doelomschrijving van de statuten van een instelling moet worden nagegaan of en in welke mate deze instelling is opgericht ‘om te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard’. Zelfs als de instelling sinds de oprichting meer commerciële dan publieke taken is gaan verrichten, maar volgens de statuten nog steeds een taak van algemeen belang heeft (die niet van industriële of commerciële aard is), dan blijft de instelling een publiekrechtelijke instelling als bedoeld in het Bao.

2 E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2009, § 3.2.1.3.

3 HvJ EG 15 januari 1998, nr. C-44/96, *Jur.* 1998, p. I-00073 (*Mannesmann*).

Voor de beoordeling van het element of de instelling voorziet in behoeften van algemeen belang die al dan niet van industriële of commerciële aard zijn, zijn de arresten *Agora*⁴ en *Korhonen*⁵ van belang. Van een instelling die voorziet in behoeften van algemeen belang, die wel van industriële of commerciële aard zijn, is sprake indien de instelling:

- a. opereert onder normale marktomstandigheden, en
- b. bestuurd wordt op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, en
- c. winstoogmerk als hoofddoel heeft, en
- d. zelf de verliezen draagt die voortvloeien uit zijn activiteiten.

2.1 De Corporatie

Dit heeft tot gevolg dat indien de Corporatie als aanbestedende dienst wordt aangemerkt zij aanbestedingsplichtig is voor het gehele project. Maar indien de Corporatie niet wordt aangemerkt als publiekrechtelijke instelling en derhalve niet als aanbestedende dienst, is zij in beginsel niet aanbestedingsplichtig.

Als we dit toepassen op de onderhavige casus, lijkt het mij alleszins verdedigbaar dat de Corporatie geen publiekrechtelijke instelling is. Er wordt immers wellicht voorzien in behoeften van algemeen belang (zoals sociale woningbouw),⁶ maar de Corporatie opereert in het algemeen onder normale marktomstandigheden, heeft een winstoogmerk en draagt zelf de verliezen.⁷

2.2 De School

Dat de Corporatie niet aanbestedingsplichtig is, betekent niet automatisch dat het gehele project niet hoeft te worden aanbesteed. Ook aparte onderdelen kunnen een aanbestedingsplicht met zich meebrengen. Als we de onderdelen individualiseren, kunnen we van de appartementen en winkels wel met zekerheid zeggen dat deze een commercieel doel hebben. Bij de parkeergarage hangt het ervan af of deze privaat dan wel publiek wordt geëxploiteerd. De school is zelf als aanbestedende dienst aan te merken. Een school is een instelling met rechtspersoonlijkheid, die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële en

4 HvJ EG 10 mei 2001, nr. C-223/99 en C-260/99 (*Agora*).

5 HvJ EG 22 mei 2003, nr. C-118/01 (*Korhonen*).

6 Wat in art. 34 BAO specifiek wordt genoemd.

7 M.R. de Boer, 'Invloed van Europese regels en beleidsvoornemens op aanbesteding door woningcorporaties', *BR* 2006, 153.

commerciële aard, waarvan de activiteiten in hoofdzaak door de gemeente worden gefinancierd. Iets gecompliceerder ligt het met betrekking tot de schoolappartementen. Voor zover deze ruimtes als school gebruikt gaan worden, vallen ze onder de aanbestedingsplicht van de school. Maar als de ruimtes enkel als appartementen gebruikt worden dan zijn ze niet aanbestedingsplichtig, omdat dan hetzelfde regime geldt als bij de Corporatie. Mijns inziens moeten de ruimtes worden beschouwd als school, daar zij primair die functie zullen vervullen en pas in de toekomst – wellicht – een andere functie krijgen.

Bovenstaande leidt tot de conclusie dat de Corporatie op zichzelf niet aanbestedingsplichtig is, maar de school in beginsel wel.

3 AANBESTEDINGSPLICHT VOOR WERKEN ONDER DREMPELWAARDE

Nu vastgesteld is dat in ieder geval sprake is dat op een gedeelte van het project een aanbestedende dienst wil gaan bouwen, dient bekeken te worden wat het onderwerp van de aanbesteding is.

Het Bao is in beginsel slechts van toepassing op overheidsopdrachten die een bepaalde drempelwaarde overschrijden.⁸ Alleen overheidsopdrachten met een geraamde waarde die de toepasselijke drempelwaarde overstijgt, moeten worden aanbesteed. De drempelwaarde voor de uitvoering van werken is momenteel € 4.845.000,- (exclusief BTW).⁹

De waarden van de onderdelen school en schoolappartementen blijven samen onder de drempelwaarde, te weten € 3.400.000,-. Dit heeft in beginsel tot gevolg dat geen aanbestedingsplicht bestaat.

Echter, overheidsopdrachten die niet onder de werking van het Bao vallen moeten soms toch door middel van een oproep tot mededinging op transparante en kansgelijke wijze worden vergeven, namelijk wanneer aannemelijk is dat voor die overheidsopdrachten potentiële belangstelling bestaat bij ondernemingen uit andere lidstaten.¹⁰ Op basis van de locatie, aard en waarde van de opdracht wordt gemeten of belangstelling vanuit het buitenland bestaat.¹¹ In dit geval zal hoogstwaarschijnlijk geen belangstelling bestaan bij ondernemingen uit andere lidstaten. Hoewel de aard en de waarde weliswaar interessant kunnen zijn voor buitenlandse ondernemingen, zal de locatie (de Randstad) te ver zijn.

⁸ Art. 7 Bao.

⁹ Zie Verordening nr. 1177/2009 d.d. 30 november 2009 (*PbEU* 2009, L 314/64). De drempelwaarden worden tweejaarlijks herzien.

¹⁰ Bijv. HvJ EG 7 december 2000, nr. C-324/98 (*Telaustria*).

¹¹ HvJ EG 15 mei 2008, nr. C-147/06 (*SECAP*).

4 AANBESTEDINGSPLICHT VOOR WERKEN BOVEN DREMPELWAARDE

De situatie verandert indien de parkeergarage niet privaat, maar publiek wordt geëxploiteerd. In het laatste geval is ook de parkeergarage een overheidsopdracht en is ook dit onderdeel aanbestedingsplichtig. Als we dan de school, schoolappartementen en de parkeergarage bij elkaar optellen, komen we op een geraamde waarde van € 7.600.000,- uit, wat de drempelwaarde ruim overschrijdt.

4.1 Doorlegverplichting

Uit het Scala-arrest van Hof blijkt een zogenaamde ‘doorgelegde aanbestedingsplicht’. Grondeigendom mag naar oordeel van het Hof niet in de weg staan aan de naleving van het Europese aanbestedingsrecht.¹²

Het Hof overwoog in dit arrest dat het mogelijk is om de aanbesteding door de private grondeigenaar (in casu de Corporatie) te laten verzorgen als gevolmachtigde van de aanbestedende dienst (in casu de school).

Dit betekent kortweg dat de Corporatie op zichzelf, mijns inziens, in beginsel niet aanbestedingsplichtig is. Maar dat via de doorgelegde aanbestedingsplicht van de school, de Corporatie de aanbestedingsplicht gedelegeerd krijgt van de School.

De Corporatie moet derhalve in ieder geval, via de doorgelegde aanbestedingsplicht, de school, school/appartementen en de (publieke) parkeergarage aanbesteden.

4.2 Eén werk

Het kan zelfs zo zijn dat de Corporatie niet slechts gehouden is de publieke onderdelen aan te besteden, maar dat zij het gehele project moet aanbesteden.

Uit het arrest *Auroux c.s./Roanne*¹³ blijkt dat zelfstandige (publieke en private) onderdelen van een gebiedsontwikkeling onder bepaalde omstandigheden gezamenlijk als één werk moeten worden aangemerkt waarvoor een integrale aanbestedingsplicht bestaat. Indien een aanbestedende dienst met een gebiedsontwikkeling in zijn geheel een bepaald doel nastreeft, volgt daaruit volgens het Hof dat de gebiedsontwikkeling in zijn geheel een bepaalde economische functie heeft en dus één (integraal) werk is. Ter bepaling van de waarde van een opdracht moet volgens het Hof rekening gehouden worden

¹² HvJ EG 12 juli 2001, nr. C-399/98 (*Scala*).

¹³ HvJ EG 18 januari 2007, nr. C-220/05 (*Auroux c.s./Roanne*).

met de totale waarde van de opdracht voor de uitvoering van werken vanuit het oogpunt van de potentiële inschrijvers.¹⁴

Het is goed verdedigbaar dat de projectonderdelen gezamenlijk als één werk worden gezien. Het Bao definieert werk in art. 1 sub g als:

‘het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.’

De onderdelen kunnen als technisch of economisch geheel worden gezien. Immers de gebouwen en de parkeergarage zijn zodanig met elkaar verbonden dat het als één project zal worden gezien. Bovendien stelt de aanbestedende dienst (de School) wat betreft de publieke onderdelen projectspecifieke eisen en draagt zij ook financieel bij.

5 CONCLUSIE

Waar eerst werd gedacht dat de Corporatie, als commercieel gedreven organisatie, niet aanbestedingsplichtig zou zijn, blijkt bij verdergaand onderzoek dat het evenzeer van belang is te kijken naar individuele onderdelen die onder de opdracht vallen. Ook indien een Corporatie niet als aanbestedende dienst kwalificeert, kan zij toch aanbestedingsplichtig zijn als haar project veel aanbestedingsplichtige onderdelen omvat. Van belang is dan te kijken wat de geraamde waarde van de opdracht is en of dit de drempelwaarde van het Bao overschrijdt. Indien dit het geval is, is de opdracht per definitie aanbestedingsplichtig. Maar ook indien dit niet het geval is, kunnen de regels van eerlijke mededinging met zich meebrengen dat toch een aanbestedingsplicht bestaat. Ten slotte blijkt uit jurisprudentie dat ook indien een project slechts voor een gedeelte het algemeen belang dient en dus slechts voor een gedeelte aanbestedingsplichtig is, toch het gehele project aanbestedingsplichtig kan zijn, omdat het als één werk in de zin van het Bao kan worden aangemerkt.

Al het bovenstaande in overweging nemende, kom ik tot de conclusie dat de Corporatie linksom dan wel rechtsom gehouden is het gehele project via de aanbestedingsregels van de Bao aan te besteden.

(Aantal woorden: 1843)

14 Zie de beantwoording van de tweede vraag in punt 53 e.v.

C O M M E N T A A R

Goede opbouw. Terecht begonnen bij de vraag of corporatie aanbestedende dienst is. Conclusie terzake is echter wel wat kort door de bocht, met name in het licht van het daarvoor besproken Mannesmann-arrest: indien in de statuten van de corporatie (nog steeds) als doelstelling sociale woningbouw is opgenomen, is niet van belang dat daarnaast voor eigen rekening en risico een groot aantal commerciële activiteiten wordt uitgevoerd. Een aanbestedingsplicht blijft bestaan. Vergelijk HvJEU 27 februari 2003, zaak C-373/00 (Adolf Truley).

Denk eraan dat sinds het Verdrag van Lissabon het begrip EG is vervangen door EU, dus ook: HvJEU.

Als enkel de bouw van de school/schoolappartementen een overheidsopdracht is, is je toetsing aan de SECAP-criteria juist. Overigens stelt de Europese Commissie zich op het standpunt dat Nederland zo klein is dat eigenlijk altijd een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' aanwezig is, zeker bij een geraamde bouwsom van € 3,4 miljoen.

Je toetsing aan het Roanne-arrest volg ik geheel, evenals je conclusie: linksom of rechtsom lijkt het project mij aanbestedingsplichtig.

Zorg en zekerheid. Enige opmerkingen omtrent podesteria en het Ruwaard van Puttenziekenhuis

Van: A.G. Castermans

Aan: E. Koops

Vorm: Lezing

OPDRACHT

In Spijkenisse zwaaiden sinds de twaalfde eeuw na Christus de Heren en Vrouwen van Putten de scepter. De Heren en Vrouwen van Putten lieten op een gegeven moment het bestuur van de heerlijkheid over aan een plaatsvervanger, de ruwaard. De ruwaard van Putten bleef tot in de Franse tijd de hoogste bestuursambtenaar. Behalve het dagelijks bestuur had hij twee andere belangrijke taken: hij was de voorzitter van de Putse rechtbank en hij hield toezicht op de rentmeester en de schout en schepenen van Spijkenisse.

Het plaatselijk ziekenhuis is genoemd naar de ruwaard van Putten. Het ziekenhuis heeft een lening afgesloten bij de Bank Nederlandse Gemeenten. Tegen een aantrekkelijke rente, want het Waarborgfonds voor de Zorgsector (WFZ) staat borg voor de nakoming van de verplichtingen van het ziekenhuis jegens de Bank. En dit Waarborgfonds is bereid borg te staan, omdat de gemeente Spijkenisse zekerheid heeft verschaft voor de nakoming van de verplichtingen van het ziekenhuis jegens het Waarborgfonds, door ten behoeve van het Waarborgfonds een hypotheekrecht te vestigen op de gemeentegrond waarop het ziekenhuis is gevestigd.

We hebben dus een ziekenhuis als hoofdschuldenaar, het Waarborgfonds voor de Zorgsector als borg jegens de Bank en de gemeente Spijkenisse als derde-bezitter ten behoeve van het Waarborgfonds. Hoe moet het nu als het ziekenhuis zijn tekortschiet jegens de Bank? Hebben het waarborgfonds en de gemeente Spijkenisse een voorrecht van eerste uitwinning? Moet het ziekenhuis als eerste worden aangepakt en dus worden lamgelegd? Of hebben we hier een casus waar de hoofdschuldenaar zo lang mogelijk uit de wind moet worden gehouden, althans in de rechtsverhouding tot andere (semi-)publieke organisaties?

Het Juridisch en Historisch Genootschap Spijkenisse vraagt u hieraan een lezing te wijden. U neemt de opdracht aan en duikt de geschiedenis in om te onderzoeken of er aanknopingspunten zijn voor de stelling dat publieke belangen kunnen meebrengen dat de borg of de derde-bezitter als eerste *moet* worden aangesproken. U vraagt zich ook af in welk dogmatisch vat zo'n plicht zou kunnen worden gegoten.

UITWERKING

Dames en heren!

1 INLEIDING

Er is een tijd geweest dat bestuursorganen goedbetaalde interim-managers van heinde en verre haalden om de publieke zaak te administreren. Deze interim-managers bleven meestal slechts een jaar op hun post en verdienden vele malen meer dan de Balkenende-norm. Het vak leerden zij uit gespecialiseerde literatuur die hen inwijdde in de geheimen van accounting, het geven van motiverende speeches en onderhandelingen over het salaris. Zij woonden met hun staf in stadspaleizen, ter beschikking gesteld door de gemeente, zoals die nog te bewonderen zijn in steden als Siena en Venetië. Het betreft hier de *podestà*, een ingehuurde burgemeester uit het noorden van Italië tussen de twaalfde en dertiende eeuw.¹

Aan het einde van zijn ambtstermijn werd een proces gevoerd tussen de gemeente en de *podestà*, waarin rekening en verantwoording werd gegeven voor het beleid. Als er een tekort op de balans was dan werd dat ingehouden op de beloning – wellicht een verbetering ten opzichte van het nu gangbare beloningssysteem. Tot zekerheid van een eventuele vordering op de interim-manager wegens onkundig bestuur placht men bovendien borgen te stellen. En zo komen in het *podestà*-proces alle ingrediënten terug van een verrassend modern drama: publiekrecht, privaatrecht, debiteur en crediteur in wisselwerking, en derden die zekerheid stellen voor een schuld waarvoor zij niet draagplichtig zijn. De vaststelling van de verplichtingen tussen *podestà* en stadstaat vereiste, vrij vertaald naar de huidige tijd, een afweging tussen de belangen van (semi-)overheidsorganen die hun verhouding *privaatrechtelijk* hebben vormgegeven. Geeft de aard van de betrokken partijen reden tot afwijking van de privaatrechtrechtelijke regels?

2 CASUS

U vraagt zich wellicht af wat een Italiaanse *podestà* van doen heeft met zorg en zekerheid. Het antwoord is tweeledig. In de eerste plaats was het *podestà*-proces belangrijk voor de ontwikkeling van het Romeinse recht met betrekking tot borgstelling voor magistraten (dat wil zeggen: publiekrechtelijke zekerstelling) gedurende de Middeleeuwen. Daarbij speelde de subsidiaire aanspra-

1 Zie, voor de invloed van de *podesteria* op de bloei van Genua, bijv. A. Greif, 'On the political foundations of the late medieval commercial revolution: Genoa during the twelfth and thirteenth centuries', *Journal of Economic History* 54, 1994, p. 280-284.

kelijkheid van borgen een belangrijke rol. Onder de invloed van het *droit commun français* en de Code civil is die subsidiaire aansprakelijkheid sindsdien op een aantal punten gewijzigd ten opzichte van de Middeleeuwen, maar haar wortels zijn nog goed herkenbaar in de regelingen van art. 7:855 BW (borgtocht) en art. 3:234 BW (pand en hypotheek).² En in de tweede plaats keert het Middeleeuwse bestuursapparaat, zij het in de inheemse variant, terug in de naam van het ziekenhuis dat ik ten voorbeeld wil geven.

Het Ruwaard van Puttenziekenhuis in Spijkenisse financierde in 2004 zijn nieuwbouw door een lening van de Bank Nederlandse Gemeenten (BNG). Tot zekerheid werd een borgstelling verkregen van het Waarborgfonds voor de Zorgsector (WFZ). Het WFZ was daartoe bereid omdat de gemeente Spijkenisse als derde-zekerheidsgever een hypotheekrecht op de gemeentegrond verleende waarop het ziekenhuis stond: niet als zekerheid voor de lening van de BNG, maar ter versterking van de regresvordering van het WFZ op het ziekenhuis. Aldus hebben wij te maken met een private zorginstelling³ als hoofdschuldenaar, een semi-overheidsbank⁴ als crediteur, een door het ministerie van VWS opgerichte stichting⁵ als borg en een gemeente als derde-zekerheidsgever. De vraag die onvermijdelijk rijst is wat de volgorde van uitwinning moet zijn als het ziekenhuis niet aan zijn verplichtingen voldoet. Brengt de subsidiariteit van borgtocht en derde-zekerheid met zich mee dat de BNG zich eerst onder het ziekenhuis moet verhalen alvorens bij het WFZ aan te kloppen? En als het WFZ overgaat tot betaling, moet het dan eerst beslag leggen onder het ziekenhuis alvorens zijn hypotheek op de gemeentegrond te executeren?

3 PRIVATE BELANGEN

Het is dienstig om de publiekrechtelijke factoren zoveel mogelijk uit de vergelijking te halen. De betrokken partijen hebben er immers voor gekozen hun relatie in het privaatrechtelijke vat te gieten: door het oprichten van allerlei rechtspersonen, en door gebruik te maken van het privaatrechtelijk instrumentarium van geldlening, borgtocht en hypotheek.

2 Zie, passim, E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, diss. Leiden, Den Haag 2010.

3 Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis: jaardocument 2009, p. 5. Zie: <<http://www.rpz.nl/showdownload.cfm?objecttype=mark.hive.contentobjects.download.pdf&objectid=5B13B181-A950-FE3E-8D0CFE4392D9C942>> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

4 De BNG is een privaatrechtelijke rechtspersoon (NV) waarin de Staat de helft van de aandelen houdt, terwijl de andere helft in handen is van gemeenten, provincies en een hoogheemraadschap. Zie: <<http://www.bng.nl/smartsite.shtml?ch=int&id=62659>> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

5 De WFZ is een onafhankelijk fonds, ondergebracht in een stichting, waarvan de solvabiliteit in laatste instantie wordt gegarandeerd door het Rijk. Zie: <<http://www.wfz.nl/index2.php?content=structuur>> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

Naar het geldende privaatrecht kan een borg worden aangesproken indien de hoofdschuldenaar is tekort geschoten in de nakoming van diens verbintenis (art. 7:855 lid 1). Blijkens de parlementaire geschiedenis zal de crediteur 'het nodige'⁶ moeten doen om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet zal betalen. Het tweede lid van art. 7:855 maakt duidelijk dat de wetgever hier in het bijzonder de ingebrekestelling op het oog heeft. Door het verstrijken van de fatale termijn voor nakoming door de hoofdschuldenaar wordt de verbintenis van de borg opeisbaar.⁷ Het betreft een zeer lichte vorm van subsidiariteit, die bovendien regelmatig in de praktijk nog wordt afgezwakt door een partijbeding (art. 7:862 sub a). De schuldeiser heeft dus regelmatig de keuze tussen het aanspreken van de borg en het aanspreken van de hoofdschuldenaar. Die keuze wordt slechts genormeerd door de bepaling van art. 3:13 lid 2: een executiebevoegdheid mag niet slechts om te schaden worden uitgeoefend, noch voor een ander doel dan verhaal, noch wanneer zij in redelijkheid tot een andere belangenafweging moet leiden. Maar omdat een crediteur nagenoeg altijd voldoende belang zal hebben bij het innen van zijn vordering, zal de situatie zich zelden tot nooit voordoen dat verhaal onder borg of schuldenaar misbruik oplevert.⁸ De crediteur heeft immers het volste recht op tijdige en volledige betaling van zijn vordering, en het is juist om die betaling te garanderen dat de zekerheidstelling is afgegeven.

Laten wij aannemen dat de borg wordt aangesproken. Door de betaling verkrijgt hij een opeisbare regresvordering op de hoofdschuldenaar, die is verzekerd door een hypotheek op de grond van een derde. Het is opmerkelijk, maar historisch zeer goed verklaarbaar, dat de derde in dit geval géén beroep kan doen op een volgorde van uitwinning.⁹ Art. 3:234 vereist daarvoor immers dat zich onder de debiteur nog andere goederen bevinden die voor dezelfde schuld zijn bezwaard, wat hier niet het geval is. Zelfs als de regresnemer beslag heeft gelegd op goederen van de schuldenaar, kan de derde niet verlangen dat deze mede in de verkoop worden begrepen en als eerste worden verkocht.¹⁰ Het voorrecht van uitwinning is alleen van toepassing als de regresnemer beschikt over twee *gelijkwaardige* zekerheidsrechten, zodat het voor hem

6 PG Boek 7 (Inv. 3, 5, 6), MvT, p. 438.

7 De crediteur is daarom verplicht mededeling aan de borg te doen wanneer hij de hoofdschuldenaar in gebreke stelt (art. 7:855 lid 2). Daaraan moet worden toegevoegd dat mededeling niet is vereist wanneer het verzuim van de hoofdschuldenaar zonder ingebrekestelling intreedt (art. 6:83), bijvoorbeeld door het verstrijken van een aflossingstermijn, of wanneer de gevolgen van niet-nakoming intreden voordat de hoofdschuld opeisbaar is (art. 6:80), bijvoorbeeld door een mededeling van de debiteur dat hij tekort zal schieten. Vgl. Koops 2010, p. 351-356.

8 De Groot, WPNR 5953 (1990), p. 188; Koops 2010, p. 357-366.

9 Koops 2010, p. 256-258, 281 en 296-297.

10 Stein, *Boek 3.9 artikelsgewijs commentaar* (GRS losbl. 2008), aant. 6.4 bij art. 3:234; Koops 2010, p. 324.

van weinig gewicht is welke hij uitoefent.¹¹ Dit brengt mee dat de regresnemende borg de *keuze* heeft tussen het aanspreken van de hoofdschuldenaar en het executeren van zijn zekerheidsrecht onder de derde. Die keuze wordt, opnieuw, genormeerd door het leerstuk van misbruik van executiebevoegdheid. Daarbij valt te bedenken dat een dergelijk keuzerecht bij pand en hypotheek de *normale* toestand is. Uit de ondeelbaarheid van het recht van hypotheek (art. 3:230) vloeit immers voort dat de gehele schuld kan worden verhaald op ieder afzonderlijk zekerheidsobject.¹²

Dit resultaat is geenszins onredelijk. Crediteuren nemen zekerheid om een extra verhaalsmogelijkheid te verkrijgen die hen beveiligd tegen een eventueel faillissement, en verlenen daarzonder geen krediet. De zekerheid is het grootst wanneer de keuze tussen twee verhaalsmogelijkheden in vrijheid kan worden gemaakt. Geen wonder dus, dat privaatrechtelijke partijen er veelal voor kiezen, als het resultaat van onderhandelingen, om de crediteur zijn keuze te laten. Het belang van de niet-draagplichtige zekerheidsgever (borg of derde-zekerheidsgever) wordt voldoende bewaakt door de mogelijkheid van regres en subrogatie.

4 PUBLIEKE BELANGEN

Nu rijst de vraag of het bovenstaande van toepassing is op instanties die een publieke taak vervullen, bijvoorbeeld de waarborging van toegang tot de gezondheidszorg (vgl. art. 22 lid 1 Gw). De Sorin Group, 's werelds grootste leverancier van hartmachines, zal beslag leggen onder het ziekenhuis als de rekening niet wordt betaald. Zij is niet door de wetgever geroepen om een publieke taak te vervullen. Is dit anders voor de Bank Nederlandse Gemeenten? Krachtens haar statuten oefent zij een bedrijf uit ten behoeve van aandeelhouders, die delen in de winst.¹³ De BNG is dus een bank als iedere andere: weliswaar zijn alle aandeelhouders overheidsorganen, maar hun invloed is beperkt tot een stem in de AVA, terwijl de vennootschap wordt geleid door een Raad van Bestuur en niet door de overheid. Dit betekent dat de BNG evenmin als de Sorin Group is gehouden om betalingsproblemen door de vingers te zien. Zij mag bij verzuim kiezen of zij het WFZ als borg aanspreekt, of het ziekenhuis als hoofdschuldenaar.

11 Vgl. Pitlo, *Het zakenrecht naar het Nederlands burgerlijk wetboek*, 6^e druk, Groningen 1972, p. 343 en 468; Pitlo/Brahn, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek II: het zakenrecht*, 9^e druk, Arnhem 1987, p. 409 en 556.

12 De Groot, WPNR 5953 (1990), p. 187; Pitlo/Reehuis/Heisterkamp, *Pitlo's Nederlands burgerlijk wetboek III: goederenrecht*, 12^e druk, Deventer 2006, nr. 750; Koops 2010, p. 284-285 en 357.

13 Statuten BNG, art. 2 lid 1 en 2; art. 23. Zie: <http://www.bng.nl/Docs/PDFs/Statuten%20Voorwaarden%20BNG/BNG_Statuten_NL.pdf> (geraadpleegd 31 augustus 2010). In 2009 bedroeg die winst 278 miljoen euro, waarvan de helft werd uitgekeerd.

Stel dat het Waarborgfonds, zijn doelstelling indachtig, overgaat tot betaling. Is het dan verplicht om het ziekenhuis bij het nemen van regres uit de wind te houden? Het antwoord is opnieuw ontkennend. Het WFZ is een onafhankelijke stichting, een privaatrechtelijke rechtspersoon, die ten behoeve van 'deelnemers' borgstellingen verstrekt. Het vermogen daartoe wordt gegarandeerd door het Rijk, maar daar houdt iedere overheidsbemoeienis op. Krachtens het Reglement van Deelneming is de deelnemer volledig aansprakelijk jegens het WFZ wanneer dit fonds de schuld heeft betaald.¹⁴ Ook hier is bewust gekozen voor een privaatrechtelijke vorm van zorgfinanciering, en dat betekent dat het privaatrecht onverkort van toepassing is. Het stichtingsbestuur zal dus de keuze mogen maken om het ziekenhuis aan te spreken tot verhaal; maar het kan ook beslissen om eerst de hypotheek onder de gemeente te executeren. Daartoe bestaat géén rechtsplicht, maar niet-juridische overwegingen kunnen eventueel een rol spelen. De gemeente zal dan door subrogatie in de rechten van het WFZ treden. Alle derden zijn nu uit de vergelijking geschreven. Wat overblijft is de één-op-één relatie tussen het ziekenhuis en de gemeente. Mag de gemeente zich als crediteur verhalen op het ziekenhuis? Die bevoegdheid bestaat in beginsel wel, maar zij mag niet worden misbruikt: dat is bijvoorbeeld het geval als een belangenafweging in redelijkheid niet tot uitoefening van de bevoegdheid kan leiden (art. 3:13 lid 2).¹⁵ Bovendien mag de verhaalsbevoegdheid niet worden uitgeoefend in strijd met het publiekrecht (art. 3:14).

Nu hebben gemeenten verschillende wettelijke zorgtaken,¹⁶ maar de gezondheidszorg als zodanig ressorteert onder het ministerie van VWS. Het is dus niet aan gemeentelijke overheden om ziekenhuizen operationeel te houden, maar aan de rijksoverheid. De wetgever heeft daarbij gekozen voor een systeem van ziektekostenfinanciering en controle op de kwaliteit van zorgverlenende instanties, en niet voor directe exploitatie van ziekenhuizen door het ministerie. Anders gezegd: de overheid stuurt de zorgmarkt, maar dicteert haar niet. Een gemeente is dus geenszins verplicht om een falend ziekenhuis financieel te steunen door haar vordering niet geldend te maken. Sterker nog, het is mogelijk dat een dergelijke gedraging als verboden staatssteun wordt gekwalificeerd.¹⁷

Dit betekent nog niet dat de gemeente Spijkenisse onmiddellijk tot inning kan overgaan. Zij zal rekening moeten houden met alle betrokken belangen

14 Reglement van Deelneming WFZ, art. 26. Zie: <http://www.wfz.nl/download.php?file=pub_statuten.10.strDownload.Reglement%20van%20Deelneming%202006.pdf> (geraadpleegd 31 augustus 2010).

15 Zie, voor een voorbeeld (tijdelijk verbod op executie): Rb. Zutphen (KG), 21 maart 1983, KG 1983, 161.

16 Hierbij valt te denken aan welzijnszorg, (collectieve) preventieve zorg en maatschappelijke zorg, zoals die taken worden opgelegd in onder meer de Wet publieke preventie en de Wet maatschappelijke ondersteuning.

17 Art. 107 VWEU (PB C 115 van 9 mei 2008, p. 91-92).

(waaronder de nabijheid van andere zorginstellingen en de continuïteit van zorgverlening aan haar bevolking), maar als ten slotte het afgewogen besluit wordt genomen om executoriaal beslag te leggen onder het wanbetalende ziekenhuis, dan staat de gemeente in haar recht. Tot slot valt hierbij te bedenken dat het ministerie, of een overnemende partij, om dit resultaat te voorkomen desgewenst en onverplicht kan overgaan tot betaling van de schuld (art. 6:30 lid 1). Op dergelijke staatssteun mag echter nooit worden gerekend: daarvan zou een perverse prikkel uitgaan, zoals de recente geschiedenis van het bankwezen heeft aangetoond.

5 BESLUIT

De weinig verrassende conclusie moet dan luiden dat een ziekenhuis een debiteur is als ieder ander. Bij financieel wanbeheer zal de markt haar werk doen, zoals ook door de wetgever is beoogd. Incidenteel kan dit betekenen dat een ziekenhuis in surséance komt te verkeren of zelfs failliet gaat, met verstoring van de zorgverlening tot gevolg. Wie zich om dit resultaat bekreunt, moet wellicht bedenken dat de Italiaanse podesteria, die niets anders inhoudt dan de uitoefening van publieke taken krachtens privaatrechtelijke overeenkomst, bestuurlijk professionalisme en welvaart bracht aan de Italiaanse stadstaten.

(Aantal woorden: 1871)

C O M M E N T A A R

Mooi verhaal, Egbert, maar pittig voor de Spijkenisser historici en juristen.

De opening, over de wijze waarop de inzet van hoge managers werd en wordt geregeld, prikkelt. Aan het slot kom je erop terug, met de suggestie dat die duurbetaalde lui van toen waar voor hun geld hebben geleverd. Ik waag te betwijfelen of de ziekenhuizen van nu er over zeven eeuwen nog net zo inspirerend bij staan als de *Spedale Santa Maria della Scala* in Siena.

Het gaat om de financiële continuïteit van het ziekenhuis en de toegankelijkheid van de lokale gezondheidszorg voor de burger. Wie is daarvoor verantwoordelijk?¹ Ik denk dat het nodig is de aanspraak van de burger verder uit te werken – in het licht van recente jurisprudentie van het EHRM en de Hoge Raad – om vervolgens de private constructies die in de weg staan aan de verwezenlijking van die aanspraak, te ontmantelen.

De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid (art. 22 lid 1 Grondwet). Burgers hebben recht op een zo goed mogelijke geestelijke en fysieke gezondheidstoestand (art. 12 Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten). In het kader van laatstgenoemd verdrag worden de verdragsstaten uitgenodigd te rapporteren de maatregelen die zij hebben genomen om te bevorderen:

- ‘(a) That preventive, curative, and rehabilitative health facilities, goods and services are within safe reach and physically accessible for everyone, including older persons and persons with disabilities;
- (b) That the costs of health-care services and health insurance, whether privately or publicly provided, are affordable for everyone, including for socially disadvantaged groups’.²

Gezondheidszorg moet bereikbaar zijn, dus:

- ‘health facilities, goods and services must be within safe physical reach for all sections of the population, especially vulnerable or marginalized groups, such as ethnic minorities and indigenous populations’.³

Het verdragscomité deed Marokko de aanbeveling de verschillen tussen stedelijke en landelijke gebieden te verkleinen en zij prees Noorwegen voor

1 Externe toezichthouders niet; M.M. den Boer, ‘Overheidstoezicht op private instellingen die publieke taken uitvoeren’, *RegelMaat* 2010 (25) 3, p; 91-93.

2 *Guidelines on treaty-specific documents to be submitted by States parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; paragraaf 56; te vinden onder: <www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/>.

3 *General Comment No. 14* (2000), E/C.12/2000/4 11, te raadplegen op: <daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/34/PDF/G0043934.pdf?OpenElement>.

de verplichting van jongafgestudeerde artsen een jaar te werken in gezondheidscentra in afgelegen gebieden.⁴

Met deze bepalingen is nog geen positieve verplichting gegeven om een ziekenhuis in stand te houden, laat staan dat zij rechtstreeks door burgers kan worden ingeroepen.

Artikel 8 EVRM biedt enig perspectief. Uit een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat het waarborgen van de toegankelijkheid en de kwaliteit van de gezondheidszorg positieve staatsverplichtingen zijn die in beginsel kunnen worden getoetst aan het door artikel 8 lid 1 EVRM beschermde recht op bescherming van het privéleven.⁵ De jurisprudentie is toegesneden op het privéleven van de burger, die aanspraak heeft op noodzakelijke maatregelen, voor zover er sprake is van een direct en onmiddellijk verband bestaat tussen het privéleven en de gevraagde voorziening en voldaan is aan de eis van *fair balance* tussen de belangen van de klager en de belangen van de samenleving als geheel, waarbij de overheid een *margin of appreciation* wordt gelaten.

Heel wijds is dit perspectief niet, zo bleek uit de beoordeling van de subsidiering van het vervoer van gehandicapten. De rechter respecteert de politieke keuze om een gemaximeerd budget voor gehandicaptenvervoer te reserveren en om een voor iedere gehandicapte gelijkelijk geldende regeling te treffen die binnen dat budget past, waarbij uitdrukkelijk wordt overwogen dat in overleg met het parlement een belangenafweging heeft plaatsgevonden, met een uitkomst die niet evident onredelijk of onmiskenbaar onrechtmatig is.⁶ Interessant is de conclusie van advocaat-generaal Keus voor dit arrest. Hij bespreekt de vraag of het de overheid vrijstaat het niveau van gezondheidszorg terug te schroeven. Het antwoord luidt positief. Weliswaar kan het feit dat een bepaalde maatregel is getroffen onder omstandigheden grond bieden aan het vermoeden dat daarmee een *fair balance* is bewerkstelligd, maar anderzijds kan juist uit de ervaring met de uitvoering van een dergelijke, reeds getroffen maatregel blijken dat een evenwicht (hetzij ten detrimente van de verwerkelijking van het betrokken grondrecht, hetzij ten detrimente van de andere betrokken belangen) nog niet was bereikt. Budgettaire ruimte en prioriteiten kunnen en mogen elke volgende stap in belangrijke mate bepalen.

De burgers van Spijkenisse hebben dus kansen, zij het geringe, indien hun Ruwaard van Putten zou worden bedreigd met de executoriale verkoop van zijn bezittingen, omdat hij niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit de financieringsovereenkomst. Voor zover zij een individueel belang hebben bij de lokale beschikbaarheid van bepaalde medische voorzieningen hebben zij een aanspraak jegens de overheid op continuering van die voorzieningen.

4 Brigit C.A. Toebes, *The Right to Health as a Human Right in International Law*, diss. Utrecht, Antwerpen-Groningen-Utrecht: Intersentia – Hart 1998, p. 120.

5 EHRM 4 januari 2005, EHRC 2005, 33, m.nt. A.C. Hendriks.

6 HR 22 december 2006, NJ 2007, 292, m.nt. EAA.

Zeker is het niet – er is een metro-verbinding met het Erasmus Medisch Centrum – maar kansloos evenmin. Tot wie moeten zij zich wenden, de Staat, de gemeente, de bank, de borg?

Jouw suggestie dat men bij de Minister van Volksgezondheid moet zijn, zou ik niet willen overnemen. Je zou de burgers van Spijkenisse ermee het bos in kunnen sturen, zoals de burgers die waren geïndiceerd voor thuiszorg en ruime tijd op een wachtlijst stonden. Deze hielden op een gegeven moment de Staat verantwoordelijk. Zonder succes, aldus het Hof 's-Gravenhage in kort geding:

‘Voorzover Pronk c.s. bedoelen te stellen dat de Staat, door de budgetten van de zorgverzekeraars te laag vast te stellen, waardoor de zorgverzekeraars niet in staat zijn de aanspraken van Pronk c.s. op zorg geldend te maken, (ook) tegenover Pronk c.s. onrechtmatig handelt, overweegt het hof dat een rechtstreekse aanspraak van een verzekerde jegens de Staat om voor voldoende financiering van de zorgverzekeraar te zorgen niet past in het wettelijk stelsel van die financiering, omdat in dat systeem de verantwoordelijkheid voor de toedeling van de middelen over de verschillende zorgverzekeraars niet bij de Staat is gelegd.’

De wijze waarop de voor de zorg bestemde gelden worden aangewend en hoe die onder de verschillende zorgverzekeraars worden verdeeld is uitgewerkt in een complex van wettelijke regelingen. Daarbij is aan de Staat geen directe bemoeienis toegedacht en dus, volgens het Hof, geen verantwoordelijkheid.⁷

Overigens zou ik menen dat er aanleiding is naar alle betrokken overheden en semi-publiekrechtelijke instellingen te kijken. De positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8 EVRM en de aanspraak op toegankelijke gezondheidszorg, neergelegd in artikel 12 IVESCR richten tot de verdragsstaten, ongeacht welk onderdeel van de publieke organisatie verantwoordelijk is voor de uitvoering. Moeten niet alle betrokken partijen kunnen worden aangesproken op de fundamentele overheidstaak de gezondheidszorg te bevorderen? Een positief antwoord ligt in de rede, als al die partijen zijn opgericht om de uitvoering of de financiering van publieke taken, in het bijzonder taken in de gezondheidszorg, te faciliteren.

Vanzelfsprekend moet rekening worden gehouden met de budgettaire beperkingen van de overheid, maar daarbij rijst wel de vraag of en in hoeverre met de eigen financiële belangen van al die tussenschakels moet worden rekening gehouden. Hoe meer tussenschakels er zijn, hoe meer eigen belangen van al die semipublieke financiers in het geding komen en hoe lastiger het is de *fair balance* tussen de belangen van de burger en die van de samenleving als geheel te bepalen. Ik kan mij daarom voorstellen dat niet alle eigen belangen van betrokken financiers relevant worden geacht voor de evenwichtige afweging die artikel 8 EVRM vordert. Het zou de overheid wel erg makkelijk

7 Hof 's-Gravenhage 23 december 1999, KG 2000, 63.

worden gemaakt de balans te beïnvloeden. Misschien mag een indicatie voor de juistheid van deze gedachte zijn dat – zoals je schrijft – de solvabiliteit van het Waarborgfonds voor de zorgsector in laatste instantie wordt gegarandeerd door het Rijk.

Ik heb gevraagd je te concentreren op de schuldeiser (de Bank Nederlandse Gemeenten) en de schuldenaar die wordt aangesproken uit hoofde van de borgtocht of de derdenhypotheek (het Waarborgfonds voor de Zorgsector of de gemeente). Dienen zij de Ruwaard van Putten uit de wind te houden? Jij komt volgens mij terecht uit bij de artikelen 3:13 en 14 BW. Wie haar bevoegdheid misbruikt, omdat er sprake is van een onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening van de bevoegdheid en het belang dat daardoor wordt geschaad, kan die bevoegdheid niet invoeren (art. 3:13 BW). Bij de afweging dienen de regels van publiekrecht in acht te worden genomen (art. 3:14 BW).⁸ In dit juridisch kader kan betekenis worden toegekend aan de hiervoor geschetste aanspraak van de burger op grond van artikel 8 EVRM en 12 IVESCR, zoals de op genoemde verdragsbepalingen gebaseerde positieve verplichting de toegankelijkheid van de gezondheidszorg te bevorderen. Ook kunnen in dat kader de interne financiële belangen van de tussenschakels worden gerelativeerd.

Deze afweging – niet de eeuwenoude afweging naar billijkheid die ten grondslag ligt aan het voorrecht van uitwinning – strekt de Bank Nederlandse Gemeenten, het Waarborgfonds voor de Zorgsector en de gemeente tot steun, indien één van hen besluit geen of terughoudend gebruik te maken van de bevoegdheid tot uitwinning van het ziekenhuis.

En de individuele burger van Spijkenisse (of zijn collectieve belangenbehartiger)? Het perspectief op erkenning van zijn aanspraak op concrete zorg in de nabije omgeving mag beperkt zijn en de *margin of appreciation* van de overheid groot, gegeven de budgettaire schaarste, maar zijn concrete belang zou tegenover de instellingen die elk een rol hebben in de financiering van de gezondheidszorg zwaar genoeg kunnen zijn om de dreigende sluiting van een voorziening, minst genomen tijdelijk, tegen te houden. Het gevolg zou bijzonder zijn: het voorrecht van uitwinning dat normaliter toekwam aan de borg of derdenhypotheekgever, zou toekomen aan de hoofdschuldenaar, in het belang van een derde, de burger.

8 Wij moeten het erop houden dat artikel 3:14 BW ook op particulieren van toepassing kan zijn (MvA II Inv., *Parl. Gesch.*, p. 1055), zeker particulieren die betrokken zijn bij de uitvoering van publieke taken.

13 | Safe Bouw Beheer

Van: H.E. Wegman
Aan: M.Z. Kos
Vorm: Advies aan cliënt

OPDRACHT

U bent advocaat. U wordt gebeld door uw vaste cliënt X. X is bestuursvoorzitter van Safe Bouw Vastgoedfondsen Beheer BV ('Safe Bouw Beheer'), een 100% dochtermaatschappij van Fortress Bank Nederland NV ('Fortress NV'). Safe Bouw Beheer treedt op als beheerder van haar eigen beleggingsfondsen Safe & Sound CV en van twee fondsen van Fortress NV, te weten: Vastgoedfonds I Fortress CV en Vastgoedfonds II Fortress CV. De beleggingsfondsen beleggen direct en via derivaten in vastgoed in Nederland. Safe Bouw Beheer beschikt over een vergunning van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

X heeft heuglijk nieuws: hij is sinds kort toegetreden tot de raad van commissarissen bij Fortress NV. Ingevolge het beleid van Safe Bouw Beheer zijn dergelijke nevenfuncties toegestaan, mits het bestuur daarmee heeft ingestemd. Dit is in dit geval gebeurd. Ondanks de goedkeuring vraagt X zich af of deze handelswijze wel voldoet aan hetgeen in de Wft is bepaald omtrent nevenactiviteiten en de betrouwbaarheid van bestuurders. Dit temeer nu Fortress NV voornemens is om de jaarlijkse beheersvergoedingen die Safe Bouw Beheer voor het beheer van de drie fondsen in rekening brengt fors te verhogen. Ook wil hij weten of de AFM van deze ontwikkeling op de hoogte moet worden gesteld en of hij dient te vrezen voor ingrijpen door de AFM en/of juridische acties van beleggers.

Meer concreet vraagt hij u om te adviseren over de volgende vragen:

1. Is deze gang van zaken in overeenstemming met de wet? Verwijs daarbij naar de relevante wetsartikelen.
2. Dient X zijn nevenfunctie aan de AFM te melden? Denkt u dat de AFM hiertegen zal optreden? Zo ja, hoe?
3. Welke mogelijkheden hebben beleggers om Safe Bouw Beheer aan te spreken op de verhoging van de beheerskosten? Geef daarbij tevens gemotiveerd aan wat zij daarbij dienen te stellen en zo nodig dienen te bewijzen.

UITWERKING

1 INLEIDING

Graag adviseer ik u over uw toetreding tot de raad van commissarissen bij Fortress Bank N.V. ('Fortress') in het licht van uw functie als bestuursvoorzitter van Safe Bouw Vastgoedfondsen Beheer BV ('Safe Bouw Beheer'), een dochtervennootschap van Fortress. Naar aanleiding hiervan zijn de volgende vragen gerezen, die hierna afzonderlijk zullen worden beantwoord.

1. Voldoet deze handelswijze, mede gezien het voornemen van Fortress de beheersvergoeding te verhogen, aan hetgeen bepaald is in de Wet op het financieel toezicht (Wft) omtrent nevenactiviteiten en de betrouwbaarheid van bestuurders (zie paragraaf 2)?
2. Dient de Autoriteit Financiële Markten (AFM) op de hoogte gesteld te worden van uw nevenfunctie, en zo ja, is het te verwachten dat de AFM hiertegen zal optreden (zie paragraaf 3)?
3. Welke mogelijkheden hebben beleggers om Safe Bouw Beheer aan te spreken op de verhoging van de beheersvergoeding (zie paragraaf 4)?

2 NEVENFUNCTIE

In deze paragraaf wordt bekeken of het accepteren van de nevenfunctie gezien het voornemen van Fortress tot verhoging van de beheersvergoeding in overeenstemming is met de Wft. Hiertoe wordt eerst het wettelijk kader geschetst in paragraaf 2.1 om vervolgens tot de beantwoording van deze vraag te komen in paragraaf 2.2.

2.1 Wettelijk kader

Safe Bouw Beheer beschikt als beheerder van beleggingsinstellingen over een vergunning van de AFM als bedoeld in art. 2:65 Wft. Voor het verkrijgen van de vergunning en nadat toegang tot de markt is verkregen, dient de beheerder aan een aantal vereisten te voldoen. Voor dit advies zijn de volgende twee vereisten relevant.

Ten eerste dient de beheerder op grond van art. 4:11 lid 1 Wft een adequaat beleid te voeren dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt waarmee onder meer belangenverstrengeling wordt tegengegaan (sub a). Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat bij verstrengeling van tegenstrijdige belan-

gen onder meer gedacht kan worden aan nevenfuncties van bestuurders bij zakelijke relaties.¹

Ten tweede is ingevolge het bepaalde in art. 4:14 lid 1 Wft vereist dat de beheerder de bedrijfsvoering zodanig inricht dat deze een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf waarborgt. Lid 2 bepaalt dat nadere regels gesteld kunnen worden, die onder meer betrekking hebben op integriteit in de zin van het tegengaan van belangenverstrengeling. Art. 18 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft ('BGfo') regelt dat procedures en maatregelen aanwezig moeten zijn met betrekking tot het tegengaan van verstrengeling van de privébelangen van personen die het beleid van de financiële onderneming bepalen. In de Nota van Toelichting wordt benadrukt dat belangenverstrengeling of de schijn daarvan negatieve gevolgen kan hebben voor zowel de deelnemers als de beheerder en dat dit het vertrouwen in de financiële sector als geheel kan schaden. Het beleid dient dan ook onder meer duidelijk te maken hoe moet worden omgegaan met het uitoefenen van nevenactiviteiten.²

Naast deze vergunningsvereisten is in art. 4:25 Wft j° 83 BGfo bepaald dat de beheerder gehouden is te handelen in het belang van de deelnemers. In aansluiting hierop is in de gedragscode voor beleggingsinstellingen van de brancheorganisatie DUFAS (Dutch Fund and Asset Management Association) bepaald dat ingeval belangenconflicten zich voordoen, de beheerder hiermee om dient te gaan in overeenstemming met zijn plicht om te handelen in het belang van de beleggers.³

2.2 Beantwoording vraag 1

Op grond van het voorgaande blijkt dat de Wft het aan personen die werkzaam zijn bij een beheerder van beleggingsinstellingen in beginsel toestaat nevenfuncties te bekleden, zolang hiermee de open norm van de integriteit niet in het geding komt. Tevens dient de uitoefening ervan niet in de weg te staan aan het feit dat de beheerder gehouden is te handelen in het belang van de deelnemers. Deze regels zijn gebaseerd op een doelgerichte of principle based benadering.⁴ Dit betekent dat het beleid omtrent nevenfuncties en ook de uitvoering daarvan niet in strijd mag zijn met het doel dat deze bepalingen beogen te beschermen, te weten: het waarborgen van de integere bedrijfsvoering. Het enkele feit dat de nevenfunctie is goedgekeurd op de wijze die door het interne beleid wordt voorgeschreven is dan ook niet voldoende om tot een positief oordeel te komen. Getoetst moet worden of deze nevenfunctie

1 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 501.

2 *Stb.* 2006, 520, p. 172-173.

3 Principe 3 van DUFAS Principes van Fondsbeheer 2008.

4 C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 25-28 en 198.

gelet op de omstandigheden van het geval voldoet aan het doel van integriteit dat deze bepalingen beogen te bereiken en of gezegd kan worden dat zij in overeenstemming is met het belang van de deelnemers dat Safe Bouw Beheer als beheerder voor ogen moet hebben.

Ten eerste staat vast dat u de nevenfunctie zal gaan bekleden bij het toezichtsorgaan van de 100% moeder van Safe Bouw Beheer. Daarnaast is gegeven dat er binnen Fortress het voornemen bestaat de beheersvergoeding die Safe Bouw Beheer voor het beheer van de drie fondsen in rekening brengt de komende jaren fors te gaan verhogen. Deze forse verhoging zal ten laste van de deelnemers komen en ten goede aan Safe Bouw Beheer, Fortress en mogelijk ook uzelf (in de vorm van een mogelijke bonusvergoeding). Hier ligt een risico van een potentieel belangenconflict. Het zitting nemen in de raad van commissarissen van Fortress onder deze omstandigheden brengt de schijn van belangenverstrengeling met zich mee. De RvC van Fortress dient immers toezicht te houden op het bestuur van Fortress en daarmee dus ook op het beleid van Fortress aangaande Safe Bouw Beheer. Aldus bestaat het risico dat het vertrouwen in de integriteit van Safe Bouw Beheer geschaad wordt.

Gelet op het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het accepteren van deze nevenfunctie onder deze omstandigheden in strijd is met de vereiste integriteit die een beheerder in acht dient te nemen op grond van art. 4:11 Wft en 4:14 Wft j° art. 18 BGfo.

3 MEDEDELINGSPLICHT

In deze paragraaf wordt gezien of Safe Bouw Beheer op grond van de Wft gehouden is de nevenfunctie te melden bij de AFM. Uit de vorige paragraaf blijkt dat met het accepteren van de nevenfunctie de integere bedrijfsvoering in het geding zou kunnen komen. Vraag is nu of Safe Bouw Beheer gehouden is dit te melden aan de AFM. In paragraaf 3.1 wordt het wettelijk kader omtrent mededelingsplichten geschetst om vervolgens in paragraaf 3.2 tot beantwoording van de gestelde vraag te komen.

3.1 Wettelijk kader

Voor een beheerder van een beleggingsinstelling gelden meerdere mededelingsverplichtingen. Met behulp van deze informatie wordt de AFM in staat gesteld te controleren of de beheerders zich daadwerkelijk houden aan de eisen die in het kader van de vergunningverlening gesteld zijn. In het kader van dit advies zijn de volgende twee meldingsplichten relevant.

Ten eerste is de beheerder op grond van art. 4:14 lid 1 Wft j° art. 19 BGfo gehouden de AFM onverwijld te informeren over incidenten. Een incident wordt

in art. 1 sub o BGfo omschreven als een gedraging of gebeurtenis die een ernstig gevaar vormt voor de integere uitoefening van het bedrijf van een financiële onderneming. Uit de Nota van Toelichting bij art. 19 BGfo blijkt dat een dergelijke gedraging alleen een incident is, indien zij ernstige gevolgen heeft voor de integere uitoefening van het bedrijf en daarmee voor het vertrouwen in de financiële onderneming.⁵

Ten tweede dient een beheerder op grond van art. 4:26 Wft j° art. 88 BGfo de AFM onverwijld wijzigingen te melden in gegevens die eerder zijn verstrekt ten behoeve van de betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders. De betrouwbaarheidstoetsing vindt plaats op een wijze waarbij kort gezegd wordt nagegaan of sprake is van een antecedent op grond van artikelen 4:10 lid 3 Wft en 13 BGfo en de bijbehorende Bijlage C BGfo.⁶ Deze antecedenten zijn onder meer strafrechtelijk van aard.

3.2 Beantwoording vraag 2

Ten aanzien van de mededelingsplicht op grond van art. 19 BGfo geldt voor Safe Bouw Beheer het volgende. Het aangaan van een nevenfunctie, terwijl het voornemen tot verhoging van de beheersvergoeding bestaat, valt niet onder de definitie van het begrip incident. Van het gevolg ervan, namelijk (slechts) de schijn van belangenverstrengeling, kan niet gezegd worden dat dit een ernstig gevolg is voor de integere bedrijfsvoering. Bij daadwerkelijke belangenverstrengeling ligt dit evenwel anders. Safe Bouw Beheer is dan ook niet gehouden op grond van art. 19 BGfo een mededeling te doen aan de AFM.

Ten aanzien van de mededelingsplicht op grond van art. 88 BGfo geldt het volgende. Het aangaan van de nevenfunctie valt niet onder de reikwijdte van een van de categorieën van antecedenten als genoemd in Bijlage C BGfo. Derhalve is Safe Bouw Beheer ook niet op grond van art. 88 BGfo mededelingsplichtig.

Gezien het feit dat Safe Bouw Beheer niet gehouden is tot het melden van de nevenfunctie aan de AFM behoeft de vervolgvraag of te verwachten valt dat de AFM hiertegen op zal treden geen beantwoording.

4 POSITIE DEELNEMERS INZAKE VERHOOGING BEHEERSVERGOEDING

In deze paragraaf wordt gezien welke mogelijkheden er voor beleggers bestaan om Safe Bouw Beheer aan te spreken op de verhoging van de beheerskosten. In de voorwaarden van de drie beleggingsfondsen is geregeld welke vergoe-

⁵ *Stb.* 2006, 520, p. 173.

⁶ Zie ook R. Stijnen, 'De betrouwbaarheidstoetsing van bestuurders van financiële instellingen door de AFM en DNB', *FR* 2007-1/2, p. 13-26.

ding Safe Bouw Beheer ontvangt voor de uitoefening van zijn beheerstaken. In paragraaf 4.1 wordt besproken welke regels gelden ingeval van wijziging van fondsvoorwaarden. In paragraaf 4.2 volgt de beantwoording van de gestelde vraag.

4.1 Wijziging fondsvoorwaarden

Door de Wft wordt de mogelijkheid om als beheerder eenzijdig fondsvoorwaarden te wijzigen niet ontnomen, zelfs niet als deze wijziging de rechten of zekerheden van de deelnemers vermindert of lasten aan hen oplegt. Het is derhalve mogelijk dat de fondsvoorwaarden bepalen dat deze gewijzigd kunnen worden zonder instemming van de deelnemers. Hier gelden echter wel enkele randvoorwaarden. Art. 4:47 lid 1 Wft bepaalt dat de beheerder een voorstel tot wijziging van voorwaarden bekend moet maken op zijn website en ofwel in een advertentie van een landelijk verspreid dagblad ofwel aan het adres van iedere deelnemer. De AFM dient van het voorstel op de hoogte gebracht te worden. In lid 3 is geregeld dat indien door de wijziging van de voorwaarden de rechten of zekerheden van de deelnemers worden vermindert of lasten aan de deelnemers worden opgelegd, de wijziging niet tegenover de deelnemers wordt ingeroepen voordat een periode van drie maanden verstreken is. Binnen deze periode kunnen de deelnemers onder gebruikelijke voorwaarden uittreden.

Dit uittreden onder gebruikelijke voorwaarden is echter in de praktijk van beleggingsfondsen niet zonder meer vanzelfsprekend. Gedacht kan worden aan fondsen waarbij het niet mogelijk is om op verzoek van deelnemers de deelnemingsrechten te laten inkopen (closed end fondsen). Hier bestaat geen mogelijkheid tot uittreding, hetgeen dientengevolge ook niet op gebruikelijke voorwaarden kan plaatsvinden.⁷ Onder dergelijke omstandigheden kan de eenzijdige wijzigingsbevoegdheid van de beheerder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁸

4.2 Beantwoording vraag 3

Beleggers kunnen zich tegen de beheersvergoeding verzetten door een beroep te doen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁹ Vraag

7 J.W.P.M. van der Velden, 'Beleggingsfondsen en civielrechtelijke praktijk', *O&F* 2009 (17), nr. 3, p. 24.

8 J.W.P.M. van der Velden, 'Wijziging van voorwaarden van een beleggingsfonds', *TvE* 2001-12, p. 227.

9 J.W.P.M. van der Velden, *Beleggingsfondsen naar burgerlijk recht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2008, p. 211.

is nu wat deze beleggers zouden moeten stellen en eventueel bewijzen om een geslaagd beroep hierop te kunnen doen.

Uitgangspunt is dat naar mate de redelijkheid en billijkheid meer in de voorwaarden van beheer zijn verdisconteerd er minder ruimte is voor de corrigerende werking ervan. De rechter dient zich in dat geval terughoudender op te stellen.¹⁰ De beleggers dienen dan ook aan te tonen dat de redelijkheid en billijkheid niet, althans niet voldoende, verdisconteerd zijn in de fondsvoorwaarden. Met het oog hierop zijn op basis van jurisprudentie¹¹ en literatuur de volgende factoren van belang.

Beleggers dienen te stellen dat zij te weinig inspraak hebben in de fondsvoorwaarden op dit punt van de verhoging van de beheerskosten als gevolg waarvan ruimte moet zijn voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹² Wanneer beleggers kunnen aantonen dat er vanwege het closed end karakter van het fonds geen mogelijkheid bestaat tot uittreding ex art. 4:47 lid 4 Wft en dat de fondsvoorwaarden zonder instemming van deelnemers gewijzigd kunnen worden, bestaat de kans op een geslaagd beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van de forse verhoging van de beheersvergoedingen. De rechter kan vervolgens bepalen dat een reële uitstapmogelijkheid geboden dient te worden onder voor beleggers gunstige voorwaarden.

(Aantal woorden: 1950)

10 C.J. Groffen, 'De positie van deelnemers in een beleggingsfonds', *V&O* 1995-10, p. 112.

11 In de jurisprudentie zijn twee uitspraken bekend, waarin de rechter zich heeft uitgelaten over de redelijkheid en billijkheid in combinatie met voortijdige beëindiging van een beleggingsfonds, te weten: Rb. Rotterdam 30 maart 2004, *JOR* 2004, 167, m.nt. C.J. Groffen (*Vastgoed Mixfonds*); Pres. Rb. Rotterdam 17 augustus 1995, rolnr. 95/865 (*VEB/OAMF*), niet gepubliceerd; besproken door Groffen 1995, p. 109-112. Zie voor bespreking van voornoemde arresten ook: Van der Velden 2008, p. 205-211.

12 Groffen 1995, p. 112.

C O M M E N T A A R

In deze casus wordt een drietal vragen gesteld. De eerste twee vragen hebben betrekking op de (mogelijke) belangenverstrengeling van een beheerder van een beleggingsinstelling¹ in verband met een nevenfunctie van één van haar bestuurders. De derde vraag ziet op de eventuele juridische acties van beleggers naar aanleiding van een verhoging van de beheersvergoeding door de beheerder.

Belangenverstrengeling in de financiële sector betreft de situatie waarbij een persoon meerdere belangen heeft die zodanige invloed op elkaar kunnen uitoefenen dat de integere bedrijfsvoering van een financiële instelling in het geding komt. Hoewel het niet wettelijk is voorgeschreven dat een beheerder van een beleggingsinstelling niet mag handelen bij een tegenstrijdig belang, dient de verstrengeling van privébelangen tussen beheerder/bestuurder van de beheerder en deelnemers zoveel mogelijk voorkomen te worden. Hiervoor biedt de Wft enkele handvatten. Voor de beantwoording van eerste vraag (*'Is de handelswijze in overeenstemming met de wet?'*) dienen deze handvatten in kaart te worden gebracht en te worden toegepast op de concrete feiten van de casus. Mw. Kos is hierin ruimschoots geslaagd.

In haar uitwerking wijst Kos op de verplichting voor een vergunninghoudende beheerder om beleid op te stellen dat gericht is op het tegengaan van belangenverstrengeling welk beleid moet worden neergelegd in procedures en maatregelen (art. 4:11 lid 1 sub a en 4:14 lid 2 sub b, onder 1° Wft). In dit verband kan met name gedacht worden aan te voeren beleid met betrekking tot functiescheiding ('Chinese Walls'), persoonlijke transacties en het, voor deze casus van belang, aanvaarden en uitoefenen van nevenfuncties van bij de beheerder werkzame personen. Uit de casus blijkt dat volgens het beleid van Safe Bouw Beheer de nevenfunctie van bestuurder X (commissaris bij 'moedervernootschap' Fortress) is toegestaan. Of X deze functie ook in alle gevallen mag uitoefenen is echter niet duidelijk. Gedacht kan worden aan een mogelijke bepaling in het beleid van Safe Bouw Beheer die een bestuurder verbiedt om deel te nemen aan de (discussie en) besluitvorming in een besluitvormend orgaan van Fortress bij aangelegenheden die betrekking hebben op Safe Bouw Beheer. Een dergelijke bepaling vinden we ook terug in de Corporate Governance Code.² Nu hierover niets in de casus staat kan er vanuit worden gegaan dat Safe Bouw Beheer geen beperkingen aan X heeft opgelegd

1 Een beheerder van een beleggingsinstelling is een rechtspersoon die het beheer voert over één of meer beleggingsinstellingen. Zie art. 1:1 Wft. Het beheer van een beleggingsinstelling omvat o.a. het beheer van beleggingen en het aanbieden van deelnemingsrechten. De beheerder bepaalt voorts binnen de grenzen van de voorwaarden van de beleggingsinstelling het beleggingsbeleid en beslist over de aan- en verkoop van beleggingen voor de beleggingsinstelling.

2 De Nederlandse Corporate Governance Code ('Code Frijns'), 10 december 2008, II.3.3.

ten aanzien van de uitoefening van zijn nevenfunctie. De vraag die moet worden beantwoord is dan ook of dit wel had gemoeten. Hiervoor is het van belang te weten of de werkzaamheden van X als commissaris van Fortress integriteitsrisico's voor Safe Bouw Beheer met zich meebrengen.³ Met andere woorden: is er sprake van een (potentieel) belangenconflict/tegenstrijdig belang aan de zijde van X?

In beginsel heeft de raad van commissarissen van Fortress, waar X deel van uitmaakt, geen invloed op het mogelijke besluit tot wijziging van de beheerskosten van Safe Bouw Beheer. Dit is primair een aangelegenheid van het bestuur van Fortress, of beter gezegd: het bestuur van Safe Bouw Beheer zelf.⁴ X heeft dus als commissaris geen belangenconflict ten aanzien van de totstandkoming van besluiten die betrekking hebben op Safe Bouw Beheer. Dit belangenconflict is er mogelijk wel ten aanzien van de toezichtstaak van X. Hier wijst ook Kos op. Algemeen wordt aangenomen dat de RvC op holdingniveau mede toezicht dient te houden op de dochtermaatschappijen van de moedervennootschap, al dan niet via het toezicht op het beleid van het holdingbestuur.⁵ X heeft er als bestuurder van Safe Bouw Beheer (persoonlijk) belang bij dat de RvC niet ingrijpt in het voorgenomen beleid van Fortress om de beheersvergoeding van Safe Bouw Beheer te verhogen. Aldus bestaat er een kans dat X zich in zijn besluitvorming binnen de RvC laat beïnvloeden door zijn eigen belang en er dus sprake is van belangenverstrengeling. Kos concludeert hieruit dat de nevenfunctie van X in strijd is met de vereiste integriteit en daarom zou moeten worden geweigerd. De vraag is of dit niet wat ver gaat. Immers, de RvC speelt geen directe rol bij de besluitvorming omtrent Safe Bouw Beheer en het is ook maar de vraag in hoeverre hij hierin

3 Onder integriteitsrisico dient ingevolge art. 1 sub q Bgfo te worden verstaan: 'gevaar voor de aantasting van de reputatie of bestaande of toekomstige bedreiging van vermogen of resultaat van een financiële onderneming als gevolg van een ontoereikende naleving van hetgeen bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is voorgeschreven'.

4 Het bestuur van Safe Bouw Beheer is degene die het besluit tot verhoging van de beheersvergoeding moet nemen. Fortress kan in haar hoedanigheid van AvA van Safe Bouw Beheer wel een instructie (in de vorm van een instructiebesluit) aan het bestuur van Safe Bouw Beheer geven omtrent het gewenste te voeren beleid. Een dergelijk besluit is rechtens afdwingbaar op grond van art. 2:239 lid 4 BW indien de statuten van Safe Bouw Beheer deze bevoegdheid aan de AvA toekennen m.b.t. het algemene vergoedingsbeleid van de vennootschap. Overigens kan Fortress ook altijd, los van de vraag of er al dan niet een expliciete instructiebevoegdheid is, onwillige bestuurders van Safe Bouw Beheer ontslaan ingevolge art. 2:244 lid 1 BW. Zie over het instructierecht in concernverband eveneens S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 86-106.

5 Zie o.a. Bartman & Dorresteyn 2009, p. 112 en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, *Informatieverstrekking en informatievergadering in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen* (diss. Leiden; Nijmeegse serie, deel 56), Deventer: Kluwer 1997, p. 32. Bartman en Dorresteyn zijn van mening dat er sprake is van indirect toezicht op dochtermaatschappijen, namelijk via de controle op het beleid van het moederbestuur te dien aanzien, terwijl Delfos-Roy lijkt te betogen dat dochtermaatschappijen, via art. 2:140/250 lid 2 BW, aan direct toezicht van de RvC van de moedervennootschap zijn onderworpen.

wordt betrokken door het bestuur, mede gelet op de specifieke aard van het te nemen besluit. Ook heeft de RvC alleen ingeval het een structuurvennootschap betreft daadwerkelijk mogelijkheden om in te grijpen.⁶ Echter, ik ben het met Kos eens dat iedere mogelijke schijn van belangenverstrengeling, ongeacht of er daadwerkelijk sprake is van een conflict, moet worden vermeden. Dit blijkt ook uit de toelichting bij art. 18 Bgfo, waarin het te voeren beleid terzake van het tegengaan van belangenverstrengeling nader wordt uitgewerkt.⁷ X doet er dus verstandig aan de functie te weigeren (of aan het bestuur van Safe Bouw Beheer voor te stellen om in te stemmen met adequaat beleid op dit punt).

Bij de beantwoording van de tweede vraag (*'Dient X zijn nevenfunctie aan de AFM te melden?'*) gaat Kos in op de artikelen 19 en 88 Bgfo. Beide artikelen gaan hier volgens haar niet op. Dit lijkt mij juist. Art. 19 lid 3 Bgfo ziet op de verplichting om alle gedragingen (doen of nalaten) of gebeurtenissen die een ernstig gevaar vormen voor de integriteit van onder andere een beheerder aan de AFM te melden. In casu is geen sprake van een ernstig gevaar maar slechts de schijn van gevaar (zie hierboven). Volgens art. 88 leden 1 en 2 Bgfo bestaat er ook een meldingsplicht voor een beheerder als zich een wijziging voordoet in de door haarzelf verstrekte gegevens ten behoeve van de beoordeling van de personen die aan de betrouwbaarheidstoets zijn onderworpen. X dient als bestuurder van Safe Bouw Beheer aan deze toets te voldoen.⁸ De gegevens die in het kader van de betrouwbaarheid moeten worden verstrekt omvatten gegevens die betrekking hebben op een lijst met antecedenten die zijn opgenomen in Bijlage C behorend bij art. 13 Bgfo. Bijlage C is opgedeeld in strafrechtelijke (bijlagen C1 en C2), financiële (bijlage C3), toezichts- (bijlage C4), fiscale (bijlage C5) en overige⁹ (bijlage C6) antecedenten. Geen van deze antecedenten hebben betrekking op nevenfuncties, zodat er dus geen meldingsplicht bestaat met betrekking tot de nevenfunctie van X. Aangezien de AFM dus niet op de hoogte hoeft te worden gesteld zal zij, aldus ook Kos, niet snel geneigd zijn om in te grijpen. Overigens biedt de wet daar m.i. ook geen mogelijkheden toe. De betrouwbaarheid van X kan pas opnieuw¹⁰ worden getoetst indien de relevante feiten en omstandigheden hiertoe een redelijke aanleiding geven.¹¹ Volgens de Vierde Nota van Wijziging is er alleen sprake van een 'redelijke aanleiding' indien de AFM aanleiding heeft te veronderstellen

6 Door middel van schorsing of ontslag van bestuurders (zie art. 2:272 BW).

7 *Stb.* 2006, 520, p. 172-173.

8 Zie art. 4:10 lid 1 Wft j° 1 sub p Bgfo.

9 Bijvoorbeeld maatregelen die zijn opgelegd door de Dutch Securities Institute (DSI) of een beroepsorganisatie.

10 De AFM heeft de betrouwbaarheid van X al eens getoetst voordat zij een vergunning aan Safe Bouw Beheer verleende. Zie art. 2:67 lid 1 sub b Wft.

11 Art. 4:10 lid 2 Wft.

dat er een wijziging in de antecedenten heeft plaatsgevonden, wat hier, zoals gezegd, niet aan de orde is.¹²

De laatste vraag (*‘Welke mogelijkheden hebben beleggers om Safe Bouw Beheer aan te spreken op de verhoging van de beheerskosten?’*) is vanuit civielrechtelijk oogpunt waarschijnlijk het meest interessant. Er kunnen hier twee mogelijkheden worden onderscheiden, te weten (1) een mogelijk beroep op ‘strijd met de redelijkheid en billijkheid’ en (2) de mogelijkheid om de beheerder aan te spreken op grond van onrechtmatige daad c.q. wanprestatie. Kos gaat alleen in op de eerste optie. Op grond van het bepaalde in art. 6:248 lid 2 BW is een tussen partijen overeengekomen geldende regel niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In dit geval gaat het om de vraag of de eenzijdige bevoegdheid van Safe Bouw Beheer om tot verhoging van de beheersvergoeding over te gaan (door middel van wijziging van de fondsvoorwaarden) in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Een belangrijke omstandigheid is de mate waarin de verhoging van de beheersvergoeding het belang van de beleggers aantast. Betoogd kan worden dat beleggers onvoldoende belang hebben bij het tegengaan van de verhoging aangezien zij de mogelijkheid hebben om, binnen drie maanden na de bekendmaking van de verhoging, ‘onder gebruikelijke voorwaarden’ uit te treden.¹³ Echter, voor beleggers in zogenoemde closed end (‘gesloten’) beleggingsinstellingen is deze bescherming illusoir aangezien de ‘gebruikelijke voorwaarden’ van deze beleggingsinstellingen geen mogelijkheid tot uittreden aan beleggers biedt.¹⁴ Kos merkt dit op maar had wat mij betreft nog wat specifiekier op de casus kunnen ingaan. De

12 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 19, p. 500-501. Bij de herbeoordeling van de betrouwbaarheid van Zalm als ex-bestuurder van DSB door de DNB was de ‘redelijke aanleiding’ gelegen in het feit dat DSB failliet was gegaan. Zie rapport Scheltema d.d. 26 februari 2010, beschikbaar via <www.minfin.nl>, p. 2. Ik neem aan dat hiermee wordt bedoeld dat het faillissement van DSB een wijziging in de financiële antecedenten van Zalm tot gevolg had (zie Bijlage A3.2 Bpr, gelijklopend aan Bijlage C3.2 Bgfo), wat een redelijke aanleiding was om tot een herbeoordeling over te gaan. Vreemd genoeg heeft de DNB zich bij haar herbeoordeling niet gericht op de betrouwbaarheid van Zalm, maar op zijn deskundigheid, terwijl de wet alleen in de mogelijkheid voorziet de betrouwbaarheid opnieuw te toetsen. Overigens denk ik dat het onderscheid tussen betrouwbaarheid en deskundigheid, gelet op de brede omschrijving van het begrip deskundigheid dat wordt gehanteerd door de DNB (en de AFM), verwaarloosbaar is (zie rapport Scheltema, p. 14: ‘Het komt er in belangrijke mate op neer dat de deskundigheid wordt afgeleid uit hetgeen de heer Zalm binnen DSB heeft gedaan. Wordt er ten aanzien van een bepaald onderwerp geen goed beleid gevoerd, dan wordt daaruit onvoldoende deskundigheid op dat punt afgeleid.’).

13 Art. 4:47 lid 3 Wft. De term ‘uittreden’ ziet op de inkoop van deelnemingsrechten door de beleggingsinstelling en niet op het vervreemden van deze rechten aan een derde.

14 Anders dan zogenoemde open end beleggingsinstellingen. Volgens de AFM is een beleggingsinstelling een open end beleggingsinstelling indien zij minimaal één keer per jaar inkoopt. Alle beleggingsinstellingen die minder dan één keer per jaar inkopen worden dus door de AFM aangemerkt als closed end. Zie hierover eveneens H.E. Wegman, ‘Toezicht op (frauduleuze) beleggingsfondsen: systeem van uitzonderingen en vrijstellingen’, *O&F* 2009 (17), nr. 1, p. 7-8.

beleggingsinstellingen die Safe Bouw Beheer beheert zijn vastgoedfondsen die gedeeltelijk direct in vastgoed beleggen. Vastgoedfondsen zijn doorgaans closed end, aangezien het voor dergelijke fondsen moeilijk is om zich van de onderliggende ('illiquide') beleggingen te ontdoen teneinde over voldoende liquide middelen te beschikken om te kunnen inkopen.¹⁵ De kans dat beleggers in de onderhavige situatie kunnen uittreden is dus zeer klein. Dit zou kunnen betekenen dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat de beheerder zijn bevoegdheid tot het verhogen van de beheersvergoeding niet mag uitoefenen. Volgens Kos ligt het meer voor de hand dat de rechter bepaalt dat aan beleggers de mogelijkheid moet worden geboden om onder (door de rechter vast te stellen?) 'gunstige voorwaarden' uit te stappen. Ik ga er vanuit dat in dat geval de verhoging doorgang kan vinden. Hoe dan ook, beide opties lijken mij alleen redelijk als de hoogte van de vergoeding door de wijziging buitensporig is. Dit mede gelet op het feit dat beleggers in closed end fondsen in beginsel hun deelnemingsrechten nog kunnen doorverkopen op de secundaire markt.¹⁶

Wat betreft de mogelijkheden voor beleggers om een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad/wanprestatie te krijgen kan ik de volgende opmerkingen maken. In de praktijk is de beheerder bevoegd tot wijziging van de voorwaarden die gelden jegens de deelnemers in de beleggingsinstellingen die zij beheert. De Wft bevat enkele regels die zien op de wijze van openbaarmaking van wijzigingen van de voorwaarden, waaronder prijsstijgingen, en de melding van deze wijzigingen aan de AFM.¹⁷ Mede ook gelet op de 'uittreedmogelijkheid' en/of 'doorverkoopmogelijkheid' voor beleggers, lijkt het mij niet voor de hand te liggen dat zij tegen de verhoging an sich nog iets kunnen beginnen (in de vorm van een vordering tot schadevergoeding). Dit kan wellicht anders zijn indien de beheerder zich niet aan de wettelijke regels ten aanzien van de wijziging houdt of, zoals hierboven ook aangegeven, de

15 Ook vragen vastgoedfondsen deelnemers vaak minimaal €50.000 in te leggen, waardoor zij zijn vrijgesteld van de vergunningplicht en de doorlopende eisen uit de Wft. Uit de diverse fraudegevallen met vastgoedfondsen van de afgelopen jaren blijkt dat fondsen die gebruik maken van deze vrijstelling gevoelig zijn voor fraude. Zie Wegman 2009, p. 20. In het geval van Safe Bouw Beheer is dit echter niet aan de orde, aangezien zij over een vergunning beschikt.

16 Tenzij het niet-verhandelbare closed end deelnemingsrechten betreffen.

17 Een voorstel tot wijziging van de voorwaarden van een beleggingsinstelling en (na wijziging) de wijziging zelf dienen bijvoorbeeld bekend gemaakt te worden door middel van een advertentie in een landelijk verspreid Nederlandse krant of aan het adres van iedere deelnemer afzonderlijk of via de website. De beheerder dient tevens de (voorgestelde) wijziging op zijn website toe te lichten en de voorgestelde wijziging aan de AFM te melden. Zie art. 4:47 leden 1 en 2 Wft.

verhoging dusdanig hoog is dat dit het belang van de beleggers ernstig schaadt.¹⁸ Van dit laatste zal overigens denk ik niet snel sprake zijn.¹⁹

Kos heeft alle vragen van de opdracht prima uitgewerkt. Haar uitwerking levert een goed overzicht op van de relevante financiële wet- en regelgeving met betrekking tot het vervullen van nevenfuncties bij beheerders van beleggingsinstellingen. Daarnaast worden de mogelijke civielrechtelijke gevolgen indien de beheerder overgaat tot aanpassing van de beheersvergoeding in kaart gebracht. Deze twee thema's zijn met name interessant voor (beheerders van) vastgoedfondsen, aangezien vooral deze fondsen te maken hebben gehad met veel negatieve publiciteit rondom mogelijke belangenconflicten en (te) hoge kosten. Vanuit dit oogpunt doen beheerders er dus verstandig aan de besproken regelgeving er nog eens goed op na te slaan.

18 Of er dan sprake is van een onrechtmatige daad of wanprestatie hangt af van de vraag hoe je de betreffende bepalingen uit de Wft en het Bgfo interpreteert. Overtreding van art. 4:47 Wft lijkt mij in beginsel een onrechtmatige daad op te leveren. Bij overtreding van art. 18 Bgfo (de verplichting dat de beheerder in het belang van de deelnemers moet handelen) kan worden betoogd dat de beheerder wanprestatie pleegt aangezien deze bepaling betrekking heeft op de taak van de beheerder ten opzichte van de deelnemers en dus onderdeel uitmaakt van de overeenkomst tussen beheerder en deelnemers. Aldus eveneens: Van der Velden 2008, p. 195-196.

19 Anders: Grundmann-van de Krol 2010, p. 233-234. Grundmann-van de Krol stelt dat een wijziging die het belang van de deelnemers schaadt een onrechtmatige daad oplevert wegens overtreding van het Bgfo. Naar mijn mening houdt dit standpunt te weinig rekening met de waarborgen voor beleggers die in de Wft zijn opgenomen ('uittredmogelijkheid'), de mogelijke geringheid van de verhoging en de eventuele omstandigheden die een verhoging rechtvaardigen, zoals een verhoging van de beheersvergoeding ter dekking van bijv. een stijging van de administratieve lasten of de distributiekosten.

14 | Annotatie bij Doerga/Ymere

Van: E.H. Hondius

Aan: E.S. Daalder

Vorm: Annotatie

OPDRACHT

Schrijf een annotatie bij HR 18 juni 2010, *LJN* BM0893 (Doerga/Ymere).

UITWERKING

1 INLEIDING

In deze zaak, die veel aandacht in de media heeft gekregen, staat de vraag centraal of artikel 6:104 BW kan worden toegepast in gevallen van illegale onderverhuur. Deze vraag wordt door de Hoge Raad bevestigend beantwoord. Aangezien de overwegingen van de Hoge Raad voor een belangrijk deel voortbouwen op het arrest van het Hof, zal ook bij dat arrest uitgebreid stil worden gestaan.

De feiten in deze zaak waren als volgt. Doerga huurt vanaf 1 mei 1990 van stichting Ymere, een woningcorporatie in de zin van de Woningwet, een woning in Amsterdam. In de huurovereenkomst, destijds gesloten met de rechtsvoorgangster van Ymere, Levasu BV, wordt onder meer bepaald dat de huurder in geen geval zonder toestemming de woning mag onderverhuren. Doerga doet dit toch en zij verhuurt de woning in zijn geheel door aan studenten vanaf 1 januari 2003. De huuropbrengsten uit deze illegale onderverhuur zijn hoger dan de huur die Doerga aan Ymere betaalt.

Ymere vordert vervolgens van Doerga op grond van art. 6:104 BW afdracht van de winst die zij heeft gemaakt met de illegale onderverhuur. Artikel 6:104 BW bepaalt dat indien iemand door een onrechtmatige daad of tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, waarvoor hij jegens een ander aansprakelijk is, winst heeft genoten, de rechter op vordering van die ander de schade kan begroten op het bedrag van die winst of een gedeelte ervan. De reden voor opneming van dit artikel in het Burgerlijk Wetboek is dat het door de wetgever onredelijk werd geacht om 'ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waar door die ander vermoedelijk wél schade is geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is'.¹

De bepaling geeft geen 'vordering tot winstafracht', zoals ook in dit arrest van de Hoge Raad nogmaals benadrukt wordt (rov. 3.6). Zij verleent aan de rechter een discretionaire bevoegdheid om, indien er een schadevergoeding wordt gevorderd, de schade te begroten op het bedrag van de winst of een gedeelte hiervan. Het artikel vormt een uitwerking voor een bijzonder geval van de algemene regel van art. 6:97 BW.² Het biedt hiermee een wettelijke basis voor een vorm van abstracte schadeberekening. Dit heeft tot gevolg dat de eiser bij onzekerheid geen concreet nadeel hoeft aan te tonen. Wanneer echter uit de feiten blijkt of de aangesprokene kan aantonen dat er in zijn geheel geen

1 Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW. 6, p. 1269.

2 Namelijk het geval dat er door iemand schade is geleden door een toerekenbare tekortkoming of een onrechtmatige daad van de ander, waarvan de omvang niet in concreto vast te stellen is, en dat er door diezelfde toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad winst door de ander is gemaakt.

schade is geleden, dan is de weg naar toepassing van 6:104 BW afgesneden (HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, *Waeyen-scheers/Naus*).

In uitspraken van lagere rechters is de toepassing van art. 6:104 BW in gevallen van illegale onderhuur al vaker aan de orde gekomen.³ Deze uitspraken geven echter geen eenduidig antwoord op de vraag of dit artikel ook toepassing verdient in gevallen van illegale onderverhuur. Alleen al binnen de sector kanton van de rechtbank Amsterdam bestaat grote verdeeldheid.⁴ Tot dit arrest van de Hoge Raad bestond er dus onzekerheid over de vraag of toepassing van art. 6:104 BW in gevallen van illegale onderverhuur mogelijk is.

2 TOEPASSING VAN 6:104 BW BIJ ILLEGALE ONDERVERHUUR

De kantonrechter oordeelde in het onderhavige geval dat toepassing van art. 6:104 BW niet mogelijk was (Vzr. Rb. Amsterdam, sector kanton, 23 juli 2007, *WR* 2008, 29 (*Ymere/Doerga*)). Hij wees een schadevergoeding op voet van art. 6:104 BW op twee gronden af (rov. 8). Ymere had aangevoerd dat zij schade had geleden doordat zij een apart team om illegale onderverhuurpraktijken op te sporen in stand moest houden en doordat zij door dergelijke praktijken in mindere mate aan haar sociale doelstellingen kon voldoen (rov. 3). De kantonrechter oordeelde dat Ymere weliswaar zowel door onderverhuur in het algemeen, als door de onderhavige onderverhuur in het bijzonder schade lijdt, maar achtte onvoldoende aannemelijk dat de gevorderde schade in direct verband stond met de tekortkoming van de huurder. Daarbij overwoog hij dat het houden van het door Ymere bedoelde toezicht veeleer een van de kerntaken van haar onderneming is, die zij uit haar normale exploitatie moet bekostigen. Ten tweede, zo overwoog de kantonrechter, volgt uit het sociale karakter van de door de woningcorporatie gedreven onderneming dat zij zelf de winst die door de huurder is behaald niet zou willen en kunnen behalen.⁵

Dit vonnis houdt bij het Hof, dat wel ruimte ziet voor toepassing van 6:104 BW, geen stand (Hof Amsterdam 9 september 2008, *NJF* 2008, 437, *WR* 2008, 120 m.nt. F. van der Hoek). Het Hof neemt in rov. 4.7 aan dat, nu dit niet in hoger beroep betwist is, Ymere zowel in het algemeen als door de onderhavige

3 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam, 20 december 2006, kenmerk 708264 CV EXPL 05-19699 (*woonstichting Lieven de Key/Pasternak en Van der Velde*), Rb. Amsterdam (vzr.), sector kanton, locatie Amsterdam, 7 maart 2007, *LJN*: BD1197 <www.rechtspraak.nl> (*De Wheermolen/Moes*) en Rb. Amsterdam, sector kanton, locatie Amsterdam, 17 december 2007, *WR* 2008, 30, *JHV* 2008, 45 (*Het Oosten/Gharbharan*).

4 Zie hierover (uitgebreid) E.G. Veldhuizen, *JHV* 2009/1, p. 3-8, die ook een aantal van de in noot 3 aangehaalde zaken bespreekt.

5 Ymere is immers als woningcorporatie gebonden aan een maximale huurprijs die op basis van het zogenaamde 'woningwaarderingssstelsel' (ook wel 'puntenstelsel' genoemd) wordt berekend.

onderverhuur in het bijzonder schade heeft geleden. Ook staat vast dat de huurster een beduidend hoger bedrag aan huur heeft ontvangen, waardoor zij door haar wanprestatie winst heeft genoten. Hiermee is volgens het Hof 'in beginsel voldaan aan de vereisten die aan een schadebegroting op voet van art. 6:104 BW worden gesteld'.

In rov. 4.8 bouwt het Hof hierop voort door aan te geven dat het een feit van algemene bekendheid is dat contractueel verboden onderverhuur van sociale woningen in Amsterdam op grote schaal plaatsvindt. Dit heeft als gevolg dat deze huurwoningen worden onttrokken aan de doelgroepen waarvoor zij door de verhurende woningcorporatie bestemd zijn. Hierdoor lijdt Ymere schade in de vorm van de 'aanzienlijke kosten die zij moet maken om in voldoende mate de nadelen op te heffen die aan (grootschalige) onderverhuur verbonden zijn in verband met het realiseren van haar doelstellingen'. Hierbij moet worden gedacht aan kosten die verband houden met het sneller realiseren van de beschikbaarheid van woningen in de sociale sector en het waarborgen van de leefbaarheid van de woonomgeving, die door onderverhuur vaak zal worden aangetast. Deze schade wordt, zo zegt het Hof, (ten dele) veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming van de huurster en zij is hier dan ook mede aansprakelijk voor te houden.

Nu de omvang van de aan Ymere toegebrachte schade naar zijn aard niet in concreto vast te stellen is, evenmin als de mate waarin de huurster aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen, is het Hof, in tegenstelling tot de kantonrechter, van mening dat schadeberekening op de voet van art. 6:104 BW wel passend is. Het Hof baseert zich hierbij op de parlementaire geschiedenis van art. 6:104 BW. Hieruit komt naar voren dat de wetgever bij toepassing van dit artikel expliciet heeft gedacht aan 'het onbevoegd uitbaten van zaken door een houder'.⁶

De Hoge Raad volgt het oordeel van het Hof dat art. 6:104 BW in dit geval kan worden toegepast. Hij voegt op basis van het cassatiemiddel de volgende overwegingen hieraan toe. Het middel richt zich om te beginnen tegen het oordeel van het Hof dat het er niet toe doet dat Ymere als sociale woningcorporatie niet dezelfde winst als de huurster zou willen en kunnen behalen, aangezien zij gebonden is aan een maximaal huurprijsniveau. De Hoge Raad bevestigt dit oordeel (rov. 3.7): de winst uit art. 6:104 BW hoeft geen betrekking te hebben op de winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. De bepaling behelst immers een begroting van de schade die mede kan bestaan in ander nadeel dan de gederfde winst.

Daarnaast kan volgens de Hoge Raad niet de eis worden gesteld dat de op voet van art. 6:104 BW op te leggen schadevergoeding in reële verhouding staat tot de daadwerkelijk geleden schade. Deze bepaling leent zich immers juist voor die gevallen waarin de omvang van de schade niet duidelijk is. Er moet echter wel rekening worden gehouden met het niet-punitieve karakter

6 MvA II, Parl. Gesch. InvW. 6, p. 1266-67.

van art. 6:104 BW. Wat bedoelt de Hoge Raad hiermee? In rov 3.6 stelt de hij dat 'de wijze van schadebegroting waarin art. 6:104 voorziet niet, ook niet mede, het karakter heeft van een punitieve maatregel – zoals blijkt het arrest van het BenGH van 24 oktober 2005, nr. A2004/5, LJN AW2551, NJ 2006, 442 (rov. 11) wel het geval is met de vordering tot winstafdracht van (thans:) art. 2.21 lid 4 BVIE'.^{7/8} De rechter behoort daarom, zo zegt de Hoge Raad, bij toepassing van art. 6:104 BW in zoverre terughoudendheid in acht te nemen, dat indien aannemelijk is dat de winst die de schuldenaar heeft genoten de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel moet worden begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Kortom, er hoeft geen reële verhouding te bestaan tussen schade en schadevergoeding, maar helemaal vrij is de rechter bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding nu ook weer niet: art. 6:104 BW is en blijft een vorm van schadebegroting, geen punitieve maatregel.

3 EEN NIEUW WAPEN TEGEN ILLEGALE ONDERVERHUUR?

Het arrest van het Hof en dat van de Hoge Raad worden in de media bestempeld als een doorbraak.⁹ Het lijkt er daarom op dat het arrest van de Hoge Raad van groot belang in de strijd tegen illegale onderhuur zal blijken te zijn. Of toch niet? Bij nadere bestudering lijkt er toch een aantal haken en ogen aan de toepassing van dit arrest in de praktijk te zitten.

Om te beginnen roept de aard van de schade die het Hof en later ook de Hoge Raad aanneemt vragen op. Koning plaatst een kritische kanttekening bij deze schadeposten.¹⁰ Volgens haar is het onzeker in hoeverre verboden onderverhuur nu echt leidt tot het sneller bouwen van huurwoningen. Het lijkt haar onwaarschijnlijk dat het aantal te bouwen woningen wordt opgevoerd naarmate de wachttijd voor een sociale huurwoning oploopt en (wellicht belangrijker nog) de woningcorporatie is hiertoe ook niet verplicht. In hoeverre Ymere in dit opzicht dus schade lijdt is maar de vraag.

7 Beneluxverdrag inzake de Intellectuele Eigendom.

8 Deze overweging van de Hoge Raad is minder verwonderlijk dan zij op het eerste gezicht lijkt. Als men kijkt naar de bewoordingen van 2.21 lid 4 BVIE komt veel duidelijker naar voren dat het daar gaat om een punitieve maatregel. Zo kan de merkhouders de winst opvorderen *naast* een eventuele vordering tot schadevergoeding (2.21 lid 4 eerste zin). Ook wordt de vordering tot winstafdracht alleen door de rechter toegewezen, indien degene die inbreuk heeft gemaakt, kort gezegd, te kwader trouw was (2.21 lid 4 laatste zin).

9 Zie bijvoorbeeld, los van de juridische media die vrijwel allemaal melding maken van deze arresten, over het arrest van het Hof het bericht in de Volkskrant op 18 september 2008. Zie over het arrest van de Hoge Raad het bericht op <www.nu.nl> van 18 juni 2010, het bericht in de Telegraaf van 18 juni 2010 en de NRC weblog van Jos Verlaan op 25 juni 2010.

10 J. Koning, *vastgoedrecht* 2008-4, p. 19-20.

Ook van der Hoek zet zijn vraagtekens bij de door het Hof aangenomen schade in zijn noot onder het arrest van 9 september 2008.¹¹ Hij wijst erop dat de schade die Ymere meent te lijden ook door andere oorzaken kan ontstaan. Zo dragen de woningcorporaties volgens hem ook zelf bij aan de verkleining van de sociale woningvoorraad door verkoop van een zeker quotum van de voorraad en verhuur van woningen boven de liberalisatiegrens. Voorts kan de door het Hof als schade aangenomen aantasting van de leefbaarheid van de woonomgeving door andere oorzaken dan onderhuur ontstaan.

In het licht van de opmerkingen van Koning en van der Hoek zou betoogd kunnen worden dat de schade, zoals zij door het Hof wordt ingevuld, wellicht niet zo evident is als zij lijkt.¹² Van der Hoek merkt op dit punt op dat het Hof een groot aantal aannames hanteert en weidse causale verbanden legt. Hierdoor dreigt het Hof volgens hem aan art. 6:104 BW wellicht toch een punitief karakter toe te dichten. Immers, hoe zwakker het causaal verband tussen schending en schade, hoe eerder een bepaling een punitief karakter dreigt te krijgen.

Een ander interessant facet van dit arrest is zijn toepassing bij *particuliere ver- en onderverhuur*. Kan art. 6:104 BW in die gevallen ook worden toegepast? In zijn conclusie onder 3.7 geeft A-G Wissink aan dat zijns inziens 'niet op voorhand gezegd kan worden dat een afweging die de rechter in dit kader maakt, ook zonder meer zal gelden in alle andere gevallen, zoals bijvoorbeeld die van *particuliere verhuur van woningen*'. Ook in de literatuur wordt getwijfeld aan de toepasbaarheid van art. 6:104 BW in gevallen van *particuliere verhuur*.¹³ Het probleem in deze gevallen is het bestaan van de abstracte schade, zoals die door het Hof en de Hoge Raad wordt ingevuld, die een toepassing van art. 6:104 BW rechtvaardigt. De schade die door het Hof wordt aangenomen zullen *particuliere verhuurders* doorgaans niet lijden. Immers, zij hebben geen sociale doelstellingen en maken dus ook geen kosten om deze te realiseren. De enig denkbare kosten die zij zouden kunnen maken, zijn kosten ter opsporing en preventie van illegale onderverhuur. Over die kosten en de mogelijke toepassing van art. 6:104 BW hebben het Hof en de Hoge Raad zich nu juist niet uitgelaten; of art. 6:104 BW met betrekking tot schade in de vorm van deze kosten kan worden toegepast staat geenszins vast. Ymere had deze kosten als schade gevorderd in eerste aanleg. Naar aanleiding van het debat dat hierover bij de kantonrechter ontstond (zie 3.29.4 van de conclusie A-G) en het oordeel van de kantonrechter over deze kosten,¹⁴ heeft Ymere in appel deze alleen gevorderd in het kader van haar subsidiaire grondslag,

11 Hof Amsterdam 9 september 2008, WR 2008, 120 m.nt. F. van der Hoek.

12 Beide schrijvers dragen helaas geen cijfermateriaal of andere bronnen aan ter ondersteuning van deze opmerkingen.

13 E.G. Veldhuizen, *JHV* 2009-1, p. 3-8 onder 'particuliere (grote) verhuurders' en J. Koning, *Vastgoedrecht* 2008-4, p. 89 en 2009-1, p. 20.

14 Zie de behandeling van het vonnis van de kantonrechter onder 5 en rov. 8 in het vonnis zelf.

te weten art. 6:96 lid 2 sub b en c BW (redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en tot verkrijging van vergoeding buiten rechte). Door het Hof en de Hoge Raad is hierdoor alleen de schade in de vorm van de kosten tot het verwezenlijken van de sociale doelstellingen beoordeeld. Met betrekking tot de kosten ter opsporing van de illegale onderverhuurpraktijken blijft het oordeel van de kantonrechter staan.

De conclusie van het bovenstaande moet zijn dat het nog te bezien valt of de toepassing van art. 6:104 BW bij illegale onderverhuur een krachtig middel in de strijd tegen illegale onderverhuur oplevert, zoals Ymere betoogt. Mijns inziens is het zeker een krachtig middel, indien 6:104 ook daadwerkelijk op een dergelijk geval van toepassing kan worden verklaard. Dit is zeer afhankelijk van de feiten en daardoor zeker niet in elk geval van onderverhuur mogelijk. Zie bijvoorbeeld (recent) een uitspraak van de kantonrechter in Breda in een zaak, waarin een woningcorporatie wel schade had geleden door onderverhuur, maar er niet kon worden aangetoond dat de onderverhuurder ook daadwerkelijk winst had genoten en toepassing van 6:104 BW dus niet mogelijk was.¹⁵

(Aantal woorden: 2236)

15 Rb. Breda, sector kanton, 10 maart 2010, rov. 3.18-19. Dit vonnis is gewezen voor het besproken arrest van de Hoge Raad, maar na het arrest van het Hof Amsterdam, dat ook in de procedure door de Stichting Wonen West-Brabant is aangedragen.

C O M M E N T A A R

Over het annoteren van arresten. Naar aanleiding van HR 18 juni 2010, LJN BM0893 m.nt. E.S. Daalder

1 EEN GOEDE NOOT

De noot van Elsemieke Daalder onder HR 18 juni 2010, LJN BM0893 is een goede annotatie. Dat oordeel behoeft onderbouwing. Wat is een goede annotatie? Een annotatie is goed als zij, zo nodig, uitleg geeft van de door de Hoge Raad gekozen lijn. Als zij het geannoteerde arrest in context plaatst: deze uitspraak is in lijn met voorgaande arresten, of wijkt er op een bepaald punt van af; het onderhavige arrest is al dan niet in overeenstemming met ontwikkelingen in belendende rechtspercelen, met komende wetgeving of met de literatuur.

Jurisprudentie is niet enkel een zaak van de rechter; wil er precedentwerking van uit gaan, dan is medewerking van de annotatoren noodzakelijk. De arresten van de Hoge Raad gingen pas een bijdrage aan de rechtsvorming leveren toen Meijers en Scholten ze van annotaties gingen voorzien. De Amerikaanse auteur Lasser ziet in de annotaties van Franse cassatie-arresten zelfs een zodanige toegevoegde waarde dat zij op hetzelfde plan moeten worden geplaatst als de uitspraak zelf – zie hierover bij ons Nick Huls, Maurice Adams, Jacco Bomhoff (red.), *The legitimacy of highest courts' rulings/Judicial deliberations and beyond*, Den Haag: Asser Press, 2009, 478 p.

Context is een ruim begrip. In mijn ogen valt er ook de Europese context onder. In het huidige tijdsgewricht mag een verwijzing naar het *Draft common frame of reference* niet ontbreken. Soms is voorts nadere explicatie gewenst, bijvoorbeeld omdat de casuspositie niet volledig uit de gepubliceerde stukken blijkt. De annotator zal veelal desgevraagd de beschikking over het gehele procesdossier kunnen krijgen.

Een noot mag, nee moet ook kritisch zijn, graag zelfs. Indien de kritiek gerechtvaardigd is, zal de desbetreffende instantie er haar voordeel mee kunnen doen.

2 WAAR EEN ANNOTATIE AAN MOET VOLDOEN

Waar aan ontleen ik deze criteria? Over het verschijnsel annoteren is niet zo veel geschreven.¹ Kort geleden schreef de Amsterdamse advocaat Rob Bleeker er over in de Van den Berg-bundel.² Voordien had Bloembergen er al over gepubliceerd.³ Die laatste publicatie is het meest interessant. Bloembergen vertelt van het Leidse experiment van Hans Crombag (de latere Limburgse rechtspsycholoog) en Job Cohen (de latere politicus) om annotatoren in een bandopname-apparaat te laten inspreken hoe hun denkwerk bij het annoteren verliep. Met name de brainwave van Bloembergen – na hem stakte het experiment – om het bestuursrecht in zijn noot te betrekken is menigeen bijgebleven. Een noot begint voor hem met het uiteen zetten van de kern van de feiten. Vervolgens moet de annotator thuis geraken in het spraakgebruik van de Hoge Raad. Dan moet hij de bewoordingen van de uitspraak duiden. En daarna moet het arrest in het bestaande systeem van het recht worden geplaatst. Soms zullen ook stijl en vorm, cassatietechniek, methode van rechtsvinding en de plaats van de rechter in het staatsbestel aandacht behoeven. Essentieel is tenslotte het kritisch opiniëren. Bleeker voegt daar nog de historische en de rechtsvergelijkende context aan toe.

3 SCHADEBEGROTING EN ‘GEWINNABSCHÖPFUNG’

Terug naar het hierboven geannoteerde arrest. Het is een goede noot, schreef ik al. Er is weinig op aan te merken. De annotator geeft aan dat het arrest veel commentaar heeft uitgelokt, waarvan een deel eerst na voltooiing van haar noot is verschenen. Dat is niet erg, in tegendeel: het is juist van groot belang dat annotaties zo spoedig mogelijk na het wijzen van het arrest verschijnen. Een mooi voorbeeld wordt gevormd door de annotaties van oud-PG Rob Mok in de *NJ*, die stevast zeer kort na het arrest uitkomen. Afschrikwekkend voorbeeld is het BOVAG III-arrest van 26 februari 1960, dat eerst na vijf jaar – zonder noot – de *NJ* (1965, 373) haalde, naar boze maar betrouwbare tongen beweren omdat de annotator het niet uit zijn handen liet komen.

Op één punt wil ik de auteur aanvullen. In Waeyen-Scheers/Naus (*NJ* 1995, 421) heeft de Hoge Raad de mogelijkheid om art. 6:104 te hanteren als bron

1 Ook algemene onderzoeksinstructies plegen de annotatie niet afzonderlijk te behandelen – zie bijv. Ian Curry-Sumner *et al.*, *Onderzoeksvaardigheden/Instructie voor juristen*, Nijmegen: Ars Aequi, 2010, 68 + 68 p. (ook Engelstalig).

2 R.G.T. Bleeker, De noot, in: M.A.B. Chao-Duvis, C.E.C. Jansen, J.B.M. Vranken (red.), *Alleen samen/Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.A.M.C. van den Berg*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht, 2010, p. 483-492.

3 A.R. Bloembergen, Over het annoteren van arresten, in: J. Spier en W.A.M. van Schendel (red.), *Schadevergoeding: een eeuw later/Opstellen aangeboden aan mr A.R. Bloembergen*, Deventer: Kluwer, 2002, p. 165-192.

voor winstafdracht afgewezen. In het onderhavige arrest wordt hier niet op teruggekomen. Er was voor de annotator dus ook geen reden om hierop in te gaan. Mijn kanttekening is niet meer dan een overweging ten overvloede en nog wel een *ceterum censeo*. Ik betreur het dat ons recht niet de mogelijkheid van *Gewinnabschöpfung* biedt. In het kader van het pluk ze-beginsel zou het goed zijn als onrechtmatige winst moet worden afgedragen. In (sommige) andere landen gebeurt dat wel. Ik verwijs naar publicaties van James Edelman, *Gain-based damages*, diss. Oxford, Oxford: Hart, 2002, 279 p.; J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, diss. Tilburg, Den Haag: Boom, 2001, 848 p.; Hans Micklitz en Astrid Stadler, *Unrechtsgewinnabschöpfung*, Baden-Baden: Nomos, 2003, 147 p.; Konrad Rusch, *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten*, diss. Regensburg, Tübingen: Mohr, 2003, 299 p. en Irina Soeffky, *Vertragliche Gewinnhaftung in Europa*, diss. Berlijn, Baden-Baden: Nomos, 2004, 185 p. Overigens moet ik erkennen dat ook het DCFR winstafdracht afwijst (deel I, p. 915 ad art. III-3:701 Comment B).

4 WETENSCHAPSPOLITIEK: SNIJDERS C. STOLKER

Er is nog een andere zaak. Wat is de waarde van een annotatie? Behoren noten tot de categorie wetenschappelijke publicaties of die der vakpublicaties? De kwestie lijkt van louter academische betekenis, maar dat is zij niet. Aan het eind van ieder jaar moeten onderzoekers – ook van onze faculteit – hun publicaties turven en inzenden naar het faculteitsbestuur. Wie duurzaam onder de maat blijft, kan promotie naar hogere rangen wel vergeten. Het aantal goede onderzoekers speelt ook een rol bij de vierjaarlijkse onderzoeksvisiteatie en indirect zelfs bij de al dan niet accreditatie van een – door Leiden begeerde maar niet goedgekeurde – onderzoeksmaster. Het kwam bij annotatoren daarom hard aan dat de commissie-Stolker enige jaren terug besloot om annotaties bij de beoordeling van het juridisch onderzoek in het geheel niet mee te wegen. *NJ*-annotator Henk Snijders nam er in *NTBR* 2003, p. 173 ernstig aanstoot aan. Een interne Leidse discussie in optima forma! Nadien zijn de annotaties alsnog ‘erkend’, maar dan wel als ‘vakpublicaties’. Ook dat zal de annotatoren niet zinnen. Maar de kwalificatie is mijns inziens wel terecht. Een annotatie kan heel belangrijk, heel goed geschreven en heel doorwrocht zijn. Maar het is en blijft een *afgeleide* publicatie. Net als een boekbespreking of commentaar op een wetsvoorstel dat zijn.

5 TERUG NAAR HET PRAKTICUM

Deze annotatie verschijnt in een bundel bij gelegenheid van veertig jaar Prakticum privaatrecht. Veertig jaar geleden was ik bij de totstandkoming van het practicum betrokken. Ik ben er niet de bedenker van, zoals de initiatiefnemers

van deze bundel dachten. Dat waren Piet Neleman en Rob Smits die toen in Leiden *in civilibus* de dienst uitmaakten (zij waren het ook die de basis legden van het *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* van Huib Drion, waarvan de opvolger wordt verzorgd door Jaap Hijma en Marianne Olthof). Bij gelegenheid van hun beider overstap naar de rechterlijke macht, Piet uiteindelijk naar de Hoge Raad en Rob naar de Rechtbank Arnhem waar hij jarenlang de opleiding van jonge rechters verzorgde, kwamen zij met een notitie 'Après nous'. Hierin ontvouwen zij enige gedachten over de toekomst van het Leidse onderwijs in het burgerlijk recht na hun vertrek. Een van deze gedachten was de invoering van 'prak & priv', zoals zij al spoedig zouden gaan heten: een practicum en een privatissimum burgerlijk recht. Het practicum zou bestaan in acht opdrachten van wisselende signatuur over wisselende onderwerpen. Zo diende bijvoorbeeld een contract te worden ontworpen, een memorie van grieven te worden geschreven en een kritische reactie op een familierechtelijk wetsvoorstel te worden geconcipieerd. Het privatissimum was gewijd aan steeds wisselende thema's, die op dat moment de aandacht trokken.

Wat was de achtergrond van 'après nous'? Het was in die tijd zo dat studenten Nederlands recht konden kiezen uit vier afstudeerrichtingen: civielrechtelijk, handelsrechtelijk, staatsrechtelijk en strafrechtelijk. De grote meerderheid opteerde voor civiel recht. Omdat dat status gaf, omdat 'men' dat nu eenmaal deed (zelfs de docenten strafrecht van die tijd waren alle acht civielrechtelijk afgestudeerd) en omdat ... het de lichtste richting was. Het enige verschil met een tentamen 'burgerlijk recht summier' (voor de andere richtingen) was dat 'burgerlijk recht uitgebreid' wat meer rechtspraak, bijzondere contracten en stukken handboek bekend veronderstelde. Door practicum en privatissimum voor de civielrechtelijke richting verplicht voor te schrijven, kon de wassen neus van het 'burgerlijk recht uitgebreid' verdwijnen. De invoering van beide nieuwe onderwijsvormen was meteen een succes. Dat was het mede omdat samenwerking werd toegestaan (mits de ingeleverde werkstukken maar onderling verschilden). Nu nog worden er jaarlijks reünies georganiseerd van oud-practicumdeelnemers. Het practicum vond ook elders, zowel binnen als buiten de faculteit (bijvoorbeeld in Utrecht) navolging.

Een verklaring voor het succes was dat de opdrachten steeds verschillend waren. Iedere week was er weer wat nieuws. Een van de meest aantrekkelijke opdrachten was het schrijven van een conclusie van de PG of AG bij de Hoge Raad. Ter voorbereiding plachten wij te luisteren naar de pleidooien in een civielrechtelijke zaak. Vervolgens schreven de studenten de Conclusie die door ons werd beoordeeld. Enige tijd later werd de 'echte' conclusie van de AG of PG gepubliceerd en konden zij controleren of wij hun werkstukken juist hadden beoordeeld (het gebeurde een enkele keer dat de werkstukken stukken beter dan het echte werk waren!). Aanvankelijk lieten wij een arrest schrijven, maar omdat dat – zeker in die tijd – nog geen verwijzingen naar vindplaatsen bevatte, was een dergelijk werkstuk minder gemakkelijk te toetsen. Een Conclu-

sie, met de gebruikelijke literatuurverwijzingen en rechtsvergelijkende notities, was hiervoor ideaal.

Bijkomend voordeel was dat we naar topadvocaten gingen luisteren. In die tijd – hoe lang nog? – was er in Den Haag een aparte cassatie-balie met gespecialiseerde cassatie-advocaten. Nog herinner ik mij het pleidooi van de advocaat Maris in de Teixeira de Mattos-zaak (NJ 1968, 274): ‘Hoogedelachtbaar college, vanmorgen nog heb ik de proef op de som genomen. Van mijn oudste dochter (‘Mulder’) heb ik één tennisbal in leen gevraagd en van mijn jongste (‘Peijnenburg’) drie. Die zijn dus nu mijn eigendom, zei ik mijn dochters, die dit apert onredelijk bleken te vinden’. Ik citeer uit het hoofd. Helaas: pleidooien vinden nauwelijks meer plaats aan de Kazernestraat (vroeger: Plein). Toch hadden we het graag nog eenmaal overgedaan, de annotator en ik. Met medewerking van de oud-practicumdocent AG Wuisman bij de Hoge Raad hadden we een mooie zaak uitgezocht waarin hij zou concluderen. Maar hij concludeerde vervroegd en zelfs de Hoge Raad deed vervroegd uitspraak. Daarmee werd ons de mogelijkheid ontnomen om voor de AG en de Hoge Raad uit te werken. Zodat we besloten om maar gewoon de vorm van een annotatie te kiezen. Die u hierboven hebt kunnen lezen.

15 | Renovatieregeling in het huurrecht, in het bijzonder middenstandsbedrijfsruimte

Van: G.M. Kerpestein

Aan: R.A. Dozy

Vorm: Commentaar stellingen

OPDRACHT

Art. 7:220 BW bevat de commune renovatieregeling in het per 1 augustus 2003 geldende huurrecht. De ratio van deze regeling is het naar een hoger niveau brengen van het (verouderde) woningbestand in Nederland, waarbij huurders tijdelijk kunnen worden uitgeplaatst zonder dat huurovereenkomsten worden beëindigd. Art. 220 lid 1 betreft het uitvoeren van dringende werkzaamheden, art. 220 lid 2 betreft het uitvoeren van renovatiewerkzaamheden (sloop en nieuwbouw en gedeeltelijke vernieuwing door verandering of toevoeging).

In art. 7:296 lid 1 sub a slotzin BW wordt op deze strekking voortgeboord in het kader van huurbeëindiging bij detailhandelbedrijfsruimte waarbij dringend eigen gebruik nu ook wegens renovatie wordt gefaciliteerd. Vóórdien geschiedde dit via de belangenafweging. Thans, via dringend eigen gebruik, vindt geen belangenafweging meer plaats. De verhuurder dient dringend eigen gebruik bovendien slechts aannemelijk te maken.

Er kunnen zich hier drie problemen voordoen. Onderstaand worden deze problemen weergegeven in de vorm van drie stellingen. De bedoeling is dat u deze drie stellingen becommentarieert.

1. Het onderscheid tussen 220 lid 1 en 220 lid 2 is onder omstandigheden vaag. Vooral bij funderingsherstel bij detailhandelbedrijfsruimte kan onduidelijk zijn of sprake is van ófwel dringende werkzaamheden (waarbij de verhuurder geen redelijk renovatievoorstel behoeft te doen), ófwel renovatiewerkzaamheden (waarbij wél een renovatievoorstel moet worden gedaan). De verhuurder verkeert daarbij in de positie bij het opstellen van het bestek te manipuleren teneinde aan rechterlijke toetsing op de redelijkheid van het renovatievoorstel te ontkomen. Dit laatste is onwenselijk omdat de financiële gevolgen voor de locatiegebonden huurder ingrijpend zijn. Omdat de wetgever een dergelijke huurder niet voor ogen had bij het opstellen van art. 7:220, dient voor detailhandelbedrijfsruimte ook in geval van dringende werkzaamheden op de voet van art. 220 lid 1 een renovatievoorstel te worden gedaan.

2. In het kader van uitplaatsing van een huurder van detailhandelbedrijfsruimte, die naar zijn aard locatiegebonden is, kan een '220 lid 2-uitplaatsing' tot ongewenste gevolgen leiden. Bij een dergelijke uitplaatsing kan de noodzakelijk geachte binding met de locatie langdurig worden verbroken met verlies aan goodwill en winst als gevolg. De toetsing van de redelijkheid van een renovatievoorstel strekt zich hier echter niet toe uit. Speciaal voor detailhandelbedrijfsruimte dient om deze reden de toetsing in dier voege ruimer te worden dat deze (tevens) voorziet in een passende financiële compensatieregeling.
3. Omdat geen belangenafweging meer plaatsvindt in het kader van een huurbeëindiging op grond van dringend eigen gebruik wegens renovatie wordt bij detailhandelbedrijfsruimte de positie van deze huurder (te) sterk ondergraven. Het is wenselijk dat de wet voorschrijft dat hier toch een belangenafweging plaatsvindt. Hiertoe is recentelijk terecht een wetsvoorstel ingediend.

UITWERKING

1 INLEIDING

Met ingang van 1 augustus 2003 is in de wet, art. 7:220 BW, een algemene regeling¹ opgenomen voor de gedoogplicht van de huurder² betreffende dringende reparaties (lid 1) en/of renovatie (leden 2-3), die de verhuurder aan het gehuurde wil (laten) uitvoeren. Deze regeling veronderstelt instandhouding van de huurovereenkomst: de huurder moet de dringende reparaties en/of de renovatie 'gedogen', terwijl die werkzaamheden een inbreuk vormen op het 'rustig genot' dat gewaarborgd wordt door art. 7:203 BW. Indien de verhuurder echter de huurovereenkomst niet in stand kan of wil laten dient hij de huurovereenkomst te beëindigen op de gronden genoemd in art. 7:274 lid 1 sub c jo. lid 3 sub a BW (voor woonruimte) of art. 7:296 lid 1 sub b BW (voor middenstandsbedrijfsruimte).³

In dit artikel⁴ komen drie onderwerpen/stellingen aan bod die alle betrekking hebben op de huur van middenstandsbedrijfsruimte en die zien op een redelijk voorstel voor dringende werkzaamheden analoog aan renovatie, een passende financiële compensatieregeling en een belangenafweging bij huurbeëindiging in verband met renovatie.

2 EEN REDELIJK VOORSTEL IN GEVAL VAN DRINGENDE WERKZAAMHEDEN?

Indien de verhuurder wil overgaan tot het uitvoeren van dringende werkzaamheden aan het gehuurde, zal de huurder hem daartoe de gelegenheid moeten geven (de gedoogplicht), aldus art. 7:220 lid 1 BW. Indien de verhuurder wil overgaan tot renovatie dient hij de huurder een redelijk voorstel te doen, aldus art. 7:220 lid 2 BW. Het onderscheid tussen beide voorschriften springt wellicht direct in het oog: bij dringende werkzaamheden behoeft de verhuurder geen redelijk voorstel te doen, maar bij renovatieplannen wél. Dat maakt het onderscheid tussen dringende werkzaamheden en renovatie interessant. Kan de verhuurder kiezen voor de voor hem meest gunstige regeling, namelijk de 'kale' gedoogplicht van de huurder bij dringende werkzaamheden? Zolang

1 De algemene regeling geldt voor alle categorieën zaken, zoals woonruimte, 290-bedrijfsruimte en 230a-ruimte.

2 Lees ook (steeds) de vrouwelijke vorm.

3 Andere mogelijke opzeggings- of beëindigingsgronden zoals het niet accepteren van een redelijk renovatievoorstel of het verwezenlijken van een bestemmingsplan, blijven hier verder buiten beschouwing. Zie voor een opsomming van die mogelijkheden bijvoorbeeld E.H.H. Schelhaas, 'Renovatie', *TvHB* 2004, p. 41.

4 In deze opdracht, moet ik eigenlijk zeggen...

het onderscheid tussen dringende werkzaamheden en renovatie niet scherp is,⁵ en dat is het, luidt het antwoord bevestigend. Er zijn vast en zeker werkzaamheden te bedenken die zowel onder de noemer 'dringende werkzaamheden' als onder 'renovatie' zouden kunnen vallen. Te denken valt bijvoorbeeld aan werkzaamheden aan een dak(constructie).

In de wet (art. 7:220 lid 2, 2e zin BW) wordt onder renovatie ook sloop met vervangende nieuwbouw of gedeeltelijke vernieuwing door verandering of toevoeging verstaan. In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van deze bepaling vinden we niet écht een goed aanknopingspunt voor het onderscheid tussen dringende werkzaamheden en renovatie.⁶ Een taalkundige oplossing⁷ of uitleg leidt ook niet tot het gewenste, heldere onderscheid tussen beide (juridische) begrippen. Het wordt ook wel aan de rechter overgelaten, maar dat is niet altijd wenselijk alleen al omdat de rechter geen bouwkundige is en door de diverse casuïstiek het onderscheid er niet helderder door wordt.⁸ Het beste onderscheid tot nu toe is mijns inziens te vinden in het Belgische recht,⁹ alwaar de term 'hoog renovatie' wordt gebruikt; het gaat dan om werkzaamheden die ook het casco omvatten: 'het goed afbreken en weder opbouwen'. In de Belgische wettekst is hiervoor een minimumgrens opgenomen: de renovatiekosten dienen minimaal gelijk te zijn aan drie jaar huurpenningen. Ik vind dit een prettig, objectief en praktisch te hanteren onderscheid, ook al kan je verschillend denken over de lengte van de jaartermijn.¹⁰

Een andere mogelijkheid om het onderscheid tussen dringende werkzaamheden en renovaties te ecarteren is om de verhuurder ingeval van dringende werkzaamheden ook een voorstel te laten doen zoals bij renovatie. Ik ben daar

5 Zie bijvoorbeeld losbladige Huurrecht, aant. 41 (Six-Hummel) bij art. 7:220.

6 In het Verslag van de Commissie *Kamerstukken II* 26 089, nr. 5, 12 wordt deze vraag gesteld en het antwoord in de Nota *Kamerstukken II* 26 089, nr. 6, p. 13 is niet heel onderscheidend of helder: bij dringende werkzaamheden moet het gaan om werkzaamheden die niet zonder nadeel kunnen worden uitgesteld en onder renovatie valt niet ook een uitbreiding van voorzieningen of service, tenzij deze dient te worden verwezenlijkt door een gedeeltelijke vernieuwing door een verandering van of toevoeging aan de onroerende zaak. (Te vinden in A.R. de Jonge en E.E. de Wijkerslooth-Vinke, *Parlementaire Geschiedenis Huurrecht*, 2008, p. 323-324.) Ook op andere plaatsen in de parlementaire geschiedenis wordt geen helder onderscheid gegeven. In 'recente' parlementaire geschiedenis bij het wetsvoorstel *Kamerstukken II* 31 528, 2007/08, opnemings verhuiskostenvergoeding bij renovatie, wordt ook weer uitvoerig stilgestaan bij het onderscheid tussen onderhoud en renovatie (Nota n.a.v. het Verslag, *Kamerstukken II* 31 528, nr. 7, par. 2.1.2) maar ook dat levert geen helderheid op.

7 Zo wordt renovatie in de bekende dikke Van Dale (14^e druk, 2005) omschreven als: 1. her-nieuwing, vernieuwing, herstelling; 2. aanpassing van een woning aan de tegenwoordige eisen van elementair woongenot. Alleen al met 'tegenwoordige eisen' en 'elementair woongenot' kunnen juristen aan de haal gaan met een eigen, andere uitleg.

8 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 25 juni 2007, WR 2007, 84 (geen renovatie) en Hof Arnhem 22 april 2008, *LJN* BF5693, WR 2009, 74 (wel renovatie).

9 Zie diss. G.M. Kerpestein, *Huur en verhuur van bedrijfsruimte*, 2005, p. 343.

10 Die zou ook 2 of 4 jaar kunnen bedragen. In feite net zo arbitrair als de 70%-regel in lid 3 van art. 7:220 BW.

geen voorstander van. Ten eerste zal een dergelijk voorschrift, dat niet alleen voor verhuur van middenstandsbedrijfsruimte maar ook voor woonruimte en 230a-ruimte zou moeten gelden,¹¹ leiden tot meer procedures omdat de meningen over wat een 'redelijk voorstel' is natuurlijk flink uiteen kunnen lopen. Ten tweede is een dergelijk redelijk voorstel een 'overkill' als er sprake is van lichte, dringende werkzaamheden.¹² Ten derde, maar dan kom ik terug op wat hierboven al is beschreven: een objectief en praktisch te hanteren onderscheid geeft de meeste duidelijkheid en rechtszekerheid en – zeer waarschijnlijk – de minste procedures. Ik doel op de vaststelling van de hoogte van de kosten voor herstel/dringende werkzaamheden/renovatie; daar is zelfs geen wetswijziging voor nodig. In de rechtspraak en jurisprudentie wordt wel vaker aangeknoopt bij een prettig hanteerbare, vaste regel en dat zou voor het onderscheid tussen dringende werkzaamheden enerzijds en renovatie anderzijds wel eens gelegen kunnen zijn in een grens van 2, 3 of 4 jaar de jaarhuur; bóven die grens is dan sprake van renovatie.

3 EEN PASSENDE FINANCIËLE COMPENSATIEREGELING BIJ RENOVATIE?

Als er sprake is van renovatie, mét instandhouding van de huurovereenkomst en mét een tijdelijke verhuizing, dan brengt dat voor de huurder kosten met zich. Met de Wet van 4 februari 2010, *Stb.* 2010, 90, is met ingang van 27 februari 2010 voor de huurder van woonruimte¹³ een verhuiskostenvergoeding in de wet opgenomen (in de leden 5, 6 en 7 van art. 7:220 jo art. 7:275 BW).¹⁴ Voor de huurder van bedrijfsruimte is er geen bijzondere voorziening getroffen indien hij het gehuurde tijdelijk moet verlaten.¹⁵ Weliswaar is te verdedigen dat de verhuurder bij het 'redelijk voorstel' een voorstel tot financiële compen-

11 Ik zou geen goede of overtuigende reden kunnen bedenken om hier onderscheid te (willen) maken tussen de woonruimtehuurder en de bedrijfsruimtehuurder. Immers, ook de huurder van woonruimte kan geconfronteerd worden met (renovatie)plannen van de verhuurder die hij (liever) niet wil gedogen, maar die door de verhuurder gepresenteerd worden als 'dringende werkzaamheden'.

12 Bijvoorbeeld werkzaamheden aan riolering of elektra.

13 Voor de huurder van zelfstandige woonruimte (art. 7:234 BW), van een woonwagen (art. 7:235 BW) of van een standplaats (art. 7: 236 BW).

14 Voorheen gold er alleen een verhuiskostenregeling voor woonruimtehuurders die huurden van een woningstichting (art. 11g Besluit beheer sociale-huursector).

15 Bij *beëindiging* van de huurovereenkomst is de verhuurder wél gehouden een redelijk voorstel te doen met betrekking tot een tegemoetkoming in de kosten van verhuizing en inrichting, (zie art. 7:297 lid 1 BW), al moet men hier geen 'wilde bedragen' bij voorstellen want het gaat slechts om een 'tegemoetkoming'; zie de uitspraken genoemd in T.H.G. Steenmetser, 'Tijd voor herziening?', *TvHB* 2008-3 (mei/juni), p. 90 (noot 19).

satie doet, maar de parlementaire geschiedenis¹⁶ geeft geen aanknopingspunten voor een schadeloosstelling.¹⁷ En dat er een flink kostenplaatje verbonden zit aan een tijdelijke verhuizing van de bedrijfsruimtehuurder, die elders moet huren en zijn 'vaste publiek' en daarmee een deel van zijn omzet misschien misloopt, is niet zo moeilijk voor te stellen.¹⁸ Er gaan dan ook stemmen op om in de wet criteria vast te leggen op grond waarvan een passende financiële compensatieregeling (eenvoudig) kan worden bepaald. Dit lijkt heel aantrekkelijk voor de huurder van middenstandsbedrijfsruimte, maar een dergelijke regeling bergt twee nadelen in zich: voor de verhuurder kan het een remblok vormen om over te gaan tot (een noodzakelijke en/of ook door de huurder gewenste) renovatie en voor beide partijen kan het een struikelblok vormen in de onderhandelingen over een passende vergoeding, waar dan (weer) een rechter aan te pas moet komen. Wil een voorstel voor een passende financiële compensatieregeling in de praktijk effectief zijn, dan zal deze vooral eenvoudig moeten zijn en misschien wel zó eenvoudig dat er gewoon vaste bedragen of regels (op)genomen worden.¹⁹ Indien bijvoorbeeld de huurder voor 4 maanden elders zijn bedrijfsruimte moet voorzetten, dan zou een vergoeding gehanteerd kunnen worden van 4x de gemiddelde maandomzet in het gehuurde minus de gerealiseerde omzet in het tijdelijk onderkomen. Voorts zou bijvoorbeeld 75% van de verhuiskosten vergoed kunnen worden. Immers, we mogen er toch ook wel vanuit gaan dat de huurder ook wel enig voordeel heeft van de renovatie omdat zijn bedrijfsruimte na de renovatie er natuurlijk aantrekkelijk uit zal zien. Welk 'rekenmodel' men ook kiest, het moet praktisch hanteerbaar zijn met een minimale kans op verschil van mening (en dus verstoorde verhoudingen en een gerechtelijke procedure.) Hierover zal het laatste woord nog niet gesproken en geschreven zijn!

16 De wetgever (MvA p. 31, *Kamerstukken II* 1997/98, 26 089) noemt een aantal factoren: aard van de werkzaamheden, noodzaak van de medewerking van de huurder, financiële consequenties voor de *verhuurder*, huurprijsverhoging voor de huurder, mogelijkheid van een vervangend huurobject en de (bekende-RD) overige omstandigheden van het geval (waaronder natuurlijk wel een financiële compensatie kan worden meegewogen-RD)

17 Zie het hiervoor in noot 14 genoemde artikel en J.C. Toorman, 'Herontwikkeling en de nieuwe renovatieregeling', *TvHB* 2006-3, p. 81-83.

18 Zie D.H. de Witte, 'Schadebegroting geen natte vinger werk', *TvHB* 2004-1, p. 17-20 en M.G. Costers en A. de Fouw, 'De vergoeding bij renovatie: praktische tips voor onderhandelingen', *TvHB* 2008-3 (mei/juni), p. 93-98.

19 Ik realiseer mij uiteraard goed dat elke (renovatie)zaak natuurlijk weer nét anders is dan de andere en dat daarmee de vergoeding per zaak nét weer even anders ligt. Maar jarenlang procederen over de hoogte van een financiële compensatie kost net zo goed (tijd en) geld, dat beter besteed had kunnen worden aan de renovatie en de schadeloosstelling.

4 EEN BELANGENAFWEGING BIJ HUURBEËINDIGING WEGENS RENOVATIE?

De verhuurder die meent dat een renovatie van de middenstandsbedrijfsruimte niet kan geschieden zónder huurbeëindiging, zal de huurovereenkomst moeten opzeggen op de voet van art. 6:296 lid 1 sub b BW, wegens duurzaam of ook wel dringend eigen gebruik.²⁰ In deze bepaling is (thans) opgenomen dat onder duurzaam eigen gebruik begrepen wordt renovatie die zonder beëindiging van de huur niet mogelijk is. Deze opzeggingsmogelijkheid is een verruiming ten opzichte van de oude huurregeling zoals die gold tot 1 augustus 2003. Toen was dringend eigen gebruik beperkt tot (eigen) gebruik ‘als bedrijfsruimte’ en werd van die opzegmogelijkheid om te renoveren²¹ nauwelijks gebruik gemaakt. In het huidige recht is dat anders. Als de verhuurder tegen het einde van de eerste 5-jaren termijn aannemelijk maakt dat hij (of de in de wet genoemde kring van personen) het verhuurde persoonlijk in duurzaam gebruik wil nemen, waaronder renovatie is begrepen, en dat hij het daartoe dringend nodig heeft, is er volgens de parlementaire geschiedenis²² en vaste rechtspraak²³ geen plaats (meer) voor een belangenafweging. Na verlenging van de huur, dus na 10 jaren, bestaat er wél ruimte voor een belangenafweging op de voet van art. 7:296 lid 3 BW. Dit is een in het oog springend verschil waarvoor geen rechtvaardiging te vinden valt, want waarom zou de huurder van middenstandsbedrijfsruimte deze belangenafweging na 5 jaren moeten ontberen, terwijl hij na 10 jaren wél een beroep kan doen op afweging van belangen? Met Huydecoper²⁴ houd ik het hier op een vergissing van de wetgever; ‘men’ heeft het onderscheid gewoon niet opgemerkt. Het is sowieso opvallend hoe weinig aandacht er is voor de huurder van middenstandsbedrijfsruimte in de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van de algemene huurbepalingen.²⁵ Dit versterkt het vermoeden dat er sprake is van een ommissie in de opzeggingsgrond (na 5 jaar) wegens renovatie voor de huurder van middenstandsbedrijfsruimte. Daar komt ook nog bij dat de huurder van woonruimte het ‘vangnet’ van de belangenafweging bij dringend eigen gebruik wegens renovatie wél heeft, omdat dat is opgenomen in de wet (art. 6:274 lid 1 sub c jo. lid 3 BW). De (feiten)rechter heeft mijns inziens geen ruimte om via een omweg²⁶ de belangenafweging wél in zijn oordeel te betrekken bij opzegging wegens renovatie. Voor de huurder van middenstands-

20 Na ommekomst van de eerste 5-jaren termijn.

21 Renovatie met als doel dat de verhuurder er daarna zelf in zou gaan trekken.

22 Bij de voorganger van deze bepaling art. 7A:1628 lid 1 BW; MvA p. 8, *Kamerstukken II* 1970/71, 8875.

23 Zie o.a. HR 27 april 1979, *NJ* 1979, 493 (De Zilvermeeuw/Victoria Hotel) en HR 12 juli 2002, *NJ* 2002, 457 (Co-op/Vomar).

24 Zie J.L.R.A. Huydecoper, ‘Wat deugt er niet aan het huurrecht?’, *WR* 2007, nr. 6, p. 174-175.

25 De afdelingen 1-4 van Titel 4, art. 7:201-230 BW. Bij de renovatieregeling wordt bijna uitsluitend alleen gesproken over de huurder van woonruimte.

26 Met toepassing van art. 6:248 lid 1 BW bijvoorbeeld.

bedrijfsruimte zal deze belangenafweging dus eenvoudigweg in de wet moeten worden opgenomen.²⁷

5 TER AFSLUITING

Het huurrecht is nooit een rustig terrein geweest, getuige de vele wetsvoorstellen en de vele jurisprudentie al tientallen jaren lang op dit terrein. Met de recente invoering van het nieuwe huurrecht per 1 augustus 2003, waarbij het huurrecht in zijn geheel voor het eerst zijn (vaste) plek kreeg in Boek 7 van het BW, zijn er weer tal van nieuwe deelgebieden te ontginnen²⁸ en worden de zwakke plekken in het ontwerp²⁹ door de praktijk zichtbaar. Het houdt ons en het huurrecht levendig!

(Aantal woorden: 1586)

27 Dit zal geen moeilijke opgave zijn. Het schijnt dat er al vergevorderde plannen zijn voor zijn wetsvoorstel, maar gezien de voortgang van de kabinetsformatie (zomer 2010) zullen deze plannen vermoedelijk geen hoge prioriteit krijgen.

28 Zoals de gebrekenregeling in art. 7:204 e.v. BW.

29 Zoals de in dit artikel opgesomde 'gebreken' in de bedrijfsruimteregeeling.

C O M M E N T A A R

De uitwerking van de opdracht laat duidelijk zien dat het commune wettelijk huurrecht zoals dat per 1 augustus 2003 geldt, is geschoeid op de leest van het huurrecht voor woonruimte. Toepassing bij bedrijfsruimtecasus levert vaak problemen op. Terecht stel je dat de afgrenzing tussen (lichte) dringende werkzaamheden en (zware) renovatie vragen oproept vooral vanuit het oogpunt van de aan de bedrijfsmatige huurder toekomende financiële compensatie. De uitstap naar het huurrecht in België is, ter beantwoording van de hieraan ten grondslag liggende vraag, origineel gevonden. Naar mijn mening wordt er nog veel te weinig gekeken naar andere rechtsstelsels, met name die, eveneens als het onze, wortelen in de Code Civil. Ook daarvan kan worden geleerd met het oog op het optuigen van een wettelijke regeling voor een redelijke financiële vergoeding voor de huurder van bedrijfsruimte bij dringende werkzaamheden en renovaties. Van belang is overigens te beseffen dat in de meeste huurovereenkomsten het recht op vergoeding bij dringende werkzaamheden en renovatie simpelweg is uitgesloten. Dan resten de bedrijfsmatige huurder slechts hulpmiddelen uit het commune verbintenissenrecht ter afdwinging van enigerlei compensatie, zoals het leerstuk van de redelijkheid en billijkheid. Dat is uiteraard verre van ideaal. Daarom zou een op dit punt herziene 220-regeling dwingendrechtelijk van aard moeten zijn. Maar dat is een politieke afweging met name omdat dit de ratio van het huurrecht bedrijfsruimte raakt: de locatiegebonden goodwill en de omstandigheden waaronder daarop inbreuk kan worden gemaakt. Helaas is het wettelijk huurrecht bedrijfsruimte al decennia aan een dergelijke herijking onderworpen geweest, terwijl dat hard nodig is.

Terecht ga je het belang van de verhuurder bij renovaties niet uit de weg. De wettelijke renovatieregeling vloeit voort uit het laatste Paarse kabinet (1998-1994) dat in die zin uitzonderlijk beleid voerde dat opeens het accent werd gelegd op de belangen van de verhuurder. Dat laatste is in Nederland uitzonderlijk te noemen, waarbij de vraag zich opdringt of het kabinet Rutte deze lijn voortzet of toch een heroverweging voor ogen heeft. We zullen zien.

Wat betreft de opzegging wegens dringend eigen gebruik in verband met renovatie (na vijf jaar) geef je terecht aan dat het wegvallen van de belangenafweging een omissie van de wetgever is, die moet worden rechtgezet. Ook dit is echter een politieke kwestie. Vanuit de linkse hoek in de Tweede Kamer is daarover een initiatiefwetsvoorstel ingediend waarvan ik mij afvraag of dit kans van slagen heeft, gezien de nieuwe samenstelling ervan.

16 | Schadevergoeding bij tekortschieten: grondslag en begroting

Van: D.H. de Witte

Aan: S.D. Lindenbergh

Vorm: Artikel Maandblad voor Vermogensrecht

OPDRACHT

U bent door de redactie van het tijdschrift *Maandblad voor Vermogensrecht* gevraagd om aan de hand van onderstaande casus in een artikel een beschouwing te schrijven over de vraag of en tot welk bedrag Knip jegens Jansen en Jansen jegens Pietersen gehouden is tot het betalen van schadevergoeding.

Aanwijzingen

- lees de casus grondig door;
- begin met raadpleging van compendia en handboeken het wettelijk kader en de relevante wettelijke begrippen vast te stellen en zoek vervolgens relevante jurisprudentie van de Hoge Raad;
- begin tijdig met schrijven;
- voorzie de beschouwing van een logische en heldere structuur;
- laat in je beschouwing zien dat je de materie aan de hand van de relevante arresten zelfstandig hebt doordacht;
- vermeld en verwerk alleen de belangrijkste arresten en literatuur.
- begin tijdig met schrijven;
- lees, na afronding van het werk, het gehele stuk nog eens grondig door.

Casus

De in practicum opdrachten bekende Jansen is eigenaar van een herenhuis in Amsterdam. Het souterrain en de bel-etage (hierna bedrijfsruimte) zijn verhuurd aan Jan Knip om daarin een winkel te exploiteren. Jan Knip verkoopt gereedschappen, werkkleding en werkschoeisel. De daarboven gelegen eerste en tweede verdieping met zolderetage worden door Jansen als woonruimte aan expats verhuurd. De terugloop van klanten en zijn zwakke gezondheid zijn voor Jan Knip redenen om de huurovereenkomst tegen 1 juni op te zeggen. Jansen aanvaardt de opzegging, maar herinnert Jan Knip aan zijn contractuele verplichting de bedrijfsruimte in dezelfde staat op te leveren als waarin deze door Jan Knip volgens de beschrijving in de huurovereenkomst is aanvaard. Op 23 mei wijst Jansen Jan Knip erop dat hij nog twee door hem weggebroken wanden heeft terug te plaatsen, drie deuren heeft te herstellen, een verlaagd

plafond met spotjes heeft te slopen en de winkelinventaris heeft te verwijderen. Op 1 juni stellen Jansen en Jan Knip beiden vast dat Jan Knip die werkzaamheden niet heeft uitgevoerd. De herstelkosten zijn begroot op € 7.500.

Halverwege de maand juni laat buurman Pietersen Jansen weten in de aankoop van het herenhuis geïnteresseerd te zijn. Jansen besluit met Pietersen in onderhandeling te treden en zij bereiken overeenstemming: de verkoopsom bedraagt € 1.500.000.

Op het moment van de verkoop en levering staan de woonruimtes op de eerste en tweede verdieping met zolderruimte al meer dan een half jaar leeg. Jansen was doende de zolderverdieping – met toestemming van de gemeente – te verbouwen tot zelfstandige woonruimte en de woningen op de eerste en tweede verdieping te renoveren. Voor deze grondige verbouwing had Jansen een overeenkomst gesloten met Jan Rap Verbouw BV die de verbouwing, overeenkomstig een bij de overeenkomst behorend bestek, voor een bedrag van € 280.000 in een half jaar zou uitvoeren. Jansen had ten tijde van de verkoop en levering nog niet de door Jan Knip nagelaten herstelwerkzaamheden uitgevoerd. Vast staat dat dit niet tot een lagere verkoopsom heeft geleid. In de koopovereenkomst aanvaardt Pietersen souterrain en beletage in de ten tijde van de koopovereenkomst bestaande feitelijke staat. Voor de eerste en tweede verdieping met zolderetage komen Pietersen en Jansen overeen dat Pietersen aan Jansen € 280.000 zal betalen en verplicht Jansen zich jegens Pietersen tot strikte nakoming van de overeenkomst met Jan Rap Verbouw BV. Na zes maanden blijkt dat Jan Rap Verbouw BV, ook na aanmaning, verschillende werkzaamheden niet of ondeugdelijk heeft uitgevoerd. De kosten van herstel worden begroot op € 85.000. Pietersen voert de helft van die niet of niet goed uitgevoerde werkzaamheden zelf uit en verkoopt het gehele pand vervolgens in de op dat moment bestaande feitelijke staat aan vastgoedhandelaar Bos voor € 2.100.000. Vast komt te staan dat als de resterende werkzaamheden wel waren uitgevoerd de verkoopsom van het pand € 2.125.000 zou zijn geweest.

Jansen spreekt Jan Knip aan wegens zijn gebrekkige oplevering van de bedrijfsruimte en sommeert hem € 7.500 te betalen. Jan Knip weigert dat bedrag te betalen, omdat Jansen door de verkoop aan Pietersen in de staat zoals Jan Knip het souterrain en de bel-etage aan Jansen heeft opgeleverd geen schade heeft geleden. Pietersen spreekt Jansen aan voor de gebrekkige nakoming van de verbouwingsverplichting door Jan Rap Verbouw BV en vraagt betaling van € 85.000. Jansen vindt dat hij niet meer hoeft te betalen omdat Pietersen niet meer kosten heeft gemaakt en dus ook geen schade heeft geleden. Als hij al schade moet vergoeden is dat ten hoogste het waardeverschil van € 25.000.

UITWERKING¹

1 INLEIDING

Volgens het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht dient de aansprakelijke de benadeelde zoveel mogelijk te brengen in de situatie waarin deze zonder de normschending – vermoedelijk – zou hebben verkeerd. Hoewel dit vertrekpunt een zekere universaliteit suggereert, en afdeling 6.1.10 BW voor alle verplichtingen tot schadevergoeding eenzelfde vergoedingsmodel tot uitgangspunt kiest, biedt de grondslag van de verplichting tot schadevergoeding (de normschending) telkens belangrijke aanknopingspunten voor differentiatie ten aanzien van het begrip schade. Voor de begroting van de schade is vervolgens van betekenis welke omstandigheden de rechter in aanmerking heeft te nemen en van welke omstandigheden hij in het concrete geval mag abstraheren (art. 6:97 BW). In verband met het laatste is de aard van de schade van betekenis – zo ligt bij zaakbeschadiging abstractie eerder in de rede dan bij letsel, maar is zij in het eerste geval (zaakschade) niet steeds regel, en in het laatste geval (letsel) niet uitgesloten.²

De geschetste vertrekpunten bieden houvast voor de beantwoording van de in de opdracht opgeworpen kwesties. Hierna wordt eerst gezien of Jan Knip gehouden is tot vergoeding van schade aan Jansen wegens het niet terugbrengen van de gehuurde zaak in de oorspronkelijke toestand. Vervolgens wordt de positie van Jansen in zijn verhouding tot Pietersen besproken.

2 DE FOUT VAN KNIP: NIET OPLEVEREN IN OORSPRONKELIJKE STAAT

Uit de huurovereenkomst tussen Jansen en Knip vloeit voort dat Knip gehouden is om bij beëindiging van de huur de bedrijfsruimte in gelijke staat op te leveren als waarin deze zich ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bevond (art. 7:224 lid 2 BW).³ Vast staat dat Knip op de voor oplevering afgesproken datum 1 juni tekortschiet in de nakoming van deze verplichting en dat de kosten van herstel in de oude toestand door een derde € 7.500 bedragen. Volgens art. 6:74 BW heeft Jansen recht op vergoeding van de schade die hij als gevolg van het tekortschieten door Knip lijdt.

1 Met dank aan Mariska Schipper voor onderzoeksassistentie.

2 Vgl. voor abstractie bij letsel HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Lossen/De Vries*).

3 In de casus is niet vermeld op welke datum de huurovereenkomst is ingegaan, zodat niet wordt ingegaan op de vraag of krachtens overgangsrecht het voor 1 augustus 2003 geldende recht moet worden toegepast of het huidige art. 7:224 lid 2 BW. Toepassing van het huidige recht wordt aangenomen.

Jansen gaat evenwel in het geheel niet over tot herstel, maar verkoopt het object aan Pietersen. Bovendien staat vast dat de (niet herstellende) staat van het door Knip gehuurde deel van generlei betekenis is geweest voor de tussen Jansen en Pietersen overeengekomen koopprijs. Jansen vordert niettemin vergoeding van schade ter grootte van de kosten van herstel. Hij zal daarbij zijn geïnspireerd door de rechtspraak inzake schadevergoeding bij zaaksbeschadiging, waarin pleegt te worden aangenomen dat de benadeelde, ongeacht of hij daadwerkelijk overgaat tot herstel of vervanging van de beschadigde zaak, aanspraak heeft op de objectieve herstelkosten (of bij vernietiging: de vervangingswaarde).⁴

Een met de casus van Jan Knip vergelijkbare situatie lag ten grondslag aan het arrest Van Ulzen/Goolkate.⁵ Goolkate had in de van Van Ulzen gehuurde woonboerderij een aantal verbouwingen uitgevoerd die hij bij beëindiging van de huur niet ongedaan had gemaakt. Nadat Goolkate het verhuurde had verlaten, verkocht Van Ulzen de woonboerderij aan een derde. Hoewel Van Ulzen geen lagere koopprijs voor het object had ontvangen, vorderde hij van Goolkate schadevergoeding ter hoogte van de kosten van herstel. Die gedachte vindt bij de Hoge Raad geen gehoor.⁶

‘Dit betoog ziet eraan voorbij dat de verhuurder te dezer zake geen schade lijdt, wanneer hij, zoals hier moet worden aangenomen, niet daadwerkelijk tot herstel overgaat, maar het gehuurde in niet herstellende staat verkoopt en de verbouwingen te zamen met zonder toestemming verrichte veranderingen niet een nadelige invloed op de koopprijs hebben gehad.’

Waarom wordt hier van de omstandigheid dat in werkelijkheid geen herstel heeft plaatsgevonden niet geabstraheerd? De ratio van het abstraheren van herstel bij zaaksbeschadiging is dat pleegt te worden aangenomen dat de zaak door beschadiging minder waard is geworden en dat de benadeelde door de feitelijke beschadiging onmiddellijk⁷ een (waarde)verlies lijdt in zijn vermogen.⁸ Die gedachtegang gaat echter in het geval van Jansen niet op, omdat niet vast staat – en evenmin aannemelijk is – dat hij door het achterwege blijven van het herstel in de oorspronkelijke toestand een waardevermindering in zijn vermogen heeft geleden. De situatie is dus een wezenlijk andere dan bij zaaksbeschadiging. Zo is denkbaar dat het object door hetgeen Knip heeft

4 Zie HR 12 april 1985, *NJ* 1985, 625 en uitvoerig A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, nr. 41, 42, 45, 94-96.

5 HR 10 juni 1988, *NJ* 1988, 965 m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Van Ulzen/Goolkate*).

6 Rov. 3.2.

7 Dat betekent dat de schade rechtens ook reeds op dat moment wordt geleden en niet op het moment van daadwerkelijke verschuldigdheid van de herstelfactuur, hetgeen van betekenis is voor bijvoorbeeld de wettelijke rente.

8 Deze gedachte is geïnspireerd door het vergelijkingsdenken van Mommsen; F. Mommsen, *Beiträge zum Obligationenrecht II, Zur Lehre von dem Interesse*, Brunswick: Schwetz 1885, p. 3.

aangebracht en niet heeft weggenomen méér waard is dan het in de 'oorspronkelijke toestand' zou zijn. Het woord 'herstelkosten' vertroebelt dan ook in die zin dat het hier niet gaat om herstel van een *beschadiging*, maar om 'terugbrengen' in een eerdere feitelijke *toestand*. De ratio van de verplichting tot dat laatste zal dan ook niet zozeer zijn het voorkomen van waardevermindering, maar veeleer het mogelijk maken van nieuwe verhuur van het oorspronkelijke object.

De verplichting van de huurder en de sanctie die bij schending van die verplichting volgt moeten dus worden gezien in het licht van de ratio van de regel waarop zij worden teruggevoerd. De verhuurder die als gevolg van schending van de 'herstelplicht' door zijn huurder meent schade te lijden, zal die schade concreet hebben aan te tonen. Laat hij herstel door een derde verrichten, dan komen de redelijke kosten daarvan voor vergoeding in aanmerking. Verricht hij het herstel zelf, dan zal mogen worden geabstraheerd van het feit dat hij geen (of minder) 'out of pocket' kosten heeft gemaakt. De bestede arbeidskracht mag op geld worden gewaardeerd, omdat anders een economisch relevante schadepost buiten beeld zou blijven.⁹ In beide gevallen zal wel rekening mogen worden gehouden met 'nieuw voor oud'. Gaat de verhuurder niet tot herstel over, dan zal hij moeten aantonen dat hij niettemin schade lijdt, ofwel door aannemelijk te maken dat hij minder huuropbrengst geniet, dan wel doordat de 'niet herstelde staat' anderszins van (negatieve) invloed is geweest op de waarde, bijvoorbeeld doordat hij met een lagere verkoopprijs genoeg heeft moeten nemen.

3 DE FOUT VAN JANSSEN: NIET VERANDEREN IN EEN NIEUWE STAAT

Jansen, die het pand heeft verkocht aan Pietersen, heeft zich jegens Pietersen niet alleen verplicht tot levering van het huis tegen betaling van de koopprijs (€ 1.500.000), maar ook – tegen betaling van € 280.000 – tot strikte nakoming van een verplichting (van Jan Rap Verbouw BV) tot verbouwing van de bovenverdiepingen. Jansen was met Jan Rap Verbouw BV overeengekomen dat deze in zes maanden de verbouwing zou uitvoeren. Jansen schiet in de nakoming van zijn verplichting jegens Pietersen tekort, omdat Rap haar naam geen eer aan doet en niet tijdig maar bovendien ondeugdelijk verbouwt. De kosten van de resterende verbouwing en van herstel van het ondeugdelijk verbouwde bedragen € 85.000. Pietersen verricht dan zelf de helft van het resterende werk en verkoopt het pand vervolgens aan Bos voor € 2.100.000. Vast staat verder dat de verkoopprijs € 2.125.000 zou hebben bedragen als de verbouwing geheel

⁹ Zie voor vergoeding van 'in eigen huis' verrichte werkzaamheden HR 16 juni 1961, NJ 1961, 444 en in geval van letsel HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Losser/De Vries*) en in geval van overlijden HR 16 december 2005, NJ 2008, 186 m.nt. J.B.M. Vranken (*Pruisken/Organice*).

zou zijn uitgevoerd. Pietersen vordert vergoeding van € 85.000 (de 'objectieve herstellkosten'). Jansen meent niets verschuldigd te zijn, omdat Pietersen het pand met winst heeft doorverkocht. Als hij al iets moet betalen, is dat het verschil tussen de feitelijke koopprijs en de koopprijs die bij correcte verbouwing zou zijn gerealiseerd (€ 25.000). Hij hoeft volgens hem in ieder geval niet de € 85.000 te betalen, omdat Pietersen niet voor dat bedrag kosten heeft gemaakt.

Bezien op het niveau van de handelstransacties met het pand is Pietersen er alleen maar beter van geworden. Per saldo zijn de aan- en verkoop van het pand voor Pietersen een financiële zegen geweest: hij kocht voor € 1.780.000 en verkoopt voor € 2.100.000. Zijn aanspraak op schadevergoeding vindt evenwel geen oorsprong in die transacties. Voor de vraag naar schadevergoeding dient het oog te worden gericht op de tekortkoming van Jansen: deze had zich tegen betaling van € 280.000 jegens Pietersen verbonden tot de strikte nakoming van de verbouwingsverplichting van Jan Rap Verbouwing BV en is daarin tekortgeschoten.

Een vergelijkbare situatie was aan de orde in het arrest Sparrow/Van Beukering.¹⁰ In dat geval was Van Beukering met aannemer Ooyevaar een overeenkomst aangegaan waarin Ooyevaar zich verplichtte tot restauratie van een aantal panden in de binnenstad van Leiden. Van Beukering had vervolgens twee van deze panden verkocht aan Sparrow en had daarbij ingestaan voor de restauratie door Ooyevaar. Toen Ooyevaar ondeugdelijk werk leverde, sprak Sparrow Van Beukering aan tot vervangende schadevergoeding en begrootte zij deze op de kosten van herstel. Van Beukering verweerde zich – uitdrukkelijk geïnspireerd door het hiervoor genoemde arrest Van Ulzen/Goolkate – met de stelling dat Sparrow geen schade had geleden, omdat hij de panden met winst had doorverkocht. Het hof voelde wel voor die redenering, maar de Hoge Raad kwalificeert de kern van het probleem anders en overweegt dat in een dergelijk geval:¹¹

'de schade [moet] worden begroot op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming van de verbintenis (...), en (...) de latere verkoop van het huis een omstandigheid [is] waaraan in het kader van een vordering tot vervangende schadevergoeding als de onderhavige geen betekenis toekomt.'

De aard van de actie – *vervangende* schadevergoeding – 'isoleert' als het ware het schadevergoedingsperspectief tot de (waarde van de) verbintenis zelf. Het gaat hier niet om een vorm van abstractie bij de schadevaststelling, maar om

10 HR 26 april 2002, NJ 2004, 210 m.nt. Jac Hijma (*Sparrow/Van Beukering*).

11 Rov. 3.4.2.

een beperking die in het schadebegrip als zodanig besloten ligt. Hijma verwoordt het in zijn noot onder het arrest aldus:

‘Vervangende schadevergoeding ziet niet op het vermogen van de schuldeiser in algemene zin, maar strekt tot substitutie van één bepaald vermogensbestanddeel (...). De waardering van dat specifieke gemis staat, naar haar aard, los van de wederwaardigheden van het pand waarop de toegezegde prestatie – toevallig – betrekking heeft. Dat is geen kwestie van abstracte schadeberekening (vgl. art. 6:97), maar een consequentie van het beperkte blikveld dat dit type schadevergoeding eigen is.’

Eigenlijk zou men kunnen zeggen dat vervangende schadevergoeding geen vermogensvermindering wegneemt, maar in de plaats treedt van een aanspraak die tot het vermogen behoorde en die een bepaalde waarde vertegenwoordigde. Daartoe moet het ‘gemiste’ op geld worden gewaardeerd. Voor zover het gaat om een – geheel of gedeeltelijk – niet-presteren, kan hetzelfde resultaat worden bereikt met gedeeltelijke ontbinding (art. 6:277): de debiteur levert minder, en de crediteur betaalt dienovereenkomstig minder dan wel is gerechtigd tot gedeeltelijke ongedaanmaking van hetgeen hij reeds heeft betaald.

Ook deze situatie verschilt – net als die van Knip – van de schade als gevolg van aantasting van een zaak. In het geval van Pietersen is de zaak niet door aantasting minder waard geworden, maar heeft Pietersen in zijn vermogen minder ontvangen dan waarop hij krachtens zijn contractuele aanspraken recht had.

Ook hier kan het woord ‘herstelkosten’ dus verwarrend werken, omdat het niet gaat om herstel van een zaak, maar om een substitutie in het voorwerp van een verplichting. In dat verband kunnen ‘herstelkosten’ niettemin van betekenis zijn in het kader van de waardering van hetgeen ter zake waarvan de crediteur ten achter is gebleven. In het onderhavige geval had Pietersen immers € 280.000 betaald, maar is er ‘voor minder gepresteerd’. De omvang van dat mindere is hier bepaald door de kosten van de alsnog vereiste activiteiten (‘herstelkosten’) te begroten. Dat komt uit op een bedrag van € 85.000. Nu heeft Pietersen weliswaar vervolgens de helft van het resterende werk zelf verricht, maar het is niet redelijk om dat niet in aanmerking te nemen, omdat hij die inspanning, die zich in het economisch verkeer op geld (laten we zeggen € 42.500) laat waarderen, zonder het tekortschieten van Jansen niet had hoeven leveren. Op *dat* punt is het redelijk om te abstraheren van het feit dat het herstel niet tegen betaling door een derde heeft plaatsgevonden en dus niet tot ‘out of pocket-kosten’ heeft geleid. Het is immers al erg genoeg dat de prestatie niet reeds van aanvang af ‘in the pocket’ van Pietersen terecht is gekomen.

4 MORAAL

Het voorgaande laat natuurlijk in de eerste plaats zien dat de crediteur het beste af is wanneer de debiteur gewoon doet waartoe hij contractueel gehouden is. Doet de debiteur dat niet, dan dient de crediteur zich zorgvuldig te beraden op hetgeen hij als 'second best' wil bereiken. Dat is natuurlijk de positie waarin hij zonder de tekortkoming zou hebben verkeerd, maar het voorgaande laat zien dat de aard van de rechtsverhouding, het tekortkomingsbegrip en de door de crediteur gekozen actie van betekenis zijn voor de omvang van de remedie. De grondslag van de vordering bepaalt immers telkens de contouren van het begrip schade.

(Aantal woorden: 2019)

C O M M E N T A A R

Zoals altijd heb je een heldere beschouwing met een goed verdedigbare analyse gegeven.

Hoewel het arrest HR 27 november 1998, NJ 1999, 380, m.nt. PAS (*Van der Meer/Beter Wonen*) voor de beschouwing niet van direct belang is, was het aardig geweest als je dat arrest had verwerkt in de algemene passage over het begroten van de schade bij schending van de herstelplicht van de huurder. Dat arrest lijkt ten onrechte in de praktijk weinig aandacht te krijgen. Wellicht aardig voor een volgende opdracht.

De casus is gekozen omdat naar mijn indruk deze juridische vragen rond het begroten van de schade in het onderwijs en de praktijk te weinig aandacht krijgen. De aandacht gaat vooral uit naar de aansprakelijkheidsgrond en bespreking van de rechtsvragen voor het begroten van de schade blijft beperkt tot causaliteit, eigen schuld en voordeelverrekening. Je beschouwing laat zien dat dit ten onrechte is.

Over de auteurs

J.R. van Angeren is advocaat bij Stibbe, Amsterdam.

C.G. Breedveld-de Voogd is universitair docent notarieel recht, Universiteit Leiden.

B.J. Broekema-Engelen is als secretaris verbonden aan de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

A. Broekers-Knol is directeur Moot Court, Universiteit Leiden, en Eerste Kamerlid voor de VVD.

A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar is vice-president van het Gerechtshof Amsterdam.

A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

E.S. Daalder is bachelorstudent rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden.

R.A. Dozy is vice-president van het Gerechtshof Arnhem.

M.E.L. Fikkers is vice-president van het Gerechtshof Leeuwarden.

J.J. van der Gouw is advocaat bij Van der Feltz Advocaten te Den Haag en praktijkdocent bij de afdeling staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden.

J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam en hoogleraar Bouwrecht, Universiteit Leiden.

Jac. Hijma is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

E.H. Hondius is faculteitshoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Utrecht. Hij was van 1966-1980 verbonden aan de Universiteit Leiden, laatstelijk als hoogleraar burgerlijk recht.

W.G. Huijgen is hoogleraar notarieel recht, Universiteit Leiden. Hij is tevens als notaris verbonden aan Pels Rijcken & Droogleever Fortuyn NV te 's-Gravenhage.

K.J.O. Jansen is PhD-fellow bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.

J.F.M. Janssen is universitair docent bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.

G.M. Kerpestein is advocaat te Amsterdam en daarnaast als docent verbonden aan de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.

- E. Koops is als postdoctoraal onderzoeker verbonden aan de afdeling historische ontwikkeling van het recht, Universiteit Leiden.
- M.Z. Kos is masterstudent ondernemingsrecht en civiel recht, Universiteit Leiden. Zij heeft in dit kader zowel vakken op vennootschapsrechtelijk als financieelrechtelijk gebied gevolgd.
- S.D. Lindenbergh is hoogleraar privaatrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij dankt Mariska Schipper voor onderzoeksassistentie.
- P. Memelink is universitair docent bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.
- J.H. Nieuwenhuis is hoogleraar burgerlijk recht, Universiteit Leiden.
- M.E. Odink is kandidaat-notaris bij DLA Piper, Amsterdam.
- M. van Pelt is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam.
- J.A.J. Peter is werkzaam bij het Notarieel Juridisch Bureau van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Den Haag.
- B.E. Reinhartz is hoogleraar notarieel recht, Universiteit van Amsterdam.
- F.C.E. Schoordijk is kandidaat-notaris bij DLA Piper, Amsterdam.
- J.A.M.A. Sluysmans is advocaat bij Van der Feltz Advocaten te Den Haag en praktijkdocent bij de afdeling staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden.
- J.M. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht, Universiteit Maastricht, en onderzoekshoogleraar rechtsvergelijking, Universiteit van Helsinki.
- H.E. Wegman is PhD-fellow bij de afdeling ondernemingsrecht, Universiteit Leiden. Zij schrijft een proefschrift over de bescherming van beleggers in beleggingsfondsen, waarbij zij zich in het bijzonder richt op de vraag of er op dit gebied een noodzaak is tot aanvullende (Europese) regelgeving.
- J.A. van der Weide is universitair docent bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.
- D.H. de Witte is vice-president van de Rechtbank Amsterdam en raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Leeuwarden.
- A.K. Zirar is masterstudent civiel recht, Universiteit Leiden.

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2009 en 2010 verschenen:

- MI-156 N.M. Dane, *Overheidsaansprakelijkheid voor schade bij legitiem strafvorderlijk handelen*, (diss. Leiden), Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, ISBN 978 90 8863 034 7
- MI-157 G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 2009
- MI-158 J. Huang, *Aviation Safety and ICAO*, (diss. Leiden) 2009 ISBN-13 978 90 4113 115 7
- MI-159 J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht*, Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, ISBN 978 90 6476 326 7
- MI-160 J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit: grenzen aan (fiscale) regelgeving*, (oratie Leiden), Sdu Uitgevers 2009, ISBN 978 90 6476 325 0
- MI-161 S.J. Schaafsma, *Intellectuele eigendom in het conflictenrecht. De verborgen conflictregel in het beginsel van nationale behandeling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 06593 0
- MI-162 P. van Schijndel, *Identiteitsdiefstal*, Leiden: Jongbloed 2009
- MI-163 W.B. van Bockel, *The ne bis in idem principle in EU law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp 2009, ISBN 978 90 90 24382 5
- MI-164 J. Cartwright, *The English Law of Contract: Time for Review?*, (oratie Leiden), Leiden 2009
- MI-165 W.I. Koelewijn, *Privacy en politiegegevens. Over geautomatiseerde normatieve informatie-uitwisseling*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2009, ISBN 9 789087 280703
- MI-166 S.R.M.C. Guèvremont, *Vers un traitement équitable des étrangers extracommunautaires en séjour régulier. Examen des directives sur le regroupement familial et sur les résidents de longue durée*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2009, ISBN 978 90 8570 419 5
- MI-167 A.G. Castermans, I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 13 07029 3
- MI-168 P.M. Schuyt, *Verantwoorde straftoemeting*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, ISBN 978 90 1307 156 6
- MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0
- MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5
- MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8728 070 3
- MI-172 H.H. Kielman, *Politiegegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 503 1
- MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regulatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden) Warszawa (Polen): Sowa 2010, ISBN 978 83 930580 0 6
- MI-174 L. Mommers, H. Franken, J. van den Herik, F. van der Klaauw, G.-J. Zwenne (red.) *Het binnenste buiten*, Liber amicorum A.H.J. Schmidt, Leiden: eLaw@leiden 2010, ISBN 978 90 815196 1 8
- MI-175 R. Ong, *Mobile Communication and the Protection of Children*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 080 2
- MI-176 M.P. Lycklama à Nijeholt, *Goodwill and value creation of acquisitions*, (diss. Leiden), Zutphen: Ipskamp 2010, ISBN 978 90 9025 290 2
- MI-177 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 ISBN, 978 90 8728 098 7
- MI-178 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 662 2
- MI-179 M.B. Voulon, *Automatisch contracteren*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 098 7

- MI-180 B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010
- MI-181 S. van Wingerden, D. Alberda, M. Moerings, B. Wartna & J. van Wilsem, *Recidive en nazorg. Een onderzoek onder oud-bewoners van Exodus, DOOR, Moria & Ontmoeting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 316 9
- MI-182 J. Vis, *Ondernemend Waarderen : Waarderend Ondernemen. De subjectiviteit van het begrip economische waarde*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010, ISBN 987 90 466 0364 2
- MI-183 J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil. Preadviezen voor de Jonge Staatsrecht Dag 2010*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010
- MI-184 G.K. Schoep, C.P.M. Cleiren, J.P. van der Leun & P.M. Schuyt (red.), *Vervlechting van domeinen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.L. de Wijkerslooth*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 879 4
- MI-185 Th. Doreleijers, J. ten Voorde & M. Moerings (red.), *Strafrecht en Forensische Psychiatrie voor 16- tot 23-jarigen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 356 5
- MI-186 C. Jiménez Monroy, *Legal and Institutional Aspects of Latin-American Space Cooperation AQUARELSat: The Water Monitoring Constellation*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 595 6
- MI-187 M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur, Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 379 4
- MI-188 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis, *40 jaar practicum. Rondom onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN ????????

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek

Eerder verschenen in de BWKJ-reeks:

- BWKJ 1 (1985): BW-NBW: Twee sporen, één weg
- BWKJ 2 (1986): NBW: Vliegen zonder vleugels
- BWKJ 3 (1987): Schadeverhaal
- BWKJ 4 (1988): Oud en nieuw
- BWKJ 5 (1989): Een internationale code
- BWKJ 6 (1990): Rechterlijke macht en Nieuw BW
- BWKJ 7 (1991): Practicum Nieuw BW. Enkele praktische wenken bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek
- BWKJ 8 (1992): Het Nieuw BW in functie. De invloed van het nieuwe vermogensrecht op 10 bijzondere rechtsgebieden
- BWKJ 9 (1993): Beginselen van vermogensrecht
- BWKJ 10 (1994): Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht
- BWKJ 11 (1995): Europees contractenrecht
- BWKJ 12 (1996): Onrechtmatige daad
- BWKJ 13 (1997): Import en export van burgerlijk recht
- BWKJ 14 (1998): Koop!
- BWKJ 15 (1999): Civiele constructies
- BWKJ 16 (2000): Tijd en onzekerheid
- BWKJ 17 (2001): Recht(er) en belang
- BWKJ 18 (2002): Gemeenschap
- BWKJ 19 (2003): Doel en effect van civielrechtelijke sancties
- BWKJ 20 (2004): Termijnen
- BWKJ 21 (2005): Rechtseenheid en vermogensrecht
- BWKJ 22 (2007): Europees contractenrecht. Techniek en moraal
- BWKJ 23 (2007): Samenloop
- BWKJ 24 (2008): De maatman in het burgerlijk recht
- BWKJ 25 (2009): Het zwijgen van de Hoge Raad