



Universiteit
Leiden
The Netherlands

HR 24 februari 2023: een nieuwe blokkade bij de wijziging van akten van splitsing

Stolz, H.

Citation

Stolz, H. (2024). HR 24 februari 2023: een nieuwe blokkade bij de wijziging van akten van splitsing. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2024(1), 8-11. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4172233>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4172233>

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

2. HR 24 februari 2023: een nieuwe blokkade bij de wijziging van akten van splitsing

H. STOLZ

In de notariële praktijk worden met enige regelmaat akten van splitsing in appartementsrechten gewijzigd, waarbij een aanvankelijk gemeenschappelijk deel in de splitsing wordt ‘omgezet’ naar een privégedeelte van één van de appartementsrechten. Een bekend geval betreft de situatie waarbij een gemeenschappelijke zolder- of bergruimte door middel van een wijziging van de splitsing wordt betrokken bij het privégedeelte van een individueel appartement en aldus niet langer een gemeenschappelijk gedeelte vormt. In dat verband heeft de Hoge Raad thans geoordeeld over de wijze waarop akten van splitsing dienen te worden gewijzigd, indien een dergelijke wijziging tevens een ‘beschikken’ omvat.

1. Toepassing van art. 5:139 BW

Voor een wijziging van de akte van splitsing bestaan twee mogelijkheden. Op de eerste plaats is er de weg van art. 5:139 lid 1 BW, waarbij alle appartementseigenaren medewerking verlenen aan die wijziging van de akte. Daarnaast kennen we het per 1 mei 2005 ingevoerde art. 5:139 lid 2 BW, uit hoofde waarvan de akte kan worden gewijzigd met medewerking van het bestuur van de VvE, nadat door de vergadering van eigenaars met een meerderheid van tenminste vier/vijfde (80%) een besluit tot wijziging is genomen. Een korte gang langs een aantal notariskantoren leert, dat deze tweede route in de notariële praktijk mede vaak is toegepast voor wijzigingen van splitsingen, waarbij gemeenschappelijke gedeeltes zijn omgezet naar privégedeeltes. Een toepassing van art. 5:139 lid 2 BW die wel op redelijk brede instemming kon rekenen, maar die in de literatuur ook weer niet geheel onweersproken was. Zie in dit verband de eerdere bijdrage van A. Dijkman-Derkman, ‘Wijziging splitsing in appartementsrechten en toedeling’, *JBN* 2014/8, waarin zij voor een enigszins gelijkende goederenrechtelijke wijziging van een bestaande splitsing verdedigt, dat de weg van art. 5:139 lid 2 BW niet mogelijk is. In het thans te bespreken arrest van 24 februari 2023 (ECLI:NL:HR:2023:286) heeft de Hoge Raad – in elk geval op het eerste gezicht – geoordeeld dat voor een dergelijke wijziging van ‘gemeenschappelijk’ naar ‘privé’ de weg van art. 5:139 lid 2 BW niet openstaat. De strekking van het arrest is bovendien wezenlijk breder dan de omzetting van een gemeenschappelijk deel naar privé, waarmee de Hoge Raad de toepassingsmogelijkheden van art. 5:139 lid 2 BW fors lijkt te hebben beperkt.

2. Het arrest van 24 februari 2023

In 1988 is in een voormalig kerkgebouw met pastorie een aantal appartementen gerealiseerd en is het complex gesplitst in appartementsrechten. De vergadering van appartementseigenaren van de VvE heeft in 2018 met een meerderheid van ruim 80% besloten de bestaande akte van splitsing te wijzigen overeenkomstig de door art. 5:139 lid 2 BW geboden mogelijkheid, met de bedoeling een aantal gemeenschappelijke ruimtes ‘over te hevelen’ naar de privégedeeltes van een aantal appartementsrechten. Eén van de appartementseigenaren heeft tegen het betreffende besluit gestemd en vordert bij de rechtbank en vervolgens bij het hof vernietiging van dat besluit overeenkomstig art. 5:140b lid 1 BW. Ondanks het feit dat de appartementseigenaar door het hof grotendeels in het gelijk wordt gesteld en het besluit integraal wordt vernietigd, stelt deze cassatie in. De Hoge Raad oordeelt echter dat het middel bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden.

Naar aanleiding van het ingestelde middel ziet de Hoge Raad niettemin aanleiding voor een obiter dictum, bestaande uit drie onderdelen. Twee daarvan vallen buiten hetgeen in deze bijdrage wordt besproken, maar wil ik in verband met het belang voor de praktijk wel noemen:

1. Indien een appartementseigenaar tegen een (overeenkomstig art. 5:139 lid 2 BW) genomen besluit heeft gestemd, kan deze appartementseigenaar overeenkomstig art. 5:140b lid 1 BW gedurende een periode van drie maanden vernietiging van het besluit vorderen. De rechter kan die vordering tot vernietiging afwijzen, indien de appartementseigenaar geen schade lijdt of hem een redelijke schadeloosstelling is geboden met een afdoende zekerheidstelling (art. 5:140b lid 3 BW). In zijn obiter dictum oordeelt de Hoge Raad dat voor de vraag of de appartementseigenaar schade lijdt ten gevolge van

de beoogde wijziging, een vergelijking moet worden gemaakt tussen de akte van splitsing vóór en ná de wijziging. Het gaat dus *niet* om een vergelijking tussen de feitelijke, van de oorspronkelijke akte afwijkende situatie en de situatie zoals die volgt uit de nadien gewijzigde akte van splitsing. Het gegeven dat de feitelijke situatie (reeds langdurig) afwijkt van de bestaande akte van splitsing laat derhalve onverlet dat bij aanpassing van de akte overeenkomstig die bestaande feitelijke situatie de mogelijkheid bestaat dat zich de in art. 5:140b lid 3 (of de in art. 5:141 lid 3) BW bedoelde schade voordoet.

2. In verband met dezelfde vraag naar mogelijke schade bij de appartementseigenaar stelt de Hoge Raad tevens vast, dat onder de in art. 5:140b lid 3 BW bedoelde schade mede zijn begrepen de kosten van wijziging van de akte van splitsing. Althans voor zover die kosten voor rekening komen van de appartementseigenaren die geen belang bij de wijziging hebben en voor die kosten geen redelijke schadeloosstelling is aangeboden. Met andere woorden, een aanbod tot schadeloosstelling in de zin van art. 5:140b lid 3 (en van art. 5:141 lid 3) BW dient tevens te omvatten het aandeel in de kosten van de wijziging van de akte dat voor rekening van de bedoelde appartementseigenaren zou komen.

Het belangrijkste, hier thans verder te bespreken, onderdeel ziet op het toepassingsbereik van art. 5:139 lid 2 BW. In het verband van de beoordeling van dat toepassingsbereik volgt de Hoge Raad een als zodanig overzichtelijke redenering. Allereerst constateert de Hoge Raad in r.o. 3.4.3 enigszins en passant, dat wijziging van een gemeenschappelijke bestemming in de splitsing naar een privégedeelte een toedeling aan de betreffende appartementseigenaar van dit privégedeelte vormt. Een dergelijke toedeling vormt in de visie van de Hoge Raad een beschikkingsdaad en is dus geen daad van beheer van de gemeenschap die door de appartementensplitsing wordt gevormd.

Nadat de Hoge Raad vaststelt dat de totstandkomingsgeschiedenis van art. 5:139 lid 2 BW geen aanknopingspunt biedt voor een antwoord op de vraag of deze wetsbepaling ook toepassing kan vinden op een dergelijke toedeling, volgt de kernoverweging: ‘Het toepasselijk achten van art. 5:139 lid 2 BW ligt echter niet voor de hand, nu toedeling een daad van beschikking is waarvoor levering vereist is en de vereniging van eigenaars slechts bevoegd is tot vertegenwoordiging van de gezamenlijke appartementseigenaars voor zover het gaat om het beheer van de gemeenschap (art. 5:126 leden 1 en 5 BW)’. Op basis van deze argumentatie oordeelt de Hoge Raad dat een wijziging van een akte van splitsing waarbij een gemeenschappelijk gedeelte in een splitsing wordt toegedeeld aan een van de appartementseigenaars, slechts volgens de hoofdregel van art. 5:139 lid 1 BW en dus met medewerking van alle appartementseigenaars kan worden geëffectueerd.

3. Geen wijziging splitsing met een beschikken via art. 5:139 lid 2 BW?

De strekking van het oordeel van de Hoge Raad lijkt duidelijk: omdat bij het wijzigen van een splitsing in appartementsrechten ten behoeve van het omzetten van een gemeenschappelijk deel naar een privégedeelte sprake is van een daad van beschikking waarvoor een levering is vereist, kan die wijziging uitsluitend plaatsvinden met medewerking van de gezamenlijke appartementseigenaren en (dus) langs de weg van art. 5:139 lid 1 BW. De hiervoor aangehaalde kernoverweging van de Hoge Raad roept in dat verband echter ten minste twee vragen op.

Ten eerste is er de vraag waar de Hoge Raad op doelt met de vaststelling, dat in het voorliggende verband sprake zou zijn van een ‘daad van beschikking [] waarvoor levering vereist is’. Bij het omzetten van een gemeenschappelijk deel naar privé zal in nogal wat van de gevallen sprake zijn van een onzelfstandig deel in de splitsing (een zolderruimte met uitsluitend toegang vanuit één privégedeelte, een gang ten behoeve van toegang tot één appartement). Een ‘beschikken’ in de klassieke zin is voor onzelfstandige delen van een zaak hoe dan ook uitgesloten en daar kan de overweging van de Hoge Raad om die reden dus ook geen toepassing op vinden. Daarnaast staat ook art. 5:117 lid 2 BW – kortweg: de onmogelijkheid van beschikkingen over goederen die in een splitsing zijn betrokken – in meer algemene zin aan een dergelijk beschikken in de weg. Hoe we in het voorliggende verband het door de Hoge Raad bedoelde beschikken door middel van een levering moeten zien, blijft daarmee niet alleen in theoretisch opzicht in hoge mate onduidelijk, maar ook voor wat betreft de vraag op welke wijze daaraan in de praktijk uitvoering zou moeten worden gegeven. Op de tweede plaats is er de vraag wat de reikwijdte van het arrest is. Met de door de Hoge Raad gehanteerde argumentatie dat de VvE slechts tot vertegenwoordiging van de appartementseigenaren bevoegd is voor zover het gaat om het *beheer* van de gemeenschap (en dus niet bij beschikkingshandelingen), lijkt de betekenis van het arrest veel breder dan alleen toepassing op een omzetten van gemeenschappelijk naar privé (voor zover dit overigens als een beschikken zou kwalificeren, zie hierna). Als de Hoge Raad namelijk inderdaad doelt op een beschikken in algemene zin – en dat ligt sterk voor de hand, nu uit het arrest uit niets blijkt dat de Hoge Raad uitsluitend het oog zou hebben op specifieke beschikkingshandelingen – dan kunnen ook andersoortige wijzigingen waar een vorm van beschikken inherent aan is, niet met toepassing van art. 5:139 lid 2 BW worden bewerkstelligd. Of andersom gezegd, op basis van het arrest leent de weg van art. 5:139 lid 2 BW zich niet voor veel meer dan een aanpassing van het reglement. Bovendien wordt ook van sommige bepalingen in het reglement wel verdedigd, dat wijziging daarvan een vorm van ‘beschikken’ behelst, waarmee de mogelijkheden van art. 5:139 lid 2 BW nog verder zouden zijn beperkt.

4. Toch wél van gemeenschappelijk naar privé via art. 5:139 lid 2 BW?

Zoals hiervoor is besproken, zou in de visie van de Hoge Raad sprake zijn van een beschikken bij de omzetting van een gemeenschappelijk deel naar een privégedeelte door middel van een toedeling aan de betreffende appartementseigenaar in de akte van wijziging van de splitsing. Die benadering lijkt ook min of meer aan te sluiten op hetgeen A-G Rank-Berenschot in haar conclusie constateert: ‘In onderhavige zaak houdt het Besluit [het door de vergadering genomen besluit tot wijziging van de akte van splitsing, HS] in dat de zolder van de Mariakapel en de pleinkelder, die nu beide gemeenschappelijk zijn, worden toegevoegd aan de privé-eigendom van het appartementsrecht A-25 respectievelijk appartementsrecht A-54. Een dergelijke “verschuiving” regardeert ontegenzeggelijk de eigendomsverhoudingen tussen de appartementseigenaren en noodzaakt dus tot wijziging van de splitsingsakte.’, in welk laatste verband zij verwijst naar het arrest van 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405. Even verder voegt de A-G daar nog aan toe: ‘Ik meen dat in gevallen als deze, waarin de beoogde wijziging van de splitsingsakte erin bestaat dat een gemeenschappelijk gedeelte wordt toegevoegd aan een privégedeelte, het gemeenschapsaspect behoort te prevaleren en dat de wijziging dus de medewerking vergt van alle appartementseigenaren. Daarbij dient het mijns inziens niet uit te maken hoe de verschuiving technisch wordt vormgegeven, door “vergroting” van het privégedeelte in de akte van wijziging zelf, of door een afzonderlijke leveringsakte. Het gaat er immers om dat het privégedeelte wordt uitgebreid ten laste van het gemeenschappelijk gedeelte’.

Samengevat is derhalve de benadering dat een omzetting van ‘gemeenschappelijk’ naar ‘privé’ een eigendomsverschuiving vormt, waarvoor – conform het obiter dictum van de Hoge Raad – medewerking van alle appartementseigenaren is vereist. Niettegenstaande de stelligheid van de A-G zou ik echter wel het een en ander durven afdingen op deze benadering. Zonder meer is juist dat ingeval van een omzetting van een gemeenschappelijk deel naar een privégedeelte de akte van splitsing moet worden gewijzigd. Dat is blijkens het arrest van 7 april 2000 echter een gevolg van het vereiste dat de akte respectievelijk de van die akte deel uitmakende splitsingstekening ‘een juist beeld geeft van de omvang van de rechten (en verplichtingen) van de appartementsgerechtigden’. Met andere woorden, de verplichting tot wijziging vloeit voort uit de eis dat duidelijk kenbaar is wat deel uitmaakt van een appartementsrecht. Ook is juist dat als de omzetting van ‘gemeenschappelijk’ naar ‘privé’ een eigendomsverschuiving zou vormen, ook die wijziging in de eigendomsverhoudingen een separate grondslag is voor een verplichting tot wijziging van de akte (voor zover een wijziging van de akte niet reeds een constitutief vereiste vormt voor een dergelijke eigendomsverschuiving).

Daarmee komen we echter bij mijn wezenlijke bedenkingen bij de constatering van de A-G. Een verschuiving van gemeenschappelijk naar privé kán, maar behoeft helemaal geen verschuiving in de eigendomsverhoudingen binnen de

splitsing te betekenen. Die eigendomsverhoudingen tussen de appartementseigenaren vloeien voort uit de aandelen respectievelijk breukdelen die eigenaren in de gemeenschap houden en staan los van de feitelijke omvang van ieders privégedeelte. Er bestaat immers geen dwingend verband tussen de omvang van die breukdelen en de feitelijke omvang van de betreffende privégedeelten. Hetzelfde geldt voor de gemeenschappelijke gedeelten in de splitsing. Oftewel, het vergroten of verkleinen van de feitelijke omvang van een privégedeelte ten laste of ten behoeve van de gemeenschappelijk gedeelten heeft geen rechtstreekse consequenties voor de omvang van het (tot het betreffende appartementsrecht behorende) aandeel in de gemeenschap. Een vorm van ‘beschikken’ kan ik er dan ook niet in zien. Iets anders is dat door het overhevelen van gemeenschappelijk naar privé een recht op respectievelijk mogelijkheid van medegebruik van het gemeenschappelijk deel door de overige appartementseigenaren wordt uitgesloten. Afhankelijk van de betreffende omstandigheden is het dus mogelijk dat door de wijziging van gemeenschappelijk naar privé een (recht op) medegebruik juridisch en feitelijk verloren gaat. Dit betreft echter niet het verloren gaan van (een aandeel in) het in appartementsrechten gesplitste eigendomsrecht, maar van een eigensoortig medegebruiksrecht zoals dit voortvloeit uit de figuur van het appartementsrecht. Ook in dat verband is echter geen sprake van een ‘beschikken’. Zoals ik hiervoor reeds aangaf, kán over de betreffende gemeenschappelijk gedeelten helemaal niet worden beschikt en dat is voor een dergelijk medegebruiksrecht van die gemeenschappelijk gedeelten niet anders. Ook vanuit die optiek valt niet goed in te zien waar bij een wijziging van gemeenschappelijk naar privé het door de A-G bedoelde ‘beschikken’ uit zou moeten bestaan. Wat we op het eerste gezicht wellicht menen te zien – ‘iets’ gaat over van gemeenschappelijk naar privé en dús is sprake van een vorm van beschikken – is in dit geval niet hetgeen er juridisch gebeurt.

Daarnaast zou met het wél bestaan van een dergelijke beschikkingsmogelijkheid over de medegebruiksrechten de toch al complexe figuur van het appartementsrecht nog wezenlijk ingewikkelder worden. Immers, naast de vanzelfsprekend bestaande mogelijkheid om door middel van een beschikkingshandeling de aan de appartementsrechten verbonden aandelen in de (gemeenschappelijke) eigendom in de onderlinge verhoudingen te wijzigen, bestaat alsdan klaarblijkelijk de mogelijkheid om los van die (gemeenschappelijke) eigendom beschikkingshandelingen te verrichten ten aanzien van de gebruiksrechten die aan de appartementsrechten zijn verbonden. Ik zou menen dat we die kant niet op zouden moeten willen.

Tot slot is het in het kader van bescherming van de appartementseigenaren, die in de vergadering van eigenaars niet vóór een besluit tot overheveling van gemeenschappelijk naar privé hebben gestemd, niet nodig om die bescherming te zoeken in de verplichte medewerking van alle appartementseigenaren, zoals art. 5:139 lid 1 BW die in tegenstelling tot lid 2 vereist. Art. 5:140b BW biedt immers de mogelijkheid van vernietiging door de rechter van het voor-

liggende besluit en maakt in dat verband tevens duidelijk dat een appartementseigenaar die schade lijdt, recht heeft op een redelijke schadeloosstelling. Tegenover een mogelijk verlies van een medegebruiksrecht door een appartementseigenaar bij het volgen van de route van art. 5:139 lid 2 BW staat derhalve de mogelijkheid van rechterlijke toetsing respectievelijk een redelijke schadeloosstelling van deze appartementseigenaar.

Zoals ik hiervoor reeds aanstipte, is het uiteraard mogelijk dat in samenhang met de omzetting van een gemeenschappelijk deel naar privé tegelijkertijd ook het breukdeel in de eigendom van het betreffende appartementsrecht wordt vergroot. Dat zal met name zijn gewenst indien de breukdelen ten tijde van de splitsing al waren vastgesteld op basis van de omvang van de individuele appartementsrechten. Een dergelijke wijziging is alsdan echter een additionele rechtshandeling en niet het automatische gevolg van de verschuiving van gemeenschappelijk naar privé. Voor die specifieke situatie, waarbij alsdan duidelijk wél sprake is van een eigendomsverschuiving en in dat verband van een beschikken, bestaat er naar aanleiding van het thans voorliggende arrest geen twijfel: voor de beoogde wijziging van de breukdelen dient de route van art. 5:139 lid 1 BW te worden gevolgd.

Mijn visie op dit onderdeel van het obiter dictum van de Hoge Raad is dan ook als volgt. Indien een gemeenschappelijk deel in de splitsing wordt omgezet naar een privégedeelte én in dat verband ook de breukdelen van de appartementsrechten in de akte worden gewijzigd, is zonder meer sprake van een ‘beschikken’ en moet dus naar aanleiding van het voorliggende arrest de weg van art. 5:139 lid 1 BW worden bewandeld. Ik zou mij goed kunnen voorstellen dat de Hoge Raad die situatie voor ogen stond bij het wijzen van dit arrest. Indien daarentegen uitsluitend sprake is van een omzetting van gemeenschappelijk naar privé – dus zónder een wijziging van de aandelen van de appartementsrechten respectievelijk de eigendomsverhoudingen – dan is geen sprake van een beschikken en zou dus voor de wijziging van de akte van splitsing wel degelijk de weg van art. 5:139 lid 2 BW kunnen worden gevolgd. Uiteraard is dit een interpretatie van het arrest die is gebaseerd op de achterliggende systematiek van de figuur van het apparte-

mentsrecht en heeft deze als zodanig geen duidelijk ‘haakje’ in het arrest zelf, maar ik acht het wel aannemelijk dat de Hoge Raad in deze zin zou oordelen.

5. Kritiek op het arrest

Wat er verder ook in juridisch opzicht moge zijn van het oordeel van de Hoge Raad dat een wijziging van de akte van splitsing uitsluitend op basis van art. 5:139 lid 1 BW kan plaatsvinden indien die wijziging tevens een beschikken omvat, vanuit de praktijk wil ik dit oordeel ernstig betreuren. Het streven van de wetgever om een in de praktijk zo dringend gewenst additioneel instrument te bieden voor het eenvoudiger kunnen wijzigen van akten van splitsing, is thans door de Hoge Raad in forse mate beperkt op de nogal formele grond, dat de VvE slechts tot beheer bevoegd zou zijn. Mét de toevoeging door de wetgever in 2005 van art. 5:139 lid 2 BW had die benadering in mijn optiek ook tegenovergesteld kunnen zijn: weliswaar is overeenkomstig art. 5:126 BW de kerntaak van de VvE het beheer van de gemeenschap (waar ook beschikkingshandelingen in mijn optiek soms onder kunnen vallen), maar beschikkingshandelingen in het specifieke verband van wijziging van de splitsing zouden dankzij art. 5:139 lid 2 BW wel degelijk mogelijk kunnen zijn. De toevoeging van art. 5:139 lid 2 BW aan de wettelijke regeling van het appartementsrecht was misschien niet in ieder opzicht voor de praktijk afdoende, maar de bepaling creëerde – althans zo leek het – in ieder geval wezenlijke speelruimte voor het eenvoudiger kunnen wijzigen van akten van splitsing. Met het thans besproken arrest heeft de Hoge Raad die ruimte helaas weer in aanzienlijke mate verkleind en bovendien een moeilijk te beantwoorden vraagstuk gecreëerd: hoe om te gaan met het waarschijnlijk aanzienlijke aantal gevallen uit het verleden, waar splitsingen zijn gewijzigd via art. 5:139 lid 2 BW, maar in strijd met het thans voorliggende arrest van 24 februari 2023? Stof tot nadenken en wellicht voor een volgende bijdrage.

Over de auteur

H. Stolz

Docent onroerend goedrecht aan de Universiteit Leiden en adviseur bij Houthoff.