

KONINKLIJKE NOTARIËLE BEROEPSORGANISATIE

Boek 5 BW van de toekomst Over vernieuwingen in het zakenrecht

Preadviezen uitgebracht door

mr. B. Akkermans

*Universitair hoofddocent Europees en vergelijkend goederenrecht,
Universiteit Maastricht*

prof. mr. S.E. Bartels

Hoogleraar burgerlijk recht, Radboud Universiteit Nijmegen

prof. mr. J.H.M. van Erp

*Hoogleraar vermogensrecht en Europees privaatrecht, Universiteit
Maastricht, bestuurslid van het European Law Institute te Wenen*

mr. B.A.M. Janssen

Adviseur strategie en beleid Kadaster

mr. W. Loof

*Onderzoeker privaatrecht, Universiteit Maastricht, medewerker weten-
schappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden te Den Haag*

prof. mr. R.F.H. Mertens

*Bijzonder hoogleraar zakelijke rechten Open Universiteit,
advocaat Paulussen Advocaten te Maastricht*

mr. A.J. Mes

*Onderzoeker Notarieel Instituut Groningen, Rijksuniversiteit Groningen,
kandidaat-notaris bij Trip Advocaten & Notarissen te Groningen*

mr. N.C. van Oostrom-Streep

*Woordvoerder Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie,
adviseur NautaDutilh te Amsterdam, directeur Law Firm School*

prof. mr. H.D. Ploeger

*Bijzonder hoogleraar privaatrechtelijk aspecten van het onroerend
goed, Vrije Universiteit Amsterdam, universitair hoofddocent
Geo-informatie en Grondbeleid, Technische Universiteit Delft*

prof. dr. V. Sagaert

Hoogleraar Katholieke Universiteit Leuven en KULAK

mr. V. Tweehuysen

Universitair docent burgerlijk recht, Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, professional support lawyer bij Loyens & Loeff te Rotterdam

prof. mr. A.A. van Velten

Adviseur bij BOEKEL Advocaten & Notarissen te Amsterdam

mr. E.F. Verheul

Onderzoeker goederenrecht, Rijksuniversiteit Groningen

prof. mr. L.C.A. Verstappen

Hoogleraar privaatrecht, i.h.b. notarieel recht, Notarieel Instituut Groningen, Rijksuniversiteit Groningen, adviseur Hekkelman Advocaten & Notarissen te Arnhem en Nijmegen

prof. mr. F.M.J. Verstijlen

Hoogleraar privaatrecht i.h.b. goederenrecht, Rijksuniversiteit Groningen

mr. M.C.E. van der Vleuten

Onderzoeker Open Universiteit, juridisch adviseur

mr. L.P.W. van Vliet

Universitair docent vergelijkend goederenrecht, Universiteit Maastricht

mr. F.J. Vonck

Universitair docent notarieel recht, Notarieel Instituut Groningen, Rijksuniversiteit Groningen, professional support lawyer bij Loyens & Loeff te Amsterdam

Onder eindredactie van en met een inleiding door

prof. mr. L.C.A. Verstappen

voor het wetenschappelijk congres van de Koninklijke Notariële
Beroepsorganisatie op 8 maart 2016 te Utrecht

Sdu
Den Haag, 2016

VII Appartementsrecht

Een rechtsgebied in ontwikkeling

*Mr. B. Akkermans, prof. mr. R.F.H. Mertens en
mr. M.C.E. van der Vleuten*

1 Inleiding en verantwoording

Het appartementsrecht is een betrekkelijke nieuwkomer in het Nederlandse vermogensrecht. Pas tijdens de Tweede Wereldoorlog werd het initiatief genomen om te komen tot appartementenwetgeving, omdat grote delen van Nederlandse steden door bombardementen waren verwoest en moesten worden herbouwd. Omdat bouwvoorschriften waren aangescherpt en aan eigenaars uitgekeerde schadevergoedingen de herbouwkosten van verwoeste woningen niet dekten, werd de oplossing gezocht in het combineren van de eigenaars van de verwoeste woningen in appartementengebouwen. Uiteindelijk leidde dit tot de Appartementenwet 1951, die op 1 december 1952 in werking trad.¹ In latere wijzigingen in 1958, 1972, 1992, 2005 en 2011 werd voortgebouwd op deze in de oorlog gelegde fundamenten van ons appartementsrecht.²

Als instrument voor de wederopbouw was het appartementsrecht in de eerste decennia vooral bedoeld voor de juridische structurering van eenvoudige appartementsgebouwen, waarin woonappartementen vaak rondom een gezamenlijk trappenhuis waren gegroepeerd en alle appartementen vaak ongeveer even groot waren. Een eigenaar had meestal maar één appartement.

- 1 *Stb.* 1951, 571. Ook in andere Europese landen dateert het appartementsrecht van een latere datum dan het oorspronkelijke Burgerlijk Wetboek. In Frankrijk bijvoorbeeld met de Wet van 28 juni 1938, om de herbouw van vernietigde huizen na de Eerste Wereldoorlog te bespoedigen, en in Duitsland met het Wohnungseigentumsgesetz (WEG) van 15 maart 1951 (BGBl I 175). Frankrijk kende voortgaande aan de appartementenwetgeving wel een regeling voor verdiepingseigendom in art. 664 Code Civil.
- 2 Zie over de geschiedenis van het appartementsrecht: R.F.H. Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:106 BW, aant. 3.

De appartementseigenaar in Nederland is houder van een zelfstandig registergoed c.q. zakelijk recht, geregeld in titel 9 van Boek 5 van het BW.³ Het uitgangspunt van de wet was en is dan ook dat de appartementseigenaars gelijke aandelen in de gemeenschap hebben (5:113 lid 1 BW) en dat het aandeel van de appartementseigenaars in de gezamenlijke schulden en kosten eveneens gelijk is (5:113 lid 2 BW).⁴ Ook het stemrecht van iedere eigenaar werd veelal op deze basis van gelijkwaardigheid vastgesteld.

Na een aarzelende start in de jaren vijftig en zestig heeft de toepassing van het appartementsrecht inmiddels een grote vlucht genomen. Terwijl dit aanvankelijk vooral werd toegepast bij woongebouwen, is duidelijk dat de splitsing in appartementsrechten de laatste decennia ook veelvuldig wordt toegepast om omvangrijke splitsingen, waarin diverse gebruiksfuncties (bijv. winkelen, kantoren, wonen, parkeren) worden gecombineerd, juridisch vorm te geven. Daarbij wordt vaak gebruikgemaakt van hoofd- en ondersplitsingen.

Daarnaast doet zich in appartementencomplexen steeds vaker de situatie voor dat een groot aantal appartementsrechten toekomt aan één eigenaar, die de appartementen verhuurt en als eigenaar in de vergadering van eigenaars een grote zeggenschap heeft. De groot-eigenaars kunnen woningcorporaties of projectontwikkelaars/beleggers zijn. Deze complexen, waarin huurders met eigenaars een gebouw delen, worden ook wel aangeduid als 'gemengde complexen'.

Het exacte aantal appartementensplitsingen en appartementsrechten in Nederland is niet bekend. Volgens Vegter kent Nederland ruim 600.000 koopappartementen en bijna 120.000 Verenigingen van Eigenaars.⁵ Inmiddels is op initiatief van het ministerie van Binnenlandse Zaken een onderzoek gestart naar aantallen, verschijningsvormen en verspreiding van in appartementsrechten gesplitste gebouwen.

3 In andere landen is eveneens gekozen voor een andere benadering waarbij appartementsrechten onderdeel zijn van de bepalingen over eigendom en mede-eigendom. Zie §1 WEG, Art. 815-1 Code civil, en section 1 van de Engelse Commonhold en Leasehold Reform Act 2002.

4 Van deze uitgangspunten kan in de akte van splitsing worden afgeweken.

5 N. Vegter, *De vereniging van eigenaars* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2012, par. 1.1.

Zowel in de oude wooncomplexen als in de nieuwe omvangrijke complexen ontstaan regelmatig problemen die lacunes in de huidige appartementenwetgeving blootleggen. Omdat het reserveren voor groot onderhoud in een reservefonds pas bij de wetwijziging in 2005 verplicht werd gesteld, is in oude appartementengebouwen bijvoorbeeld vaak onvoldoende gereserveerd voor groot onderhoud en renovatie. In verband met de leeftijd van de vanaf de jaren vijftig van de vorige eeuw gebouwde complexen begint zich bij deze gebouwen tegenwoordig de noodzaak van groot onderhoud en renovatie op te dringen. Omdat niet alle eigenaars over de middelen beschikken om hun bijdrage in de kosten daarvan te voldoen, is de vraag opgekomen of deze via een door de Vereniging van Eigenaars (hierna ook: VvE) af te sluiten lening kan worden betaald. Of de VvE leningen mag afsluiten is echter twijfelachtig. Daarom heeft recent een internetconsultatie plaatsgevonden over een conceptwetsvoorstel verbetering Vereniging van Eigenaars, waarin onder andere de mogelijkheid tot het aangaan van een lening wordt geregeld, evenals een minimumvulling van het reservefonds.⁶

Daarnaast bestaat in de praktijk een aantal andere problemen die aandacht verdienen. De nieuwe omvangrijke splitsingen met gemengde functies leggen problemen bij hoofd- en ondersplitsingen bloot, met name op het punt van besluitvorming in VvE's en transparantie van administratie en bestuur. In 'gemengde complexen' ontstaat voorts een geheel eigen dynamiek doordat er wrijving ontstaat tussen het huurrecht en het appartementsrecht, maar ook vanwege (vermeend) machtsmisbruik door groot-eigenaars.

Enkele problemen in de huidige appartementenwetgeving en oplossingsvoorstellen daarvoor zijn al door N. Vegter in haar dissertatie beschreven.⁷

In het kader van het door het ministerie van Binnenlandse Zaken en de Stichting VvE Belang geëntameerde project 'verbetering Wet- en regelgeving' zijn en worden diverse initiatieven ontplooid om te onderzoeken hoe het appartementsrecht kan worden aangepast om de hier gesignaleerde nieuwe ontwikkelingen op te vangen.

6 internetconsultatie.nl/wet_verbetering_verenigingen_van_eigenaars.

7 Vegter 2012.

Dit preadvies sluit op deze initiatieven aan en beoogt een bijdrage te leveren aan verbetering van de appartementenwetgeving in Nederland. Daartoe hebben de auteurs kennisgenomen van de uit het notariaat en van de vaste medewerkers van het *WPNR* ontvangen suggesties en deze aangevuld met zelf toegevoegde onderwerpen.

Vanuit het notariaat zijn suggesties binnengekomen:

- voor een regeling van de mogelijkheid om op gemeenschappelijke gedeelten van een appartementensplitsing een erfpacht- of opstalrecht te vestigen, al dan niet via rangwisseling (M. Straatman, L. Hartman, E. Ruitenbeek-Poll, R. van Drongelen) en daarbij tevens koppeling aan een mandeligheid te regelen (M. Straatman);
- voor aanpassing van de mogelijkheden om de akte van splitsing te wijzigen (J. Kampherbeek, R. van Drongelen, M. Giesbers);
- voor aanpassing van de regeling over aansprakelijkheid van de blooteigenaar naast de erfpachter of opstaller (T. Vermeulen, D. Bahlman);
- om in eenvoudige gebouwen (boven- en benedenwoningen) de verdiepingen afzonderlijk te kunnen overdragen zonder een voorafgaande splitsing in appartementsrechten (G. van Driel en G. Mulder);
- over aanpassing van de toestemmingseis van beperkt gerechtigden en beslagleggers bij wijziging van de akte van splitsing (H. Linssen);
- voor het mogelijk maken van vestiging van een erfpachtrecht door de eigenaar met het oog op een splitsing daarvan 'op tekening' (G. Verdoes Kleijn).

De meeste van deze onderwerpen komen hierna weer aan de orde. Na een beschrijving van de verenigingsrechtelijke aspecten die naar onze mening verbetering verdienen (par. 1) worden enkele op zichzelf losstaande problemen, waaronder rangwisseling behandeld (par. 2). Daarna komen in par. 3 de gemengde complexen aan bod. In deze paragrafen worden meestal voorstellen tot wijziging of aanvulling van de wet gedaan tot oplossing van in de praktijk gebleken problemen. Ten slotte wordt in paragraaf 4 ingegaan op meer dogmatische aspecten van de appartementenregeling. Dit hoofdstuk bevat voornamelijk een eerste verkenning van de mogelijkheden om als alternatief voor de appartementensplitsing de mogelijkheid van verdiepingseigendom te introduceren in ons recht.

De teksten in paragraaf 2.1 zijn van de hand van Mertens en Van der Vleuten gezamenlijk, de teksten van de paragrafen 2.2, 2.3, 2.6, 2.7, 3.5, 4.1 en 4.2 zijn van de hand van Van der Vleuten, de paragrafen 2.4, 2.5, 2.8, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 en 5.2 zijn van de hand van Mertens, en de paragrafen 5.1 en 5.3 alsmede de rechtsvergelijkende notities zijn van de hand van Akkermans. De preadviseurs staan desalniettemin gezamenlijk achter de teksten.

2 VvE's en Boek 2 BW (verenigingsrechtelijke aspecten)

2.1 Flexibilisering van statutenwijziging

De huidige appartementenregelgeving wordt regelmatig als te star ervaren, ook al is met de wetswijziging van 2005 enige versoepeling doorgevoerd.⁸ Zowel de splitsing van het gebouw zelf, het reglement als de statuten van de VvE waarvan alle eigenaars verplicht lid zijn, dienen verplicht in de notariële akte van splitsing te worden opgenomen. Deze kan slechts bij notariële akte gewijzigd worden, in beginsel slechts met medewerking van alle appartementseigenaars (art. 5:139 BW lid 1) of een meerderheid van tachtig procent van alle stemmen wanneer het bestuur meewerkt. De starheid wordt nog vergroot door het feit dat alle beperkt gerechtigden en beslagleggers met de wijziging in moeten stemmen (zie ook par. 3.3), behalve als het gaat om wijzigingen in het reglement.

In 2014 is onderzoek gedaan naar de mogelijkheden om de regelgeving voor VvE's te vereenvoudigen.⁹ Zowel de wet als de modelreglementen, waarop doorgaans de splitsingsreglementen van individuele VvE's zijn gebaseerd, zijn in dit onderzoek betrokken. Doordat in de loop der jaren verschillende modelreglementen zijn verschenen (en VvE's hun splitsingsakte doorgaans niet wijzigen), zijn op oude splitsingen relatief vaak oude regels van toepassing. Bij deze oude regels kan de vraag opkomen of deze nog voldoen aan de eisen van de huidige tijd, en of er niet een manier

8 A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notarius 120), Deventer: Kluwer 2015, p. 500 en p. 529-533.

9 M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014.

moet worden gezocht om steeds de meest actuele regels van toepassing te laten zijn. Dat zou het makkelijker kunnen maken voor zowel kopers als bestaande eigenaars om te begrijpen welke rechten en plichten er binnen een VvE gelden. De stichting VvE Belang heeft daarom bepleit te bezien of het mogelijk is om het – eventueel gemoderniseerde – modelreglement, geheel of gedeeltelijk algemeen verbindend te verklaren op alle VvE's in Nederland. De situatie die dan ontstaat is dat alle VvE's volgens dezelfde regels georganiseerd zijn, individuele afwijkingen zullen er dan minder of niet zijn.

De conclusie van dit onderzoek was dat het algemeen verbindend verklaren van het hele modelreglement onmogelijk en volgens velen ook onwenselijk is. Wel blijkt dat het wenselijk wordt geacht om de verenigingsrechtelijke bepalingen voor alle VvE's gelijk te trekken. Dit doet dan echter geen recht aan de behoefte aan flexibiliteit. Wij pleiten daarom voor het flexibiliseren van de statuten van de VvE.

2.1.1 Wettelijke regeling

Art. 5:111 en art. 5:112 BW regelen dat de akte van splitsing een *reglement* moet bevatten, en dat dat reglement voorts de *oprichting van de vereniging van eigenaars* moet inhouden, alsmede de *statuten* van deze vereniging. Dat impliceert dat ook de statuten van de vereniging in de notariële akte van splitsing zijn opgenomen, en dus onder de starre wijzigingsregels van het appartementsrecht in Boek 5 vallen zoals hiervoor beschreven. Als we kijken naar de modelreglementen zijn de volgende zaken in het gedeelte dat de *statuten* bevat, geregeld:

- de oprichting van de VvE met naam en doel;
- de financiële middelen van de vereniging en het boekjaar;
- de vergadering en de orde van de vergadering;
- de notulen;
- stemrecht, stemrecht bij ondersplitsing, stemrecht bij tegenstrijdige belangen en stemrecht bij meerdere eigenaars van één appartementsrecht;
- spreek- en stemrecht ter vergadering;
- volmacht en zich laten vergezellen door een jurist of accountant;
- gewone besluitvorming en bijzondere besluitvorming;

- vernietigbaarheid van besluiten;
- beslissingsbevoegdheid over beheer en onderhoud van de gemeenschappelijke gedeelten;
- het bestuur: benoeming, taken, bevoegdheden en orde der bestuursvergaderingen;
- bewaarplicht van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers;
- het inschakelen van een beheerder;
- de Raad van Commissarissen;
- commissies;
- huishoudelijk reglement.

Omdat bij de oprichting van de VvE en het vaststellen van de statuten meestal gebruik wordt gemaakt van een KNB-modelreglement, lopen in feite de reglementsbepalingen en de statuten door elkaar heen en zijn ze soms lastig van elkaar te scheiden.¹⁰

2.1.2 Geschiedenis

Sinds het ontstaan van het appartementsrecht is het al verplicht om in het *reglement* een regeling op te nemen omtrent de bevoegdheden der vergadering van eigenaars, het bijeenroepen en bijwonen van de vergadering, het voorzitterschap, de wijze van besluitvorming en de uitoefening van het stemrecht (art. 638g lid 1 onder 5 BW (oud)). De gedachte hiernaachter was slechts dat veelal aan de vergadering van eigenaars het toezicht op het gebruik, het beheer en het onderhoud van de gemeenschappelijke zaken zal worden opgedragen. De verplichting om de statuten in het reglement (en daarmee in de akte van splitsing) op te nemen is ontstaan bij de wetwijziging van 1972, in art. 875f onder sub e BW (oud). De ratio hiervan was dat het niet meer facultatief moest zijn om een VvE op te richten, en er dus meer geregeld moest worden over die vereniging. Bij de totstandkoming van de Appartementswet in 1951 meende men nog dat de oprichting van een vereniging in gevallen van splitsing van een gebouw in slechts twee appartementsrechten 'enigszins gekun-

¹⁰ Van Velten 2015, p. 508.

steld' was, maar bij nader inzien was er geen bezwaar om ook in deze gevallen de oprichting van een VvE verplicht te stellen.¹¹

Ook in andere landen bestaat de verplichting om een reglement te maken. Zo geeft de Wet 65-557 van 10 juli 1965 een uitgebreid raamwerk waarbinnen Franse appartementseigenaren hun afspraken moeten maken.¹² De regels van deze wet, evenals de andere bepalingen over het Franse appartementsrecht, zijn van Franse openbare orde, wat inhoudt dat partijen onder geen enkel beding van deze regels kunnen afwijken. In Engeland dient het *Commonhold Community Statement* (sectie 31 van de Commonhold and Leasehold Reform Act 2002) zowel in vorm als in inhoud overeen te komen met de dwingende bepalingen in deze wet. Overigens kan in Anglo-Amerikaanse rechtstelsels altijd gebruikgemaakt worden van het ondernemingsrecht alsook het trustrecht om een appartementsconstructie te bewerkstelligen met vrijwel algehele partijautonomie. In Duitsland, tenslotte, hebben de appartementseigenaren meer vrijheid. Daar bevat §21 en verder van het *Wohnungseigentumsgesetz* (WEG) regels van regeland recht over het bestuur van de VvE, en bij reglement mogen de appartementseigenaren daar van afwijken.¹³

Bij de wetwijziging van 2005 is getracht verruiming aan te brengen in de regels voor het wijzigen van de akte van splitsing.¹⁴ Daarbij diende goed in het oog te worden gehouden dat aan de belangen van zowel de meerderheid die een wijziging wenst, als die van de minderheid die tegen zodanige wijziging is, voldoende recht werd gedaan. In dat licht is gekozen voor het stelsel dat met medewerking van het bestuur de akte kan worden gewijzigd na een besluit dat is genomen met een meerderheid van tachtig procent van de in de VvE uit te brengen stemmen. Tevens zijn de algemene verenigingsrechtelijke bepalingen van art. 2:42 BW over het wijzigen van de statuten van toepassing verklaard, maar niet de bepalingen

11 *Kamerstukken II* 1970/71, 10 987, nr. 3, p. 10.

12 Zie met name art. 8 en 10-1 e.v. van deze wet.

13 Een voorbeeld van de grens van deze partijautonomie is een poging van een aantal appartementseigenaren om een gemeenschappelijk deel over te dragen aan een derde. §10 WEG stelt dat als er geen andere afspraken bestaan, met meerderheid van stemmen besloten kan worden. Een eigendomsoverdracht van gemeenschappelijke delen was echter in de ogen van het BGH, geen bestuur zoals bedoeld in §10. BGH 12 april 2013 – V ZR 103/12. Er is daarmee sprake van gereguleerde en niet van geheel vrije partijautonomie.

14 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 3, p. 8-10.

gen van art. 2:43 BW. Er is geen onderscheid gemaakt tussen wijziging van de splitsing, het reglement of de statuten anders dan dat dit art. 2:42 BW van toepassing is verklaard. Daarmee werd getracht waarborgen aan te brengen aangaande de oproeping voor en termijnen van de vergadering.

2.1.3 *Wijzigingsvoorstel: statutenwijziging conform het gewone verenigingsrecht*

In de huidige praktijk blijkt opnieuw behoefte aan verruiming van de flexibiliteit van de VvE-regels. Het wijzigen van de akte van splitsing is een omslachtige en kostbare aangelegenheid. Het zou goed zijn wanneer die delen van de akte van splitsing die geen invloed hebben op de vermogensrechtelijke rechten en plichten van de eigenaars jegens elkander, eenvoudiger en daardoor goedkoper gewijzigd zouden kunnen worden. Deze aanpassing zou in de bepalingen van het appartementsrecht zelf gedaan kunnen worden, maar omdat er in het Nederlandse recht, anders dan in de ons omliggende landen waar aparte regels voor het bestuur van VvE's gegeven worden, is gekozen voor een aansluiting met Boek 2 van het BW (art. 5:124 e.v. BW), past het om hiervoor binnen de toepassing van Boek 2 naar een oplossing te zoeken.¹⁵

Sinds de wijziging van 2005 kan het reglement reeds met een meerderheid van vier vijfde van de uitgebrachte stemmen gewijzigd worden zonder dat de beperkt gerechtigden daarmee in hoeven te stemmen (art. 5:139 lid 4 BW).

In het gewone verenigingsrecht kan een statutenwijziging – tenzij de statuten anders bepalen – plaatsvinden met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen (art. 2:43 lid 1 BW). Wij zien geen

15 Bijvoorbeeld art. 11 en 12 van de Wet 65-557 in Frankrijk, of § 25 van de Duitse WEG.

redenen om dat niet ook voor de VvE van toepassing te laten zijn. Daarin kan voorzien worden door art. 5:139 BW als volgt aan te vullen:¹⁶

Artikel 139

“1. De akte van splitsing kan worden gewijzigd met medewerking van alle appartementseigenaars.

2. De wijziging kan ook met medewerking van het bestuur geschieden, indien het tot de wijziging strekkende besluit is genomen in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste vier vijfden van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt of met een zodanige grotere meerderheid als in de akte van splitsing is bepaald. De termijn voor oproeping tot de vergadering bedraagt ten minste vijftien dagen.

De statuten kunnen ook met medewerking van het bestuur worden gewijzigd indien het tot de wijziging strekkende besluit is genomen in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste twee derden van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt. Artikel 42 leden 1, eerste zin, 2, eerste zin, en 3 en artikel 43 van Boek 2 zijn van overeenkomstige toepassing.

3. Wijziging van de akte van splitsing behoeft de toestemming van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben, van hen die daarop beslag hebben gelegd alsmede, indien een recht van erfpacht of opstal in de splitsing is betrokken, van de grondeigenaar. Ook is toestemming nodig van de gerechtigden tot een erfdiensbaarheid, indien hun recht door de wijziging wordt verkort.

4. Indien de wijziging uitsluitend betrekking heeft op het reglement *of de statuten*, is de toestemming van de beslagleggers niet nodig. *Toestemming van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben, van hen die daarop beslag hebben gelegd alsmede, indien een recht*

16 Ook in de ons omliggende landen wordt met een dergelijk uitgangspunt gewerkt. Zo bepaalt §25 WEG bijvoorbeeld zelfs dat voor die aangelegenheden die niet de goederenrechtelijke aanspraak van de eigenaren betreffen (waarvoor unanimiteit vereist is, §4 WEG) met gewone meerderheid van stemmen besloten kan worden – waaronder ook een wijziging van de reglementen (§10(4)). Beperkt gerechtigden, zoals vruchtgebruikers mogen niet meestemmen (BGH 7 maart 2003, V ZB 24/01). Voor Frankrijk zie Art. 11 van Wet 65-557 (unanimiteit), en art. 26 (2/3 meerderheid).

van erfpacht of opstal in de splitsing is betrokken, van de grondeigenaar, is slechts nodig indien hun recht door de wijziging wordt verkort."

Met deze regeling wordt bewerkstelligd dat de regeling van de interne organisatie van de VvE, zoals deze in de statuten is opgenomen, eenvoudiger kan worden gewijzigd dan op dit moment het geval is. Omdat de regeling van art. 5:140b BW ook op deze wijziging van toepassing is, worden appartementseigenaars voldoende beschermd tegen nadeel dat zij kunnen lijden door de statutenwijziging. Daarnaast zou naar onze mening een aantal dwingende beschermingsbepalingen in de wet moeten worden opgenomen, zodat deze binnen alle VvE's gelden (zie bijvoorbeeld de voorstellen in de par. 2.4 en 2.8)

2.1.4 Vergroten toepasselijkheid van het algemene verenigingsrecht van titel 2 van Boek 2?

In feite is er – in het kader van de wens tot uniformiteit – ook veel voor te zeggen om daarnaast meer delen van titel 2 van Boek 2 BW ook voor VvE's van toepassing te laten zijn. Het blijft dan mogelijk om maatwerk in de akte van splitsing toe te passen, maar deze van toepassing verklaring biedt tegelijkertijd ruimte voor uniformering wanneer de VvE gebruikmaakt om de statuten volgens de hiervoor voorgestelde eenvoudigere manier te wijzigen.

Wij denken dan aan de volgende bepalingen van Boek 2 BW:

- art. 2:27 lid 4 BW, waarin geregeld is wat de statuten moeten inhouden;
- art. 2:29 BW, waarin is geregeld dat de bestuurders verplicht zijn om de akte met de statuten in het Handelsregister te doen inschrijven;
- art. 2:37 BW met uitzondering van lid 3, waarin de benoeming van bestuurders is geregeld;
- art. 2:38 BW, waarin de toegang, de rolverdeling, het stemmen en het gebruik van elektronische communicatiemiddelen ter vergadering is geregeld;
- art. 2:43 BW, zie het tekstvoorstel hiervoor bij lid 2;
- art. 2:44 BW, waarin geregeld is dat het bestuur belast is met het besturen van de vereniging, en waarin de bevoegdheid tot het nemen van besluiten wordt beperkt;

- art. 2:45 BW, waarin de vertegenwoordiging van de vereniging door het bestuur is geregeld;
- art. 2:46 BW, waarin geregeld is dat de vereniging ten behoeve van de leden rechten kan bedingen en verplichtingen kan aangaan;
- art. 2:47 BW, waarin de tegenstrijdig belangregeling staat vermeld;
- art. 2:50 BW, waarin is geregeld dat afwijking van de bepalingen van Boek 2 alleen kan geschieden bij schriftelijke statuten.

2.2 Administratieplicht in kleine VvE's

Voor diverse rechtspersonen gelden in ons recht verschillende regels met betrekking tot boekhoud- en administratieplicht en verslaglegging en verantwoording daarvan. Kort samengevat wordt de boekhoud- en administratieplicht en de verslagleggingsplicht voor VvE's bepaald door art. 2:10 en 2:48 BW, aangevuld met hetgeen daarover in het reglement van splitsing is bepaald.

2.2.1 *De boekhoud- en administratieplicht voor VvE's*

De algemene regeling, die voor alle rechtspersonen geldt, is neergelegd in art. 2:10 BW, dat voor zover relevant luidt:

“1. Het bestuur is verplicht van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.

2. Onverminderd het bepaalde in de volgende titels is het bestuur verplicht jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en de staat van baten en lasten van de rechtspersoon te maken en op papier te stellen.”

Voor niet-commerciële verenigingen zoals een VvE geldt voorts art. 2:48 BW (conform art. 5:135 BW). Volgens art. 2:48 BW dient het bestuur van een vereniging in een algemene vergadering, die in beginsel gehouden moet worden binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, een

jaarverslag uit te brengen over de gang van zaken in de vereniging en over het gevoerde beleid. Het bestuur moet voorts de balans en de staat van baten en lasten met een toelichting ter vaststelling aan de vergadering overleggen. Deze stukken moeten worden ondertekend door de bestuurders en eventuele commissarissen.

Art. 2:48 lid 2 BW bepaalt in aansluiting hierop dat bij het ontbreken van een raad van commissarissen of een verklaring van een accountant over de getrouwheid van de stukken, een commissie wordt ingesteld van ten minste twee leden *die geen deel van het bestuur mogen uitmaken* (de kascommissie, zie ook par. 2.3). Deze commissie onderzoekt de balans en de staat van baten en lasten met toelichting en brengt aan de algemene vergadering verslag van haar bevindingen uit. Het bestuur is verplicht de kascommissie ten behoeve van een onderzoek alle door haar gevraagde inlichtingen te verschaffen, haar desgewenst de kas en de waarden te tonen en de boeken, bescheiden en andere gegevens van de vereniging voor raadpleging beschikbaar te stellen.

De tot de jaarrekening behorende exploitatierekening vormt de rekening als bedoeld in art. 5:112, eerste lid onder b van het BW en omvat de baten en lasten over het boekjaar, onderverdeeld in de posten:

1. de schulden en kosten die voor rekening van de gezamenlijke eigenaars komen;
2. de aan het betreffende boekjaar toe te rekenen bedragen uit hoofde van het reservefonds, dat gevormd moet worden om de onderhouds- en herstelwerkzaamheden en vernieuwingen zoals opgenomen in het meerjarenonderhoudsplan te bekostigen;
3. toevoeging aan dit reservefonds;
4. de renten en andere opbrengsten die aan de gezamenlijke eigenaars toekomen.

Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, geldt in het thans geldende systeem dat aan de boekhoudplicht van art. 2:10 BW is voldaan,

“indien de boekhouding van een zodanig niveau is dat men snel inzicht kan krijgen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment en deze posities en de stand van de liquiditeiten gezien de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie.”¹⁷

17 Vgl. HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713 en HR 10 oktober 2014, *NJ* 2014/456.

2.2.2 *Het functioneren van kleine VvE's*

Er is reeds langere tijd aandacht voor het functioneren van kleine VvE's in het algemeen. In 1997 pleitte Venemans voor een 'correct functioneren' (conform alle bepalingen van wet en reglement) van ook de kleinste VvE's, om zodoende problemen met onderhoudsplan, reservefonds en opstalverzekering te voorkomen. Hij achtte de VvE een geschikt platform voor regelmatig overleg tussen de eigenaars, die volgens hem maar beter van tevoren de huisregels en de kleur van het verfwerk konden vastleggen. Voorlichting alleen werd onvoldoende geacht voor het verbeteren van het functioneren van kleine VvE's; het vormen van een reservefonds moest verplicht gesteld worden (hetgeen inmiddels is gebeurd).¹⁸

Uit onderzoek¹⁹ blijkt het volgende: slechts zo'n veertig procent van de zeer kleine VvE's (met een of twee appartementen) is bij de Kamer van Koophandel ingeschreven. De niet-ingeschreven zeer kleine VvE's hebben vaak ook geen bestuur benoemd. In kleine VvE's tot tien appartementen voert in 71% van de gevallen een van de eigenaars de administratie. Over de zeer kleine VvE's (maximaal twee appartementen) bestaat minder zorg over het 'slapend' zijn dan over de VvE's van drie tot tien appartementen. Als een dergelijke iets grotere kleine VvE slaapt (d.w.z. niet vergadert, geen bestuur, onderhoudsplan en reservefonds heeft), is het lastiger om bij een slechte onderhoudssituatie adequate acties te bewerkstelligen. Achterstallig onderhoud heeft dan ook een relevante impact op de buurt. Voor de zeer kleine VvE's bestaat echter begrip dat zij zich niet inschrijven bij de KvK, geen meerjarenonderhoudsplan en reservefonds hebben enzovoort. Geopperd wordt dan ook om VvE's met maximaal twee appartementen vrij te stellen van de verplichting tot inschrijving bij de KvK.²⁰ Een verplicht meerjarenonderhoudsplan wordt voor de zeer kleine VvE's eveneens te zwaar gevonden.²¹ Het werd echter

18 Venemans in: R.F.H. Mertens, C. Venemans & G. Verdoes Kleijn (red.), *Preadvies 'Naar een vernieuwd appartementsrecht'*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p. 106-110.

19 Companen, *Het functioneren van VvE's: update 2012 en verbetervoorstellen*, Arnhem: Companen 2012.

20 Companen 2012, p. 26.

21 Companen 2012, p. 33.

wel voor alle VvE's zinvol geacht om de hoogte van de jaarlijkse onderhoudsbijdrage (bijdrage aan het reservefonds) wettelijk vast te leggen.²² Ook in een later onderzoek²³ wordt geconstateerd dat kleine VvE's hun zaken vaak informeel regelen en niet via een actieve VvE. Het inhuren van professionals zoals een beheerder is voor kleine VvE's vaak te kostbaar. Dit kan resulteren in slecht onderhoud, waardevermindering van de appartementen en wellicht uiteindelijk ook tot achteruitgang van de woon- en leefomgeving. In zeer kleine VvE's van twee of drie appartementen kan bovendien één eigenaar besluitvorming blokkeren. Omdat grotere VvE's deze nadelen in mindere mate hebben, werd onderzocht of het samenvoegen of samenwerken van kleine VvE's voordelen zou kunnen bieden. De nadelen wegen voor de meeste VvE's echter zwaarder dan de eventuele voordelen.

In een ander onderzoek uit 2014²⁴ wordt gesignaleerd dat er bij zeer kleine VvE's soms simpelweg te weinig leden overblijven die niet al deel uitmaken van het bestuur, om een kascommissie te kunnen vormen. Een bestuurslid kan immers niet ook in de kascommissie zitten. Geopperd wordt een regel in te voeren, inhoudende dat – bij ontbreken van een kascommissie – een jaar na het bespreken van de jaarstukken in de vergadering niet meer op de cijfers kan worden teruggekomen. Een andere/aanvullende variant is dat wanneer alle leden in het bestuur zitten, een kascommissie niet verplicht hoeft te zijn. Nog een variant is dat de stukken ter vergadering ter inzage liggen als er geen kascommissie is.

Vegter²⁵ stelt voor om de besluitvorming in zeer kleine VvE's volledig buiten de vergadering mogelijk te maken met gebruikmaking van elektronische communicatiemiddelen, mits beide eigenaars hun stem uitbrengen. (Zie voor ons standpunt over het gebruik van deze elektronische communicatiemiddelen par. 2.6.) Benoeming van een bestuur wordt in kleine VvE's niet noodzakelijk geacht, omdat een bestuursvergadering doorgaans gelijk is aan de algemene vergadering. Ook het opstellen van een begroting en het vaststellen van de jaarrekening kan worden vervangen

22 Companen 2012, p. 34.

23 Companen, *Mogelijkheden tot opschaling van VvE's*, Arnhem: Companen 2014.

24 M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, p. 14.

25 Vegter 2012, p. 257-258.

door een meerjarenonderhoudsplan, aan de hand waarvan de financiële bijdrage wordt vastgesteld. De benoeming van een raad van commissarissen of kascommissie is eveneens overbodig, omdat de eigenaars slechts elkaar hoeven te controleren.

2.2.3 *Wat is een kleine VvE?*

De vraag komt vervolgens op wat precies een kleine VvE is. Venemans sprak over 'een beperkt aantal appartementsrechten', waarbij de eigenaars geneigd zijn zich meer als deelgenoten in de gemeenschap te gedragen en de nodige beslissingen ad hoc te nemen, vergelijkbaar met een individuele eigenaar van een niet in appartementsrechten gesplitst huis. Het gaat dus in ieder geval om woonappartementen die vergelijkbaar zijn met een grondgebonden woonhuis, waarvan het niet in de rede ligt dat deze appartementsrechten weer ondergesplitst worden.

Companen²⁶ maakt het onderscheid tussen zeer kleine VvE's van samengevat twee tot drie appartementsrechten en kleine VvE's van drie à vier tot tien appartementsrechten. Uit het onderzoek blijkt dat met de zeer kleine VvE's gebouwen met woonappartementen bedoeld worden zoals vaak aangetroffen worden in de vier grote steden met een boven- en benedenwoning. Ook Van der Vleuten bedoelt in het OU-rapport van 2014 hiermee VvE's van twee à drie woonappartementen, terwijl Vegter de zeer kleine VvE beperkt tot twee woonappartementen.

2.2.4 *Een kleine VvE in de landen om ons heen*

Het is duidelijk dat er verschil bestaat tussen kleine VvE's en grote VvE's, maar de scheidslijn hiertussen is moeilijk vast te stellen. Immers, in sommige omstandigheden zal een vereniging van tien eigenaars vrijwel als een grote VvE gezien moeten worden, bijvoorbeeld als het een complexe samenstelling van een gebouw met verschillende bestemmingen betreft, terwijl het in andere gevallen tien gelijksoortige woonappartementen met elk een gelijk deel betreft. Het onderscheid tussen grote en kleine VvE's is niet alleen een Nederlandse discussie. Met name in Frankrijk is in 2014 gepoogd om te innoveren en de administratieplicht voor kleine VvE's te

²⁶ Zie voetnoot 3 en 6.

verlichten.²⁷ Hiervoor kent de reeds genoemde wet 65-557 een nieuw art. 17-1-1 waarin een tweetal criteria gegeven wordt voor kleine VvE's. Een VvE is uitgezonderd van de bepalingen over bestuursstructuren (art. 17-1) en de twee derde meerderheid voor besluitvorming (art. 26) als zij niet meer dan tien appartementen omvat en het voorlopige budget voor drie cycli (in principe drie jaren) niet meer dan € 15.000 bedraagt. Kleine VvE's mogen dan de reglementen wijzigen met meerderheid van stemmen en direct samen bestuursbesluiten nemen (zonder een aangestelde bestuurder) en zij hoeven geen dubbele boekhouding aan te houden (art. 14-3). Ook in België wordt voorgesteld een dergelijk onderscheid te maken. Alain Verbeke stelt voor om een systeem van twee snelheden te ontwikkelen, waarbij kleine VvE's (met maximaal tien appartementsrechten) worden ontzien en grote VvE's (met meer dan twintig appartementsrechten) aan extra regels gebonden worden.²⁸

Zowel het Franse recht, waar een dergelijk onderscheid, althans met betrekking tot kleine VvE's reeds werkelijkheid is geworden, als het Belgische voorstel van Verbeke, zijn niet zonder kritiek. Immers, door slimme splitsingen en ondersplitsingen kan een grote constructie zich zo vermommen als een serie kleine VvE's met verlichte regimes.

2.2.5 Een lichter regime voor kleine VvE's?

Om te voorkomen dat 'slimmeriken' constructies bedenken om onder een eventueel in te voeren licht regime te blijven vallen, definiëren we een kleine VvE – anders dan in de landen om ons heen – als een VvE van maximaal drie woonappartementen die bestemd zijn om als afzonderlijke zelfstandige woning gebruikt te worden. Op het moment van splitsen kan er immers heel goed sprake zijn van twee appartementsrechten rechtgevend op grote privégedeelten, die in een later stadium ondergesplitst worden. Wanneer er gekozen wordt voor vele kleine ondersplitsingen,

27 Wet 2014-366 van 24 maart 2014 JORF n. 0072 p 5809, met name Titel II-1-3 getiteld 'Améliorer la gouvernance et la gestion de la copropriété pour prévenir son endettement'.

28 A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 124-144.

kan voorkomen worden dat het normale VvE-regime van toepassing wordt, en dat is niet de bedoeling.

Ondanks de breed gedragen zorg over het gebrekkige functioneren van (kleine) VvE's en de mogelijke risico's voor met name het onderhoud, vragen wij ons af of het complete wettelijke VvE regime wel integraal van toepassing moet zijn op kleine VvE's. De regels van Boek 5 en Boek 2 BW, in combinatie met de gebruikelijke regels omtrent de administratie in de KNB-modelreglementen zijn voor kleine VvE's onnodig zwaar en complex en doen een te groot beroep op de (financiële) middelen van de kleine VvE. Een kascommissie is vaak niet mogelijk, terwijl er doorgaans geen raad van commissarissen is en het inschakelen van een accountant overbodig is voor een eenvoudige administratie als die van een kleine VvE. Uiteraard moeten de rechten en verplichtingen van de VvE kunnen worden gekend, maar om de kleine VvE te verplichten ieder jaar complete jaarstukken op te laten stellen, is wellicht ook wat te zwaar voor een dergelijke eenvoudige administratie.

Daarentegen is het juist voor de kleine VvE's van belang dat er voldoende gespaard wordt om noodzakelijk onderhoud te kunnen uitvoeren. De welwillende eigenaar heeft baat bij de wettelijke verplichtingen die het appartementsrecht nu geeft om de niet-willende eigenaar te bewegen tot medewerking (bijv. via de vervangende machtiging ex art. 5:121 BW), de VvE-structuur die het mogelijk maakt om overleg met de mede-eigenaar(s) af te dwingen en de andere waarborgen die de appartementswet biedt.

Ons voorstel behelst – rekening houdend met de zorgen over achterstalig onderhoud bij slapende VvE's, maar recht doende aan de behoefte aan vereenvoudiging en beperking van kosten – slechts een inperking van de boekhoud- en administratieplicht en verslaglegging en verantwoording daarvan. Concreet betekent dit dat voor VvE's met maximaal drie woonappartementen die bestemd zijn om als afzonderlijke zelfstandige woning gebruikt te worden, art. 2:10 lid 2 BW en art. 2:48 BW niet van toepassing hoeven te zijn. Art. 5:124 lid 2 BW zou als volgt kunnen worden aangevuld:

Artikel 124 lid 2

“2. Titel 1 van Boek 2 is van toepassing behoudens de artikelen 4, 6, 13 lid 2, 17, 18, 19 leden 1-3, lid 4, tweede zin, lid 6, tweede zin, en lid 7,

20, 21 en 22 en met inachtneming van de in de volgende artikelen van de onderhavige titel aangegeven afwijkingen.

Voor VvE's met ten hoogste drie appartementsrechten die bestemd zijn om als afzonderlijke zelfstandige woning gebruikt te worden, zijn de artikelen 10 lid 2 en 48 van Boek 2 niet van toepassing."

2.3 Kascommissie

Nu in het appartementsrecht een belangrijk deel van titel 1 van Boek 2 BW en ook diverse artikelen van de tweede titel van Boek 2 BW van toepassing zijn verklaard, is het onvermijdelijk dat in de praktijk vragen opkomen over de toepassing en uitleg van deze bepalingen uit het verenigingsrecht in appartementsrechtelijke geschillen. Een van de bepalingen die in de praktijk vragen oproept – ook al is er nauwelijks jurisprudentie over te vinden –, is de samenstelling van de kascommissie, geregeld in art. 2:48 lid 2 BW.²⁹ Dit artikel luidt:

"Ontbreekt een raad van commissarissen en wordt omtrent de getrouwheid van de stukken aan de algemene vergadering niet overgelegd een verklaring afkomstig van een accountant als bedoeld in art. 393 lid 1, dan benoemt de algemene vergadering jaarlijks een commissie van ten minste twee leden die geen deel van het bestuur mogen uitmaken. De commissie onderzoekt de stukken bedoeld in de tweede zin van lid 1, en brengt aan de algemene vergadering verslag van haar bevindingen uit. Het bestuur is verplicht de commissie ten behoeve van haar onderzoek alle door haar gevraagde inlichtingen te verschaffen, haar desgewenst de kas en de waarden te tonen en de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de vereniging voor raadpleging beschikbaar te stellen."

²⁹ Er zijn twee uitspraken over de samenstelling van de kascommissie bekend. Rb. Utrecht 1 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BG6985, waar een bestuurder in de kascommissie zat en Rb. Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9950, waar een niet-VvE-lid zitting in de kascommissie had. In de praktijk blijkt hier bij professionele beheerders en bestuurders veel onduidelijkheid over te zijn.

Een kantonrechter in Amsterdam heeft eind 2013 geoordeeld dat art. 2:48 lid 2 BW bepaalt 'dat de vergadering van eigenaars jaarlijks uit haar midden een (kas)commissie van tenminste twee leden moet benoemen'.³⁰ De consequentie hiervan was dat in dit geval, omdat de kascommissie niet alleen uit een VvE-lid maar ook uit een derde/ niet-VvE-lid bestond, het besluit tot goedkeuring van diverse jaarstukken werd vernietigd.

In art. 2:48 lid 2 BW is echter niet vermeld dat de leden van de kascommissie ook lid van de betreffende vereniging moeten zijn. Er staat alleen dat er ten minste twee leden moeten zijn, en dat ze geen deel mogen uitmaken van het bestuur. De algemene vergadering moet dus ten minste twee personen aanwijzen die samen de kascommissie vormen.

In de literatuur zijn de meningen over dit onderwerp verdeeld. Sommigen nemen aan dat de kascommissie beslist uit leden van de vereniging moet bestaan,³¹ maar er zijn ook auteurs die menen dat zo'n kascommissie kan bestaan uit – of kan worden aangevuld met – niet-leden.³² In de parlementaire geschiedenis van Boek 2 is hierover niets te vinden, anders dan dat het de bevoegdheid van de algemene vergadering is om deskundigen aan te wijzen die de kas controleren.³³ In de ons omliggende landen bestaat de mogelijkheid tot het aanwijzen van een derde wel. Zie bijvoorbeeld §27 lid 5 WEG waar uitdrukkelijk zowel een houder van een appartementsrecht als een derde als mogelijke kandidaat genoemd wordt. In het Franse recht wordt deze verplichting door het bestuur (het 'syndicat') van de VvE vervuld, dat niet per se bestaat uit de houders van de appartementsrechten (zie Art. 17 I en 18 II wet 65-557).

De modelreglementen bij appartementensplitsingen van de KNB schrijven niet voor dat een kascommissie uit leden van de VvE moet bestaan. De oudere modelreglementen bevatten zelfs geen regeling van een kascommissie, zodat moet worden teruggevallen op de wettelijke bepaling van

30 Rb. Amsterdam 5 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:9950.

31 C.H.C. Overes, in: *GS Rechtspersonen*, art. 2:48, aant. 3. Zie ook R.F.H. Mertens, *Appartementen* (Mon. BW nr. B29), nr. 25.

32 P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 199, Asser/Rensen 2-III* nr. 165, N.L.J.M. Rijssenbeek, *De model-splitsingsreglementen toelicht*, Den Haag, IBR 2015, p. 320.

33 *Kamerstukken II 1984/85, 27 725, 7, p. 28-29.*

art. 2:48 BW. Er is voor het eerst in het modelreglement van 2006 een bepaling over de kascommissie opgenomen, luidende:

“Ontbreekt een raad van commissarissen, dan benoemt de vergadering jaarlijks een kascommissie, bestaande uit tenminste twee leden. Het lidmaatschap van de commissie is niet verenigbaar met de functie van bestuurder en die van voorzitter van de vergadering.”

Deze formulering sluit aan bij de tekst uit art. 2:48 lid 2 BW. Ook hieruit blijkt dat het in VvE's de bedoeling is dat de kascommissie uit twee personen bestaat, niet zijnde een bestuurder of de voorzitter van de vergadering.

Er zijn weinig bezwaren denkbaar tegen de mogelijkheid om niet-leden van de VvE in de kascommissie te benoemen, nu zowel de wet als het modelreglement dit niet uitsluit. Zeker bij kleine VvE's kan de mogelijkheid tot het benoemen van niet-VvE-leden als lid van de kascommissie voorkomen dat de VvE op kosten gejaagd wordt. In kleine VvE's van twee eigenaars zijn er immers per definitie te weinig VvE-leden om een kascommissie van twee personen te kunnen benoemen. In dat geval dient dan ex art. 2:48 lid 2 BW een accountant ingeschakeld te worden (aannemende dat er ook geen raad van commissarissen is), wat in de meeste gevallen een onwenselijke situatie is vanwege de daaraan verbonden kosten en de veelal geringe omvang van de administratie van zodanige kleine VvE's.

Ook bij serviceflatgebouwen met veelal eigenaars op hogere leeftijden, is voorstelbaar dat kinderen of andere naasten prima kunnen fungeren als lid van de kascommissie. Door benoeming van niet-leden in de kascommissie wordt bovendien meer afstand gecreëerd tussen de VvE en de kascommissie, zodat de kascommissie – zeker als haar leden niet aan VvE-leden zijn gelieerd – onafhankelijker zal kunnen optreden dan een uit de VvE-leden benoemde commissie.

Kortom, het is wenselijk om de twijfel over de mogelijkheid van benoeming van niet-leden van de VvE in een kascommissie weg te nemen. Daarvoor zou art. 5:135 BW als volgt kunnen worden aangevuld:

Artikel 135

“De artikelen 45 lid 4 en 48 van Boek 2 zijn van toepassing. *Een kascommissie wordt door de algemene vergadering, al dan niet uit haar leden, benoemd.*”

2.3.1 Raad van commissarissen

Een alternatief voor de benoeming van een kascommissie is het instellen van een raad van commissarissen. De mogelijkheid om een raad van commissarissen in te stellen was in het oude BW geregeld in art. 876i BW.³⁴ Deze regeling is echter niet overgenomen in het NBW. Dat was niet nodig, omdat een verwijzing naar het toepasselijke artikel in Boek 2 was opgenomen, namelijk art. 2:47 BW (oud).³⁵

In de vorige versie van art. 2:47 BW werd bepaald dat het toezicht op het bestuur aan een raad van commissarissen kon worden opgedragen, in welk geval het bestuur een inlichtingenplicht had. Met de invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen in 1988 is dit artikel komen te vervallen.³⁶ Er bestond toentertijd niet zo'n grote behoefte aan een algemene regeling voor alle soorten van verenigingen, terwijl er met de wetwijziging voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, waar de raad van commissarissen voor bedoeld was, een veel uitgebreidere regeling kwam in de artt. 63a t/m 63j.³⁷

Voor gewone verenigingen moet sindsdien de mogelijkheid dat een raad van commissarissen benoemd kan worden, indirect worden afgeleid uit de art. 2:16 lid 2, 2:23a lid 3, 2:24a lid 1 sub b, art. 2:47 2:48 en 2:49 BW, waarin naar een raad van commissarissen wordt verwezen. Daarmee is het voor VvE's (die weliswaar grotendeels onder de bepalingen van Boek 2 titel 1 vallen, maar slechts voor enkele bepalingen onder titel 2 van Boek 2 BW en al helemaal niet onder titel 3 van Boek 2 BW), ondui-

34 In België bestaat deze constructie dan nog ook altijd, waar zij de naam Raad van mede-eigendom draagt, in te stellen bij grote VvE's van meer dan 20 appartementsrechten. Zie V. Sagaert, B. Tilleman & A.L. Verbeke, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen: Intersentia, 2010, p. 80.

35 *Kamerstukken II 1984/85*, 17 541, 8.

36 Wet van 16 juni 1988, *Stb.* 305.

37 C.H.C. Overes, in: *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer, art. 2:47 BW, aant. 1.

delijk geworden of er nog wel een raad van commissarissen kan zijn en hoe die dan geregeld moet worden.³⁸ Er zijn echter nog diverse VvE's – vooral met betrekking tot serviceflatgebouwen – die een raad van commissarissen kennen. In deze lacune in het BW is voorzien door een regeling van de raad van commissarissen in art. 57 van Modelreglement 2006, maar voor oudere splitsingen geldt dit reglement niet.

De tekst van art. 2:47 BW (oud) was heel geschikt voor VvE's, en zou als een nieuw art. 5:133a BW kunnen worden ingevoegd:

Artikel 133a

“1. Bij de statuten kan worden bepaald, dat het toezicht op het bestuur aan een raad van commissarissen, die uit natuurlijke personen bestaat zal worden opgedragen. Tenzij de statuten anders bepalen, bedraagt het aantal der commissarissen drie.

2. Op de benoeming, de schorsing en het ontslag van commissarissen zijn de bepalingen van artikel 131 van dit Boek betreffende de benoeming, de schorsing en het ontslag van bestuursleden van overeenkomstige toepassing.

3. Het bestuur is verplicht aan de raad van commissarissen alle door hem gewenste inlichtingen te verschaffen, hem desgewenst de kas en de waarden te vertonen, en inzage van de boeken en bescheiden der vereniging te geven.

4. De raad van commissarissen is bevoegd zich op kosten van de vereniging door een deskundige te doen bijstaan.

5. Tenzij de statuten anders bepalen, is de raad van commissarissen bevoegd te allen tijde een algemene vergadering bijeen te roepen of een bestuurder te schorsen. De schorsing kan te allen tijde door de algemene vergadering worden opgeheven.

6. Commissarissen zijn op gelijke wijze als bestuurders voor hun tekortkomingen aansprakelijk.”

38 Zie ook van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notarius 120), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 519.

2.4 Waarborgen bij ondersplitsingen

Volgens art. 5:106 lid 3 BW is het mogelijk om een appartementsrecht op zijn beurt te splitsen in appartementsrechten. De mogelijkheid tot zodanige ondersplitsing is in de wet geïntroduceerd bij de wijziging van het appartementsrecht, die op 1 december 1972 in werking trad.³⁹ Hoewel cijfers ontbreken over de frequentie waarmee van de mogelijkheid tot ondersplitsing gebruik wordt gemaakt, lijkt deze bij multifunctionele complexen, waarin verschillende gebruiksfuncties worden gecombineerd, veelvuldig te worden toegepast. Dat is ook internationaal het geval.⁴⁰ Dat biedt degene die tot splitsing over gaat de mogelijkheid om rechten en verplichtingen met betrekking tot kosten zo veel mogelijk over de verschillende hoofdappartementsrechten te verdelen, waarna deze in de onder-VvE('s) nader over de onderappartements-eigenaars kunnen worden verdeeld, voor zover deze betrekking hebben op het ondergesplitste hoofdappartementsrecht.⁴¹ Deze kostenverdeling, waarbij zo veel mogelijk van het gebouw als privégedeelten in een van de hoofdappartementsrechten wordt bestempeld, dient overigens wel zorgvuldig te gebeuren. Het ligt voor de hand dat, indien dit niet zorgvuldig geschiedt, geschillen op de loer liggen over de vraag wie van de eigenaars de – soms aanzienlijke – kosten moet betalen.

Het is hier waar de Nederlandse keuze om het appartementsrecht tot een aan een aandeel in mede-eigendom gekoppeld exclusief gebruiksrecht te maken het best tot uiting komt. In landen waar voor een constructie is gekozen waarin volle 'horizontale' eigendom van de privégedeelten wordt gecombineerd met mede-eigendom van de gemeenschappelijke gedeeltes, zoals Frankrijk en België, is het vele malen ingewikkelder om tot een dergelijke ondersplitsing te komen. Immers, als mede-eigendom en ondeelbaarheid van de gemeenschappelijke gedeeltes het uitgangspunt is, dan

39 Appartementswet 1972, *Stb.* 1972/467 en Besluit splitsing in appartementsrechten 1972, *Stb.* 1972/468.

40 Zie bijvoorbeeld A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 124-144. C.G. van der Merwe, *Chapter 5, Apartment Ownership, International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VI*, Tübingen: J.C.B. Mohr 1994, p. 5-335 e.v.

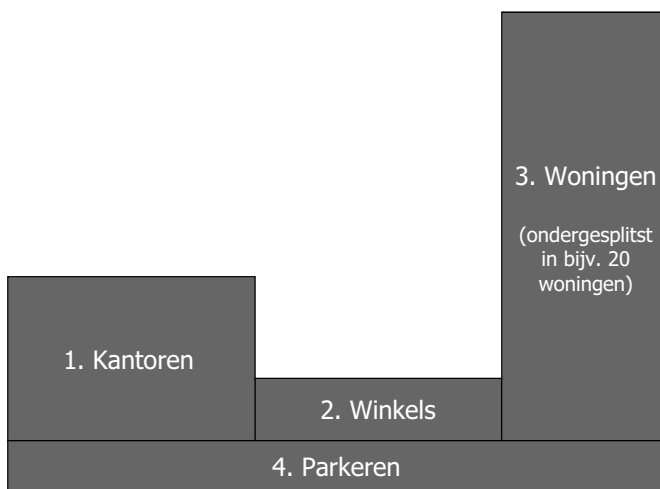
41 Van Velten 2015, par. 10.6.

wordt het dogmatisch vrijwel onmogelijk de mede-eigendom verder te verdelen. In België bijvoorbeeld, bestaat daarom (pas sinds 2010) een mogelijkheid tot het oprichten van deelverenigingen als er meer dan twintig appartementen (of beter, twintig units) zijn en de fysieke omstandigheden van een gebouw of groep van gebouwen daartoe de mogelijkheid biedt (bijvoorbeeld een deel van een gebouw dat alleen door een groep bewoners gebruikt wordt) (art. 577-3 Belgisch BW).

Bij hoofd- en ondersplitsingen kunnen zich, met name ook in de verhouding tussen de VvE van de hoofdsplitsing (hierna: de VvE-Hoofdsplitsing), en de VvE van de ondersplitsing (hierna: de VvE-Ondersplitsing) en de daarin betrokken eigenaars ook minder voor de hand liggende problemen voordoen. Enkele hiervan zullen hierna aan de hand van het volgende voorbeeld worden behandeld.

Voorbeeld

Een groot complex, dat bestaat uit een kantoorgebouw, een winkelgebouw, een parkeergarage en een gebouw met woningen, kan bijvoorbeeld in vier hoofd-appartementsrechten worden gesplitst. Daarbij wordt dan de VvE-Hoofdsplitsing opgericht, die het beheer voert over de gemeenschappelijke gedeelten van de hoofdsplitsing (art. 5:126 lid 1 BW). Schematisch ziet deze hoofdsplitsing er dan uit als in figuur 1.



Figuur 1. Hoofd- en ondersplitsing

In ons voorbeeld blijven – zoals vaak in de praktijk – de hoofdappartementsrechten *kantoren* en *winkels* in handen van een verhurende eigenaar (belegger). Het hoofdappartementsrecht *woningen* wordt ondergesplitst in evenzoveel onderappartementsrechten als er woningen zijn. De parkeergarage wordt in dit voorbeeld evenmin als de kantoren en de winkels ondergesplitst. Alle hoofdappartementsrechten hebben evenveel stemmen in de vergadering van eigenaars, dus ieder heeft 25%.

Bij de ondersplitsing van het hoofdappartementsrecht 'woningen' wordt voor de ondersplitsing een aparte (onder) VvE opgericht (hierna: de VvE-Ondersplitsing).

Indien in de hoofdsplitsing de jaarrekening en het jaarverslag moeten worden goedgekeurd, moet daarvoor een vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing worden bijeengeroepen, waarin ook de onderappartements-eigenaars zijn vertegenwoordigd. Daarvoor gelden de volgende regels, en die leveren het eerste te bespreken knelpunt op.

In geval van ondersplitsing geldt op grond van art. 5:127 lid 3 BW dat in de hoofdsplitsing het stemrecht dat is verbonden aan het ondergesplitste hoofdappartementsrecht, door de onderappartements-eigenaars gezamenlijk moet worden uitgeoefend. De stemmen zelf worden echter uitgebracht door het bestuur van de VvE-Ondersplitsing. Deze stemmen hoeven niet eensluidend te worden uitgebracht. De onderappartements-eigenaars hebben het recht de vergadering van de VvE-Hoofdsplitsing bij te wonen, maar mogen daarin niet het woord voeren. Het bestuur van de VvE-Ondersplitsing mag dat wel en vertegenwoordigt aldus de gezamenlijke onderappartements-eigenaars.

Volgens het Modelreglement 2006 geldt in geval van ondersplitsing voorts dat de rechten en verplichtingen van de eigenaar van het ondergesplitste hoofdappartementsrecht als rechten en verplichtingen van de onder-eigenaars gezamenlijk gelden in overeenstemming met de bepalingen die vastgesteld zijn bij het reglement van ondersplitsing (art. 8 lid 4 Modelreglement 2006). Art. 14 lid 2 bepaalt hierop aansluitend dat de onder-eigenaars gezamenlijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die in de hoofdsplitsing aan het ondergesplitste appartementsrecht zijn verbonden. Art. 47 lid 3 regelt vervolgens dat het stemrecht dat aan het ondergesplitste appartementsrecht toekomt, door het bestuur van de vereniging van onder-eigenaars in de vergadering van eigenaars van de hoofdsplitsing

wordt uitgebracht in de verhouding zoals bij de ondersplitsing is bepaald.⁴²

De stemmen voor het in de ondersplitsing betrokken appartementsrecht behoeven niet eensluidend te worden uitgebracht, tenzij in het reglement van ondersplitsing anders is bepaald.

Als het bestuur van de VvE-Hoofdsplitsing een vergadering van eigenaars bijeen wil roepen, geldt daarvoor volgens het Modelreglement 2006 een oproepingstermijn van vijftien dagen (de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend, art. 45 lid 8 Modelreglement 2006). Oudere modelreglementen hanteren andere termijnen (zie bijvoorbeeld art. 32 lid 6 Modelreglement 1973, dat een termijn van 'acht vrije dagen' voorschrijft).

Zodra het bestuur van de VvE-Ondersplitsing de oproeping ontvangt, dient zij een vergadering van eigenaars in de ondersplitsing uit te schrijven. Indien in de ondersplitsing het Modelreglement bij ondersplitsing in appartementsrechten van mei 2006 (hierna: Modelreglement Ondersplitsing 2006) van toepassing is, geldt daarvoor een oproepingstermijn van tien dagen (de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend, art. 45 lid 8 Modelreglement Ondersplitsing 2006).

In de aldus bijeengeroepen vergadering van eigenaars in de ondersplitsing moet vervolgens worden voorvergaderd en besluitvorming plaatsvinden over de agendapunten van de hoofdsplitsing. Conform deze besluitvorming dient het bestuur van de VvE-Ondersplitsing vervolgens in de hoofdsplitsing te stemmen (al dan niet eensluidend).

In de praktijk blijken zich hierbij diverse problemen bij te kunnen voordoen.

42 Art. 47 lid 3 Modelreglement 2006 voegt hieraan nog toe: 'met dien verstande dat de onderlinge verhouding tussen het stemrecht verbonden aan het ondergesplitste appartementsrecht en de andere appartementsrechten niet gewijzigd wordt. De vergadering kan in geval van ondersplitsing besluiten het aantal uit te brengen stemmen te verveelvoudigen, doch slechts onder handhaving van de onderlinge stemverhouding tussen de eigenaars als in de akte is bepaald. De stemmen voor het in de ondersplitsing betrokken appartementsrecht behoeven niet eensluidend te worden uitgebracht, tenzij in het reglement van ondersplitsing anders is bepaald. De ondereigenaars zijn bevoegd de vergadering van eigenaars bij te wonen. Uitsluitend het bestuur van de vereniging van ondereigenaars is bevoegd om in de vergadering het woord te voeren.'

2.4.1 Problemen in verband met de oproepingstermijn

Het eerste probleem dat kan optreden is dat het bestuur van de VvE-Ondersplitsing niet tijdig een vergadering van eigenaars bijeenroept. De beschikbare termijn is immers zeer beperkt. Als – zoals vaak het geval is – het bestuur van de VvE-Ondersplitsing afwezig of niet voldoende alert is, kan de beschikbare termijn van vijf dagen om de vergadering van eigenaars in de ondersplitsing bijeen te roepen, gemakkelijk worden overschreden. Dat kan tot gevolg hebben dat er in het geheel geen besluitvorming plaatsvindt in de VvE-Ondersplitsing of dat deze te laat plaatsvindt en daardoor blootgesteld wordt aan het risico van vernietiging (art. 5:129 lid 2 juncto art. 2:15 lid 1 sub a BW). Dit probleem is eerder door Rijssenbeek aan de orde gesteld, die hiervoor aanpassing van het modelreglement bepleit.⁴³

Als er geen besluitvorming in de ondersplitsing plaatsvindt, kan het stemrecht van de ondersplitsing niet worden uitgebracht in de vergadering van de hoofdsplitsing. Omdat een quorum eis ontbreekt in het reglement van de hoofdsplitsing, zal de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing echter gewoon geldige besluiten kunnen nemen.⁴⁴ De eigenaar(s) van winkel-kantoor en parkeer-appartement kunnen derhalve naar believen besluiten zonder de eigenaars van de woningen daarbij te horen. Met enige kwade wil kan telkens de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing met de minimale oproepingstermijn worden bijeengeroepen, zodat de VvE-Ondersplitsing feitelijk buitenspel wordt gezet.

Het is daarom aan te bevelen om in aktes van (hoofd)splitsing een bepaling op te nemen dat in geval van ondersplitsing van een appartementsrecht, de oproepingstermijn voor de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing wordt verlengd, bijvoorbeeld tot dertig dagen.⁴⁵ Zodanige

43 N.L.J.M. Rijssenbeek, *De modelreglementen toegelicht*, Den Haag: IBR 2015, p. 225 en 226, die ook voor het bijeenroepen van een vergadering op verzoek van een aantal eigenaars een langere termijn bepleit, als een appartementsrecht is ondergesplitst.

44 Gerechtshof Amsterdam 2 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2012: BZ2410.

45 In andere landen, waar een dergelijke problematiek van ondersplitsing niet bestaat, bestaan ook geen expliciete regels over oproepingstermijnen. Zie in het algemeen art. 18-1 Wet 65-557, §24 WEG, en secties 34-36 Commonhold and Leasehold Reform Act 2002.

nieuwe bepaling in een nieuw modelreglement geldt echter niet voor de vele al bestaande hoofd- en ondersplitsingen. Een algemeen geldende regeling zou derhalve in de wet moeten worden opgenomen.

Een alternatief zou kunnen zijn om in de wet een bepaling op te nemen dat in geval van ondersplitsing van enig appartementsrecht de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing slechts kan besluiten als alle appartementseigenaars (inclusief de gezamenlijke eigenaars van de ondersplitsing(en)) aanwezig of vertegenwoordigd zijn. Dit zal echter besluitvorming in de hoofdsplitsing kunnen belemmeren als er veel hoofd-appartementsrechten zijn. De eenvoudigste oplossing lijkt dan ook de hiervoor genoemde verruiming van de oproepingstermijn in geval van ondersplitsing door een wettelijke regeling verplicht te stellen. Daarbij zou bij voorkeur ook moeten worden bepaald dat de vergadering van eigenaars wordt bijeengeroepen met inachtneming van een oproepingstermijn van vijftien dagen (de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend) conform de bepaling van het Modelreglement 2006, zodat voor alle VvE's in Nederland waarin geen ondersplitsing heeft plaatsgevonden, de termijn gelijk wordt getrokken.

Deze nieuwe regeling zou kunnen worden opgenomen in een nieuw lid van art. 5:127 BW te weten lid 4:

Artikel 127 lid 4

“4. De oproeping voor de vergadering van eigenaars vindt schriftelijk plaats met een termijn van tenminste vijftien dagen, de dag van oproeping en van vergadering daaronder niet gerekend. In geval van ondersplitsing van een appartementsrecht bedraagt de termijn voor de bijeenroeping van de vergadering van eigenaars van de hoofdsplitsing ten minste 30 dagen.”

2.4.2 Problemen bij de controle van de financiële verslaglegging

In het hiervoor genoemde voorbeeld dienen in de vergadering van eigenaars in de hoofdsplitsing de jaarstukken te worden goedgekeurd. De voorschriften waaraan deze moeten voldoen, worden beschreven in par. 2.3.

Voor de controle van de balans en de staat van baten en lasten met toelichting kan een kascommissie worden benoemd als bedoeld in art. 2:48 lid 2 BW. In ons voorbeeld hebben de eigenaars van de hoofdappartementsrechten *kantoren*, *winkels* en *parkeren* de absolute meerderheid van stemmen. Ook als de VvE-Ondersplitsing correct en tijdig wordt opgeroepen voor de vergadering, kunnen zij – behoudens in geval van misbruik van meerderheidsmacht⁴⁶ – zonder hinder van de VvE-Ondersplitsing alle besluiten nemen die zij wensen. Dat geldt voor de benoeming van een bestuur, voor het opstellen van de jaarstukken, voor het besluit tot het doen van uitgaven, voor de allocatie van kosten aan de hoofdsplitsing en voor de benoeming van een kascommissie. De grote eigenaars kunnen onderling derhalve uitmaken wie de financiële verslaglegging van de VvE-Hoofdsplitsing controleert en daarmee de uitkomst van het onderzoek sturen. Zij kunnen immers eigen werknemers als leden van de kascommissie benoemen.

De ondereigenaars van het appartementsrecht *woningen* en de VvE-Ondersplitsing zijn daarmee aan de goden overgeleverd. Daarbij komt nog dat de individuele ondereigenaars weinig mogelijkheden hebben om zelfstandig de VvE-Hoofdsplitsing op (al dan niet vermeende) onjuistheden te wijzen. Zij kunnen immers niet de benoeming van een lid van de kascommissie afdwingen, en hebben gelet op het bepaalde in de art. 8, 14 en 47 Modelreglement 2006 weinig mogelijkheden om rechtsreeks actie tegen de VvE-Hoofdsplitsing te ondernemen. Onduidelijk is voorts in hoeverre zij recht hebben op inzage in de administratie van de VvE-Hoofdsplitsing.

Om te waarborgen dat de VvE-Ondersplitsing in staat wordt gesteld de financiële verslaglegging van de VvE-Hoofdsplitsing te controleren, verdient het aanbeveling om in de wet te bepalen dat in geval van ondersplitsing ten minste één lid van de kascommissie wordt benoemd op voor-

46 HR 13 oktober 1998, NJ 1999/83 (*Van Gasteren/Beemster*); HR 29 september 2006, NJ 2006/639 (*The Mill/Aruba*); Kantonrechter Utrecht 30 maart 2009, LJN: BJ6989 (*Seyster Veste*); Kantonrechter Maastricht 15 mei 2011, LJN: BQ7678 (*Servatius*); Kantonrechter Haarlem 27 juli 2012, LJN: BX4533 (*Mid-denduin*); Kantonrechter Amsterdam 16 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4332 (*Rochdale*); R.F.H. Mertens, 'Scheve verhoudingen in het appartementsrecht', *NTBR* 2000, p. 35-37; R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl*.

dracht van de VvE-Ondersplitsing. Indien geen kascommissie wordt benoemd omdat een raad van commissarissen is ingesteld, geldt mutatis mutandis hetzelfde voor de benoeming van één commissaris.

Uiteraard kan zich het geval voordoen dat meer dan één appartementsrecht is ondergesplitst. Om de vermijden dat de kascommissie of raad van commissarissen uit te veel leden bestaat, kan in zodanig geval worden volstaan met een gezamenlijke voordracht door de VvE's van de ondersplitsingen. Bij hun onderlinge besluitvorming geldt dezelfde stemverhouding als in de hoofdsplitsing.

Dit zou als volgt kunnen worden geregeld in een aanvullend lid 7 van het in par. 2.3 voorgestelde nieuwe art. 5:133a BW:

Artikel 113a lid 7

7. In geval van ondersplitsing wordt ten minste een commissaris benoemd op voordracht van de vereniging van eigenaars van een ondergesplitst appartementsrecht. Ingeval van ondersplitsing van meer dan een appartementsrecht, doen de verenigingen van eigenaars van de ondergesplitste appartementsrechten gezamenlijk deze voordracht. Bij de besluitvorming hierover komt aan iedere vereniging van eigenaars het stemmen-aantal toe overeenkomstig de teller van het breukdeel waarvoor het ondergesplitste appartementsrecht deel uitmaakt van de hoofdsplitsing en het totaal aantal stemmen gelijk is aan de som van deze tellers van de in een ondersplitsing betrokken appartementsrechten."

Voor het geval een raad van commissarissen ontbreekt, kan aan de in par. 2.3 voorgestelde aanvulling van art. 135 nog worden toegevoegd:

Artikel 135

"De artikelen 45 lid 4 en 48 van Boek 2 zijn van toepassing. Een kascommissie wordt door de algemene vergadering, al dan niet uit haar leden, benoemd. *Het bepaalde in art. 133a zevende lid is van overeenkomstige toepassing.*"

Met deze voorgestelde regelingen wordt nog niet erin voorzien dat een onderappartementseigenaar zelf ook enige controle kan uitoefenen en daartoe de op de administratie van het gebouw en het beheer van de

fondsen van de VvE-Hoofdsplitsing in mag zien. De vraag of zodanig inzagerecht wenselijk is, komt in par. 2.8 aan de orde.

2.5 Faillissement van de VvE/toepasselijkheid art. 2:19a lid 2 BW/ art. 2:22a BW

Titel 9 van Boek 5 BW voorziet zelf in een regeling van het vrijwillige en onvrijwillige einde van de VvE. Deze volgt op opheffing van de splitsing, die diverse oorzaken kan hebben.

Volgens art. 5:143 BW wordt de splitsing – kort samengevat – van rechtswege opgeheven:

- als een in de splitsing betrokken recht van erfpacht of opstal eindigt en er geen andere registergoederen in de splitsing zijn betrokken;
- door onteigening van een in de splitsing betrokken perceel, als er geen andere percelen in de splitsing betrokken zijn.

Daarnaast kan de opheffing volgens art. 5:143 lid 2 BW vrijwillig plaatsvinden bij notariële akte met medewerking van alle eigenaars en overige rechthebbenden (conform art. 5:139 lid 1 BW) en op bevel van de kantonrechter in de in art. 5:144 BW geregelde gevallen.⁴⁷

Door opheffing van splitsing wordt de VvE van rechtswege ontbonden (art. 5:147 BW). Art. 5:147 lid 2 BW bepaalt dat de vereffening plaatsvindt met inachtneming van de in de leden 3 en 4 opgenomen afwijkingen van art. 2:23 en art. 2:24 BW.

Het appartementsrecht lijkt hiermee een uitputtende regeling en limitatieve opsomming te bevatten van het einde van de VvE, maar dit is niet geheel zeker. De vraag kan bijvoorbeeld opkomen of de VvE ook failliet kan worden verklaard⁴⁸ en of er ook nog andere oorzaken van ontbinding van de VvE buiten het appartementsrecht te vinden zijn.

In de praktijk zal zich niet spoedig de situatie voordoen waarin een VvE insolvent wordt. Art. 5:113 lid 5 BW bepaalt immers – kort gezegd – dat

47 Eenzelfde benadering bestaat in de ons omringende landen. §9 WEG, secties 43, 50 en 55 Commonhold and Leasehold Reform Act 2002 en 6-1 Wet 65-557.

48 Van Velten 2015, par. 10.4. Volgens P.H.M. Gerver, 'Het faillissement van de vereniging van eigenaars', *S&V* 1989, p. 169-171, kan de VvE niet failliet worden verklaard, mede omdat in art. 5:147 BW volgens hem limitatief de gronden van ontbinding van de VvE zijn opgesomd.

de appartementseigenaars voor hun aandeel in de kostenbijdrageplicht hoofdelijk verbonden zijn voor de schulden van de VvE. Helemaal uit te sluiten is insolventie echter niet. In de situatie waarin alle appartementseigenaars zelf failliet zijn en geen verhaal meer bieden en ook de VvE geen middelen meer heeft, zal normaal gesproken uitwinning van de appartementsrechten door de curator of de hypotheekhouder plaatsvinden. In dat geval komen er nieuwe appartementseigenaars, die slechts beperkt aansprakelijk zijn voor de 'oude' schulden (zie art. 5:122 lid 3 BW). Er kan dus een restschuld bij de VvE achterblijven. Hoewel de nieuwe eigenaars niet voor deze restschuld aansprakelijk zijn, zal de VvE uiteraard wel moeten functioneren en zal er bijvoorbeeld onderhoud aan het gebouw moeten plaatsvinden. Voor dit onderhoud zullen de nieuwe eigenaars (maandelijks) een bijdrage moeten storten, waarop een externe schuldeiser van de VvE zich kan verhalen. Per saldo zullen de nieuwe eigenaars derhalve toch (gedeeltelijk) bijdragen aan voldoening van de oude schulden. Indien deze schulden echter te hoog zijn, is een toestand mogelijk waarin de VvE feitelijk failliet is. Zolang de splitsing voortbestaat is een VvE als administratief vehikel dat de gemeenschap beheert echter wettelijk verplicht. Vanuit dat perspectief is een deconfiture van de VvE geen oplossing.⁴⁹

Uit de praktijk zijn ons geen gevallen bekend waarin zich een situatie voordeed waarin de VvE failliet moest worden verklaard. Aan regeling van deze mogelijkheid lijkt dan ook geen behoefte te bestaan.

Iets anders is dat strikt genomen ook buiten de door art. 5:147 lid 1 BW bestreken gevallen ontbinding van de VvE mogelijk is. Volgens art. 5:124 lid 2 BW is titel 1 van Boek 2 BW (over rechtspersonen in het algemeen) immers van toepassing op de VvE behoudens de in dit artikel genoemde wetsartikelen. Art. 2:19a en art. 2:22a BW worden hierin niet genoemd en zijn daarmee strikt genomen van toepassing. Art. 2:19a lid 2 BW voorziet in de mogelijkheid dat de Kamer van Koophandel een vereniging ontbindt als er ten minste een jaar geen bestuurders van de vereniging in het handelsregister zijn ingeschreven en zij ten minste een jaar in gebreke is het voor inschrijving in het handelsregister verschuldigde bedrag te voldoen. Dit artikel is in 1994 in Boek 2 ingevoegd en het heeft er alle schijn van dat destijds over het hoofd is gezien dat voor de VvE een uitzonde-

49 R.F.H Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:113 BW, aant. 3.

ring moest worden opgenomen in art. 5:124 BW. De VvE is immers verplicht bij iedere appartementensplitsing, zodat het naar onze mening aanbeveling verdient deze uitzondering alsnog op te nemen in art. 5:147 lid 4 BW.

Ditzelfde geldt voor art. 2:22a BW. Dit artikel voorziet in een mogelijkheid om beschikking over aandelen in een bv of nv te bevriezen in het kader van een verzoek van het Openbaar Ministerie tot ontbinding van de desbetreffende vennootschap. Omdat deze ontbindingsmogelijkheid op verzoek van het openbaar ministerie niet geldt voor VvE's en art. 2:22a BW alleen voor nv's en bv's geldt, kan het ontbreken van een uitsluiting van toepasselijkheid van dit artikel in art. 5:124 BW ook overigens niet tot problemen leiden. Ook de artikelen 1 en 2 over overheid(sorganen) en kerkgenootschappen, zijn voor VvE's niet relevant.

2.6 Elektronisch en/of voorafgaand aan de vergadering stemmen

In de praktijk komt soms de vraag op of er ook op een andere manier gestemd mag worden behalve 'in persoon' of 'met een volmacht', en of het uitbrengen van de stem ook voorafgaand aan de vergadering plaats mag vinden.

Het appartementsrecht geeft voor VvE's niet de mogelijkheid om elektronisch of vooraf te stemmen, maar geeft ook geen voorschriften over hoe en wanneer stemmen uitgebracht dienen te worden. Dit geldt ook voor de bepalingen van appartementsrecht in andere landen.

In de modelreglementen is geregeld dat iedere eigenaar stemgerechtigd is (art. 47 modelreglement 2006), dat deze in persoon of bij een schriftelijk gevolmachtigde die al dan niet lid van de vereniging is, de vergadering bij kan wonen, daarin het woord kan voeren en het stemrecht uit kan oefenen. Een bestuurder kan sinds het modelreglement 2006 niet als gevolmachtigde optreden (art. 49 modelreglement 2006). Met een besluit van de vergadering staat gelijk een voorstel, waarmee alle eigenaars schriftelijk hun instemming hebben betuigd, fax en e-mail daaronder begrepen (art. 50 lid 3 modelreglement 2006). In andere landen kent men geen modelreglement zoals in Nederland en, hoewel er gedetailleerde wetgeving bestaat over de uitoefening en bestuur van appartementsrechten, ontbreken bepalingen over de uitoefening van het stemrecht middels elektro-

nisch stemmen.⁵⁰ Het is daarom niet verboden, maar ook niet expliciet toegestaan. Stemmen bij volmacht komt ook voor in Duitsland, waar het ook mogelijk is om schriftelijk in te stemmen met besluiten (§23 (3) WEG).⁵¹ Noemenswaardig is wellicht dat met ingang van 1 januari 2015 in Frankrijk de mogelijkheid bestaat voor professionele bestuurders om online (via een veilige verbinding) inzage in de stukken voor de vergadering te geven (art. 18 I Wet 65-557).

De modelreglementen bieden dus niet zo veel ruimte: besluitvorming vindt ter vergadering plaats, en alleen besluitvorming buiten de vergadering over een voorstel waarmee alle eigenaars schriftelijk instemmen staat gelijk aan een vergaderbesluit. De mogelijkheid voor leden om hun stemgedrag al in een fase voorafgaand aan de algemene vergadering vast te leggen zou overigens niet nieuw zijn. Ook nu al kan immers via een volmacht met een steminstructie bewerkstelligd worden dat tijdens de algemene vergadering een stem wordt uitgebracht die op een eerder moment is bepaald. De mogelijkheid om met elektronische hulpmiddelen aan de vergadering deel te nemen en de stem uit te brengen zou wel nieuw zijn. Op het appartementsrecht zijn delen van het gewone verenigingsrecht van toepassing, maar niet het begin 2007 gewijzigde art. 2:38 BW, dat gaat over het uitoefenen van het stemrecht. Dat artikel is gewijzigd om aan de wensen van de moderne tijd te voldoen en de toepassing van elektronische communicatiemiddelen bij het stemmen te regelen.⁵² Deze wetswijziging voegt met de leden 5 t/m 9 voor gewone verenigingen aan de bestaande praktijk bovendien de mogelijkheid toe om een reeds bepaalde stem al voorafgaand aan de algemene vergadering uit te brengen. Vereiste is dan echter wel dat de statuten deze mogelijkheid bevat.⁵³ Het is denkbaar dat het bestuur in een VvE zou besluiten conform de nieuwe regels voor gewone verenigingen te gaan werken, maar dit is daarmee nog niet in de statuten opgenomen. Besluiten lopen daarmee het risico eenvoudig vernietigd te kunnen worden.

50 De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst, in A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 131-132.

51 Zie ook Art. 577-6 van het Belgisch BW.

52 *Stb.* 525, Wet van 20 oktober 2006.

53 Zie C.H.C. Overes, *GS Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer, aant. 5a, voor een bespreking van de wetswijziging en de daar aangehaalde literatuur.

In een VvE waarin niet in de statuten is geregeld dat eigenaars hun stem voorafgaand aan de vergadering schriftelijk uit mogen brengen of dat er elektronisch gestemd mag worden, zijn er in de praktijk dus geen andere mogelijkheden om een stem uit te brengen anders dan door ter vergadering aanwezig te zijn, of een ander een volmacht te geven om namens de afwezige eigenaar een stem uit te brengen.

Er is geen reden om deze vernieuwing in het algemene verenigingsrecht niet ook voor VvE's van kracht te laten zijn. Het gaat om art. 2:38 BW dat – in enigszins aangepaste vorm – van toepassing verklaard zouden kunnen worden.⁵⁴

Art. 2:38 BW luidt als volgt:

“1. Behoudens het in het volgende artikel bepaalde, hebben alle leden die niet geschorst zijn, toegang tot de algemene vergadering en hebben daar ieder één stem; een geschorst lid heeft toegang tot de vergadering waarin het besluit tot schorsing wordt behandeld, en is bevoegd daarover het woord te voeren. De statuten kunnen aan bepaalde leden meer dan één stem toekennen.

2. Tenzij de statuten anders bepalen, treden de voorzitter en de secretaris van het bestuur of hun vervangers, als zodanig ook op bij de algemene vergadering.

3. De statuten kunnen bepalen dat personen die deel uitmaken van andere organen der vereniging en die geen lid zijn, in de algemene vergadering stemrecht kunnen uitoefenen. Het aantal der door hen gezamenlijk uitgebrachte stemmen zal echter niet meer mogen zijn dan de helft van het aantal der door de leden uitgebrachte stemmen.

4. Tenzij de statuten anders bepalen, kan iemand die krachtens lid 1 of lid 3 stemgerechtigde is, aan een andere stemgerechtigde schriftelijk volmacht verlenen tot het uitbrengen van zijn stem.

5. Aan de eis van schriftelijkheid van de volmacht wordt voldaan indien de volmacht elektronisch is vastgelegd.

6. De statuten kunnen bepalen dat iemand die krachtens lid 1 of lid 3 stemgerechtigde is, het stemrecht kan uitoefenen door middel van een elektronisch communicatiemiddel.

54 Zie ook Vegter 2012, ter verbetering van het functioneren van VvE's.

7. Voor de toepassing van lid 6 is vereist dat de stemgerechtigde via het elektronisch communicatiemiddel kan worden geïdentificeerd, rechtstreeks kan kennisnemen van de verhandelingen ter vergadering en het stemrecht kan uitoefenen. De statuten kunnen bepalen dat bovendien is vereist dat de stemgerechtigde via het elektronisch communicatiemiddel kan deelnemen aan de beraadslaging.

8. De statuten kunnen bepalen dat stemmen die voorafgaand aan de algemene vergadering via een elektronisch communicatiemiddel worden uitgebracht, doch niet eerder dan op de dertigste dag voor die van de vergadering, gelijk worden gesteld met stemmen die ten tijde van de vergadering worden uitgebracht.

9. Bij of krachtens de statuten kunnen voorwaarden worden gesteld aan het gebruik van het elektronisch communicatiemiddel. Indien deze voorwaarden krachtens de statuten worden gesteld, worden deze bij de oproeping bekend gemaakt."

Om art. 2:38 BW ook voor VvE's van toepassing te laten zijn, hoeft slechts art. 5:135 BW te worden aangepast. Dit artikel bestaat slechts uit één zin: de cursieve delen betreffen de voorgestelde toevoegingen:

Artikel 135

"De artikelen 38 met uitzondering van lid 1-3, waarbij in lid 4 en lid 6 voor 'iemand die krachtens lid 1 of lid 3 stemgerechtigde is' gelezen moet worden 'stemgerechtigde', 45 lid 4 en 48 van Boek 2 zijn van toepassing."

2.7 Stortingsplicht reservefonds

In het onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's werd aanbevolen om art. 5:126 lid 1 BW aan te passen, opdat het reservefonds wordt gevuld op basis van de herbouwwaarde, tenzij een deskundig opgesteld meerjarenonderhoudsplan (MJOP) aanleiding geeft tot een andere basis voor het reservefonds. Dit MJOP dient aan nog nader

te omschrijven voorwaarden te voldoen en een nader te bepalen minimale periode te omvatten van bijvoorbeeld tien jaar.⁵⁵

In aansluiting op dit rapport is in september/oktober 2015 een wetsvoorstel aan het publiek ter consultatie voorgelegd.⁵⁶ In het wetsvoorstel wordt art. 5:126 BW voor zover betrekking hebbend op het reservefonds als volgt gewijzigd:

“Onder vernummering van het tweede tot en met vierde lid tot vierde tot en met zesde lid worden na het eerste lid twee leden ingevoegd, luidende:

2. De jaarlijkse reservering ten behoeve van het reservefonds, bedoeld in het vorige lid, bedraagt:

a. het bedrag dat is vastgesteld door de vergadering van eigenaars ter uitvoering van een door de vergadering van eigenaars vastgesteld onderhoudsplan van ten hoogste 5 jaren oud ten aanzien van de gedeelten van het gebouw die niet bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt, dat betrekking heeft op een periode van ten minste vijf jaar en waarin de benodigde onderhouds- en herstelwerkzaamheden alsmede de geplande vernieuwingen zijn opgenomen daaronder mede begrepen een berekening van de aan die werkzaamheden en vernieuwingen verbonden kosten en een gelijkmatige toerekening van die kosten aan de onderscheiden jaren, of

b. ten minste 0,5% procent van de herbouwwaarde van het gebouw.

3. (...etc.)”

Op dit wetsvoorstel zijn ruim zestig reacties gekomen, waarvan ongeveer de helft van VvE-bestuurders. De reacties waren overwegend positief, maar er is kritiek geleverd op onder meer de periode van vijf jaar (die is te kort) en het ontbreken van een kwaliteitsnorm voor het MJOP. De ministeries van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties en Veiligheid en Justitie beraden zich op moment van schrijven van deze bijdrage op het definitieve wetsvoorstel. Gedacht wordt over het opstellen van kwaliteits-eisen waaraan een goed MJOP moet voldoen. Tevens wordt overwogen

55 M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, p. 32.

56 internetconsultatie.nl/wet_verbetering_verenigingen_van_eigenaars.

het MJOP ten hoogste een termijn van tien jaar te laten bestrijken, waarbij het plan minstens iedere vijf jaar moet worden herzien.

In de reacties zijn voorstellen gedaan om grooteigenaars/beleggers/verhuurders vrij te stellen van het daadwerkelijk storten in het reservefonds. Deze gedachte leeft al langer. Met de wetswijziging van 2005 lijkt immers geen rekening te zijn gehouden met de afwijkende positie van grote (institutionele) beleggers, die vaak rechthebbende zijn van meerdere/veel appartementsrechten. Deze beleggers beschikken meestal over ruim voldoende financiële middelen om de 'andere dan de gewone jaarlijkse kosten' op ieder gewenst moment te kunnen voldoen. Daarnaast ondervinden beleggers nadeel bij een verplichte afdracht, omdat op het reservefonds doorgaans een lager rendement wordt gemaakt dan zij zelf op het vermogen zouden maken. Zij zouden daarom, bijvoorbeeld in het reglement van splitsing, vrijgesteld willen worden van de periodieke betalingen, uiteraard onverminderd de verplichting om te zijner tijd hun aandeel bij te dragen aan voldoening van de desbetreffende kosten. Geconcludeerd werd echter dat ontheffing van stortingen in het reservefonds van bepaalde grooteigenaars in strijd is met de wettelijke regeling. Er kunnen hierdoor bovendien risico's voor de overige appartementseigenaars ontstaan: ook een solide belegger kan failliet gaan of zijn appartementsrechten overdragen aan een minder solide belegger, zonder dat het reservefonds alsnog wordt aangevuld. Het werd daarentegen wel mogelijk gevonden dat een verplichte storting wordt vervangen door een (niet in de tijd beperkte) bankgarantie ten gunste van de VvE, die deze garantie te allen tijde moet kunnen invoeren. Dit bergt echter het gevaar in zich dat de VvE pas een beroep op de garantie doet na de overdracht, waarna wellicht niet meer tot uitkering over wordt gegaan.⁵⁷

Dit onderwerp is ook aan de orde geweest in het hiervoor genoemde onderzoek naar moderniseringsmogelijkheden in wet- en regelgeving voor VvE's. Daarin wordt geconcludeerd dat het niet alleen verplicht, maar ook vanzelfsprekend is dat iedere eigenaar zijn verplichte bijdrage ook daadwerkelijk overmaakt naar een bankrekening van de VvE. Er bestaat echter twijfel of dit eenduidig genoeg in de wet is geregeld.

57 A.A. Van Velten, 'Rechtsvragenrubriek: 12. Is ontheffing mogelijk van de verplichting tot het hebben van een reservefonds bij een VvE?', *WPNR* 2005/6648.

De wet schrijft in art. 5:112 lid 1 onder b BW immers voor dat het reglement van splitsing een regeling moet inhouden omtrent de door de eigenaars te storten bedragen, hetgeen daadwerkelijk overmaken van geld zou impliceren. In lid 2 van dat artikel staat voorts dat ook de statuten een regeling moeten bevatten omtrent de periodiek verschuldigde bijdragen. In de statuten kan dus nader geregeld worden hoe aan deze verplichtingen voldaan moet worden. In de modelreglementen is echter niet nader geregeld dat alle bijdragen uit 'gelden' moeten bestaan.

In art. 5:126 lid 1 BW staat dat de vereniging een reservefonds 'in stand houdt'. Een reservefonds fonds lijkt niet verplicht uit gelden op een bankrekening te moeten bestaan, er zou mogelijk ook voldaan kunnen worden door het verstrekken van een borgtocht of bankgarantieverklaring. Een besluit daartoe kan in de meeste VvE's met een gewone meerderheid genomen worden. In Modelreglement 2006 is weliswaar in art. 43 lid 3 een regeling opgenomen dat de gelden van het reservefonds op een afzonderlijke bankrekening moeten worden gestort, maar er is onduidelijkheid of iedere eigenaar moet voldoen met 'gelden' of met een andere wijze van voldoening kan volstaan.

Het zal duidelijk zijn dat dit risico's oplevert bij betalingsproblemen of zelfs faillissement van de betreffende grooteigenaar die een meerderheidsstem in de VvE heeft. De VvE zal dan in lang niet alle gevallen de verschuldigde bijdragen aan het reservefonds kunnen incasseren. Daarom is het raadzaam om eenduidig in de wet te regelen dat de bedragen en bijdragen die in reglement of statuten zijn geregeld, daadwerkelijk moeten worden overgemaakt naar een bankrekening die op naam van de VvE staat. Art. 5:112 lid 1 onder b en c zouden als volgt kunnen worden aangepast:

Artikel 112 lid 1 onder b en c

"b. een regeling omtrent een jaarlijks op te stellen exploitatierekening, lopende over het voorafgaande jaar, en de door de appartementseigenaars *op een bankrekening ten name van de vereniging van eigenaars* te storten bijdragen;

c. een regeling omtrent door de appartementseigenaars periodiek, tenminste jaarlijks, aan de vereniging verschuldigde *en op een bankrekening van de vereniging van eigenaars te storten* bijdragen;"

2.8 Inzagerecht

In het Modelreglement 2006 is geen regeling opgenomen die een eigenaar het recht geeft om inzage te nemen in – kort gezegd – de administratie van de VvE. Zodanige regeling was wel opgenomen in het (nagevoeg gelijklopende) art. 40 lid 6 modelreglement 1973, 41 lid 6 modelreglement 1983 en 41 lid 6 modelreglement 1992.

Art. 41 lid 6 modelreglement 1992 luidde:

“Het bestuur is verplicht aan iedere eigenaar alle inlichtingen te verstrekken betreffende de administratie van het gebouw en het beheer van de fondsen, welke die eigenaar mocht verlangen en hem op zijn verzoek inzage te verstrekken van alle op die administratie en dat beheer betrekking hebbende boeken, registers en bescheiden. Het houdt de eigenaars op de hoogte van het adres en de telefoonnummer van het bestuur.”⁵⁸

In de praktijk ontstaat, ook in die gevallen waarin het reglement voorziet in een inzagerecht voor de appartementseigenaar, regelmatig discussie over de vraag of een appartementseigenaar inzage heeft in bepaalde bescheiden van de VvE en wat de reikwijdte van dit inzagerecht is.⁵⁹ Aan de ene kant bevinden zich de besturen van de VvE die er vaak niet happig op zijn om inzage te verlenen en deze zo veel mogelijk belemmeren (bijvoorbeeld door voor te stellen deze te verschaffen in een nabijgelegen snackbar of in een kantoor op tientallen kilometers afstand, of door de inzage te beperken met het argument dat de administratie vertrouwelijke stukken bevat, bijvoorbeeld over ten laste van een andere appartementseigenaar gelegde beslagen).⁶⁰ Aan de andere kant bevindt zich de al dan

58 Vergelijkbare bepalingen komen voor in §27 WEG en Art. 18 Wet 65-557.

59 Hof Leeuwarden 9 juli 2008, *PRG* 2009/92; Hof Amsterdam 22 april 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:1485*. Zie voorts Rb. Noord-Holland 5 juni 2013, *ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3797* en Rb. Midden-Nederland 25 juni 2014, *RVR* 2014/98, zie voorts M.L.J.M. Rijssenbeek, *De model splitsingsreglementen toegelicht*, Den Haag: IBR 2015, pagina 304-305 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

60 Uiteraard zijn er ook VvE's c.q. VvE-bestuurders, die standaard op een afgesloten deel van een website alle relevante stukken van de VvE ter inzage en zo nodig tot afdrukken gereed houden.

niet terecht wantrouwige eigenaar die zich een beeld wil vormen van bijvoorbeeld de juistheid van bepaalde uitgaven die zijn gedaan en de vraag of daarvoor een correcte vergelijking van aanbieders heeft plaatsgevonden.

In sommige gevallen zal hij dit niet bij eenvoudige inzage kunnen vaststellen, maar daartoe de stukken nader moeten bestuderen. Regelmatig verzoeken eigenaars dan ook om kopieën van (delen van) de administratie. Ook als zij aanbieden daarvan de redelijke kosten te vergoeden of zelf kopieën te maken, wordt dit vaak niet toegestaan. De hiervoor aangehaalde tekst van de modelreglementen biedt ook geen grondslag voor het vragen van door het bestuur te maken kopieën.⁶¹ Volgens de Rechtbank Midden-Nederland mag de eigenaar zelf ook geen kopieën of foto's maken, mede omdat daar vertrouwelijke stukken bij zitten die derden betreffen.⁶² In de gevallen waarin de eigenaar geen of slechts beperkte inzage krijgt, ontstaat vaak discussie over de vraag welke stukken tot de administratie van de VvE behoren. De Laat heeft bepleit hiervoor aansluiting te zoeken bij art. 2:10 BW:⁶³

“Het bestuur is verplicht de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van alles betreffende de werkzaamheden van de rechtspersoon, naar de eisen die voortvloeien uit deze werkzaamheden, op zodanige wijze een administratie te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend.”

Volgens De Laat valt hier niet onder dat het bestuur alle denkbare correspondentie tussen de organen van de VvE en derden ter inzage moet worden gegeven.

Bij deze uitleg past het oordeel van de kantonrechter te Alkmaar,⁶⁴ dat onder de definitie van *bescheiden* ook vallen:

61 Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1485.

62 Rb. Midden-Nederland 25 juni 2014, *RVR* 2014/98.

63 R.P.M. de Laat, 'Het inzagerecht in de praktijk', *VvErecht.nl*, 25 februari 2015. Zie van dezelfde auteur 'Inzagerecht in de administratie van VvE omvat niet tevens het verstrekken van kopieën', *VvErecht.nl*, 31 oktober 2014.

64 Rb. Noord-Holland 5 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:CA3797.

“offertes die betrekking hebben op noodzakelijk herstel van het gebouw en de daarmee gepaard gaande fondsen. Het is in het belang van de leden van de VvE dat ook dergelijke stukken kunnen worden ingezien door de leden met het oog op de uit te oefenen controle van de administrateur.”

Kort samengevat kan een appartementseigenaar – afhankelijk van het toepasselijke modelreglement – recht hebben op inzage in de boeken en bescheiden van de VvE die betrekking hebben op de administratie en de financiën van de VvE.

In geval van ondersplitsing van een appartementsrecht kan vervolgens de vraag opkomen of ook een ondereigenaar recht heeft op inzage van de boeken en bescheiden van de VvE-Hoofdsplitsing. De Rechtbank Midden-Nederland oordeelde in de zojuist al genoemde uitspraak dat de eigenaar zodanig recht niet heeft:

“De gezamenlijke onderappartementseigenaars, verenigd in De Nieuwe Hof II, zijn op hun beurt lid van De Nieuwe Hof 1. De Nieuwe Hof II wordt door haar bestuur vertegenwoordigd in de vergadering van eigenaars van De Nieuwe Hof I en oefent het stemrecht uit met uitsluiting van de onderappartementseigenaars zelf (art. IV.B.4 van de akte van ondersplitsing en art. 5:127 lid 3 BW). Het bestuur van De Nieuwe Hof I is ten opzichte van de eigenaars van de appartementsrechten verplicht tijdig de jaarstukken op te maken en ter goedkeuring voor te leggen aan de vergadering van eigenaars, conform het Modelreglement 1992. Krachtens art. 2 lid 4 van dat reglement gelden de rechten en verplichtingen van de eigenaar van het in de ondersplitsing betrokken appartementsrecht echter als rechten en verplichtingen van de ondereigenaars gezamenlijk. Dit betekent dat niet eiseres, maar alleen de gezamenlijke onderappartementseigenaars, verenigd in De Nieuwe Hof II, het bestuur van De Nieuwe Hof I kunnen aanspreken op nakoming van de verplichting om jaarrekeningen op te stellen en ter goedkeuring voor te leggen aan de vergadering van eigenaars. Niet is gesteld of gebleken dat eiseres in deze procedure de gezamenlijke onderappartementseigenaars vertegenwoordigt. Dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.”

In het kader van de in par. 2.4 beschreven verhoudingen tussen VvE-Hoofdsplitsing en VvE-Undersplitsing is dit oordeel verdedigbaar. Daarbij dient echter tevens te worden meegewogen dat een onderappartementseigenaar deelgenoot is (via een ondergemeenschap) van de gemeenschap die in de hoofdsplitsing is betrokken. Als zodanig is deze onderappartementseigenaar ook, weliswaar getrapd via de VvE-Undersplitsing, hoofdelijk verbonden voor schulden van de VvE-Hoofdsplitsing (art. 5:113 BW). De ondereigenaar kan er dan ook belang bij hebben om inzage te krijgen in de administratie en de bescheiden van de VvE-Hoofdsplitsing. Het gaat immers ook over het beheer en de administratie van de gemeenschap waarin hij/zij deelgenoot is. A fortiori in hoofd- en ondersplitsingen waarin de verhoudingen niet in balans zijn (als beschreven in par. 2.4) zou naar onze mening de positie van de onderappartementseigenaar moeten worden versterkt. Aangezien niet ieder modelreglement een inzage-recht bevat en geen van de modelreglementen voorziet in een regeling dat de eigenaar op zijn verzoek ook afschriften van de door hem verlangde stukken krijgt of kan maken, verdient het overweging om in de wet een, op art. 41 lid 6 Modelreglement 1992 geënte, algemeen geldende regeling op te nemen die dit inzage- en kopieerrecht regelt. Dit inzage en kopieerrecht zou kunnen worden opgenomen in een nieuw lid 5 bij art. 5:131 BW:

Artikel 131 lid 5

"Het bestuur is verplicht aan iedere eigenaar, waaronder begrepen een eigenaar in een ondergesplitst appartementsrecht, alle inlichtingen te verstrekken betreffende de administratie van het gebouw en het beheer van de fondsen, welke die eigenaar mocht verlangen en hem op zijn verzoek inzage te verstrekken van alle op die administratie en dat beheer betrekking hebbende boeken, registers en bescheiden. Het bestuur houdt de eigenaars op de hoogte van het adres, e-mailadres en het telefoonnummer van het bestuur. Het bestuur stelt de eigenaar desverzocht in een daartoe geschikte ruimte in de gelegenheid om voor eigen rekening foto's of fotokopieën te maken van de door hem ingeziene boeken, registers en bescheiden."

3 Praktische problemen

3.1 Mogelijkheid tot het vestigen van een recht van opstal- of erfpacht op gemeenschappelijke gedeelten of rangwisseling?

Volgens art. 5:117 lid 2 BW kunnen goederen die in de splitsing zijn betrokken, niet geheel of gedeeltelijk worden overgedragen, verdeeld, bezwaard of uitgewonnen. De enige uitzonderingen hierop zijn belasting met een erfdiensbaarheid door de gezamenlijke eigenaars (art. 5:117 lid 4 BW), de uitwinning door een hypotheekhouder, beslaglegger of bevoorrecht schuldeiser, wiens recht voor de splitsing was ontstaan (art. 5:114 lid 2 BW) en onteigening van een deel van de in de splitsing betrokken percelen (art. 5:144 lid 1 aanhef en sub f BW).⁶⁵

In de praktijk blijkt het bepaalde in art. 5:117 lid 2 BW een belemmering te vormen voor een regelmatig opkomende behoefte om bijvoorbeeld ten behoeve van WKO-installaties of andere energie-installaties een opstalrecht te verlenen aan degene die de installaties wil plaatsen. Bij nieuwe splitsingen betekent dit, dat het opstalrecht voorafgaande aan de splitsing moet worden gevestigd, terwijl bij bestaande splitsingen de weg moet worden gevolgd van wijziging (verkleining) van de akte van splitsing (art. 5:117 lid 3 BW).⁶⁶

Een andere barrière wordt gevormd door het feit dat vestiging van een opstalrecht ten behoeve van zodanige installaties niet mogelijk is, indien een recht van erfpacht is gesplitst in appartementsrechten. De erfpachter

65 HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/474.

66 Rb. 's-Gravenhage 28 augustus 2002, *NJ kort* 2002/65. Zie tevens V. Tweehuyzen, 'Het specialiteitsbeginsel en de art. 3:222 lid 1 en 5:106 lid 6 BW', *WPNR* 2009/6820, p. 934; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/453; Mertens, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:117, aant. 3; Van Velten 2015, par. 10.22 en A.G. Hartman, *Handboek Registergoederenrecht 2015*, Zutphen: Walburg Pers 2015, par. 6.5.2.1.

Ook in het Duitse recht bestaat de mogelijkheid een opstalrecht te vestigen op een in appartementsrechten gesplitst perceel, mits het opstalrecht op het gehele perceel rust (§ 1 (1) ErbauVO, § 8 WEG). Middels de reglementen of andere overeenkomst kunnen de appartementseigenaren dan de canon verdelen. DNotl-Report 1998, 13-14 (30 december 1998). Voor een reeds gevestigd opstalrecht, later verdeeld in appartementsrechten zie § 30 WEG. Ook een vestiging van een erfdiensbaarheid is mogelijk, al zal deze formeel op het gehele perceel rusten (DNotl Gutachten 11186 (15 januari 2008)).

(in dit geval bestaande uit de gezamenlijke eigenaars) is immers niet bevoegd om een opstalrecht te verlenen.⁶⁷

In de aanloop tot dit preadvies is door enkele (kandidaat-)notarissen voorgesteld om hetzij rangwisseling mogelijk te maken in die voege, dat een later op de goederen van de splitsing te vestigen opstalrecht in rang mag wisselen met het gesplitste erfpachtrecht. Een andere optie die is genoemd is om art. 5:117 BW zodanig aan te vullen dat vestiging van een opstalrecht of erfpachtrecht mogelijk wordt op de gedeelten van de in de splitsing betrokken goederen die niet bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt (de gemeenschappelijke gedeelten).

Met deze laatste optie zou dus ook vestiging van een opstalrecht op de gemeenschappelijke gedeelten van een in appartementsrechten gesplitst erfpachtrecht mogelijk worden gemaakt.

Deze mogelijkheid om een opstalrecht op (een in appartementsrechten gesplitst) erfpachtrecht te vestigen is echter niet geheel nieuw. Zij bestaat immers ook al voor vestiging van een opstalrecht op de privégedeelten van een appartementsrecht (art. 5:118a BW).

Om aan deze behoefte uit de praktijk tegemoet te komen menen wij dat wettelijke regeling van de mogelijkheid om een erfpacht- of opstalrecht te vestigen op de gemeenschappelijke gedeelten van een appartementencomplex de voorkeur verdient boven de mogelijkheid van rangwisseling, omdat deze vestiging eenvoudiger is te realiseren dan de rangwisseling.⁶⁸ Aangezien de vestiging van deze rechten op een wijziging van de goederenrechtelijke situatie in de splitsing neer komt, dient naar onze mening – evenals bij wijziging van de akte van splitsing – toestemming van de beperkt gerechtigden, beslagleggers en dergelijke vereist te zijn.

De hier beschreven regeling kan in nieuwe leden 5 tot en met 7 worden toegevoegd aan art. 5:117 BW:

67 Zie hierover ook het preadvies van S. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen en F.J. Vonck in deze bundel.

68 Deze oplossing sluit ook aan bij de in het Duitse recht gekozen benadering, waarbij zo veel mogelijk wordt uitgegaan van uniforme toepassing van beperkte rechten op een perceel in zijn geheel.

Artikel 117 leden 5 tot en met 7

"5. In afwijking van de leden 2 en 3 kunnen gedeelten van de in de splitsing betrokken goederen, die niet bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt door een appartementseigenaar, door de gezamenlijke appartementseigenaars worden bezwaard met een recht van erfpacht of een recht van opstal.

6. Een recht van erfpacht of recht van opstal als bedoeld in het tweede lid kan met inachtneming van het daarover in de akte van vestiging bepaalde worden overgedragen, verdeeld, bezwaard of uitgewonnen.

7. Op een bezwaring als bedoeld in het vijfde lid is het bepaalde in artikel 139 lid 3 en artikel 140 van overeenkomstige toepassing."

3.2 Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten

In de praktijk blijkt er behoefte te bestaan aan de mogelijkheid om bepaalde gemeenschappelijke gedeelten (bijvoorbeeld een deel van het gemeenschappelijke dak), aan een eigenaar of derden in gebruik te geven. Het kan daarbij gaan om toestemming tot het aanleggen van een dakterras, maar ook om het plaatsen van een zendmast voor telecommunicatie.

In de literatuur is de mogelijkheid tot ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten door de VvE omstreden, omdat betwijfeld kan worden of de VvE tot zodanige ingebruikgeving bevoegd is.⁶⁹

Deze twijfel wordt gevoed door de wettelijke bepalingen die de bevoegdheid van de VvE regelen. Het betreft met name art. 5:126 en art. 5:128 BW, die kort gezegd inhouden dat de vereniging het beheer voert over de gemeenschap, met uitzondering van die gedeelten die bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt en dat de vergadering van

69 A.A. Creutzberg, 'Boksen in de gemeenschappelijke tuin: perikelen van de vereniging van eigenaars', *WPNR* 1988/5871, p. 249 en 250; G. Verdoes Kleijn, 'Appartementsrecht en privégebruik van de gemeenschappelijke terreinen', *WPNR* 1991/6209, p. 862; R.J. Holtman, 'Geen exclusief gebruik door een meerderheidsbesluit VvE', *WPNR* 1995/6171, p. 169 e.v. en L.P. Oostveen-ter Braak & R.J. Holtman, 'Geen exclusief gebruik van gemeenschappelijke ruimten krachtens besluit van de VvE (1)', *WPNR* 1998/6329 p. 625 e.v.; A.A. van Velten, 'Het onderscheid tussen beheer en beschikking in het appartementsrecht', *WPNR* 2000/6407, p. 447-448; J.B.C. Tummers en R.F.H. Mertens, 'Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten in een appartementensplitsing', *NTBR* 2012, p. 58-65.

eigenaars bevoegd is regels te stellen betreffende het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten, voor zover het reglement van splitsing daarover geen bepalingen bevat.⁷⁰

Aangezien de vergadering niet meer bevoegdheden kan hebben dan de VvE zelf, zal ieder besluit van de vergadering over het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten in beginsel slechts op beheer betrekking mogen hebben.

Daarbij komt dat een appartementseigenaar volgens art. 5:120 BW bevoegd is zijn privégedeelten exclusief te gebruiken en hij daarnaast het recht tot medegebruik heeft van de gemeenschappelijke gedeelten. Deze toepassing van deze bepalingen in de rechtspraak levert een diffuus en casuïstisch beeld op.⁷¹

In een geval waarin een gemeenschappelijk parkeerterrein exclusief in gebruik werd gegeven aan een eigenaar van winkels ten behoeve van bezoekers van die winkels, werd geoordeeld dat zodanige ingebruikgeving zonder wijziging van de akte van splitsing niet mogelijk was wegens het ontbreken van bevoegdheid daartoe bij de VvE.⁷² Datzelfde hof oordeelde enkele jaren later echter dat ingebruikgeving van een gemeenschappelijk dak wel mogelijk is, omdat de ingebruikgeving niet permanent

70 Ook in Duitsland bestaat eenzelfde uitgangspunt, waarbij de VvE krachtens §15 WEG een gebruiksregeling mag overeenkomen. Vanwege het regelend (d.w.z. niet dwingend) karakter van het Duitse appartementsrecht, wordt wel aangenomen dat de appartementseigenaren kunnen overeenkomen dat er een 'Sondernutzungsrecht' ontstaat. Sinds 2007 kan via §5(4) tweede zin, een dergelijke overeenkomst tussen alle eigenaren met zich meenemen dat een exclusief gebruiksrecht onderdeel wordt van de individuele eigendom van het appartement. Dit kan niet ten gunste van een derde geschieden.

71 Hof Amsterdam 18 juni 1998, *NJ* 1999/437; HR 7 april 2000, *NJ* 2000/638 m.nt. WMK; Hof Amsterdam 24 juli 2008, *RN* 2008/102; Hof Amsterdam, 29 december 2009, *RVR* 2010/108; Hof Leeuwarden 13 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4798; HR 7 april 2000, *NJ* 2000/638 m.nt. WMK (*Not. Wortelboer/VvE 'Schoolstraat'*).

72 Ktr. Utrecht 10 april 1996, *Praktijkgids* 1996/4549 en Hof Amsterdam 18 juni 1998, *NJ* 1999/437. Zie ook Rb. 's-Gravenhage 28 augustus 2002, *NJ kort* 2002/65 (VvE Waldeck Rijnmond); Ktr. Breda 22 november 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY4484; Ktr. Amsterdam 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7428.

was,⁷³ of omdat de bestemming van het dak niet wijzigde door de ingebruikgeving als dakterras (het bleef immers een dak).⁷⁴

De bevoegdheid tot ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten aan een eigenaar of een derde kan onzes inziens wel in het reglement van splitsing worden opgenomen⁷⁵ (art. 5:112 lid 1 aanhef en sub c BW) en de KNB Projectgroep Modelreglement 2015 overweegt dan ook een bepaling – ertoe strekkende dat deze bevoegdheid aan de VvE wordt toegekend – in het nieuwe modelreglement op te nemen.

Deze eventuele bepaling in een nieuw modelreglement neemt de bestaande onzekerheid niet volledig weg, maar de leden van de projectgroep zijn van mening dat een grondslag in het reglement voor de ingebruikgeving, aan de behoeften van de praktijk kan voldoen. Om de mogelijkheid om gemeenschappelijke gedeelten krachtens besluit van de vergadering van eigenaars in gebruik te geven aan een eigenaar of een derde (onomstotelijk) voor alle VvE's te laten gelden, is echter wetswijziging nodig.

Daartoe zou aan art. 5:128 BW een nieuw derde lid kunnen worden toegevoegd, dat aansluit bij de tekst zoals deze in het nieuwe modelreglement van de KNB zal worden opgenomen. In afwachting van deze regeling wordt hierna geen tekstvoorstel geformuleerd, maar worden slechts de uitgangspunten daarvoor geformuleerd. Deze zijn:

1. ingebruikgeving is beperkt tot obligatoire ingebruikgeving die steeds op korte termijn opzegbaar is;
2. deze kan al dan niet om baat geschieden;
3. deze mag geen onredelijke hinder veroorzaken⁷⁶ (bijvoorbeeld geluidsoverlast of belemmering van uitzicht over een dak) of onredelijk afbreuk doen aan de medegebruiksrechten van de overige eigenaars.

73 Gerechtshof Amsterdam, 6 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3066.

74 Aldus ook Rb. Amsterdam 18 oktober 2006, *RN* 2007/53 (VvE Zocherstraat); Rb. Den Bosch 16 juni 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN2276; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4798. Anders Rb. Utrecht 18 juli 2000, ECLI:NL:RBUTR:2000:AH8228; *KG* 2000/193 en Rb. Haarlem 2 januari 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC3250; Rb. Rotterdam 3 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA1486.

75 Aldus ook J.B.C. Tummers & R.F.H. Mertens, 'Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten in een appartementensplitsing', *NTBR* 2012, p. 58-65.

76 Gerechtshof Amsterdam 2 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ2410.

3.3 Instemming van de erfpachter met wijziging van de akte van splitsing

Bij wet van 19 februari 2005 (*Stb.* 2005, 89) werd het appartementsrecht gewijzigd. Deze wijziging trad in werking op 1 mei 2005 (*Stb.* 2005, 160).⁷⁷ Bij deze wetwijziging werd in art. 5:139 lid 2 BW de mogelijkheid geïntroduceerd om de akte van splitsing te doen wijzigen met medewerking van het bestuur, indien het besluit tot wijziging is genomen in een vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste vier vijfde van het aantal stemmen dat aan de appartementseigenaars toekomt (of een grotere meerderheid als de akte zulks bepaalt). Op deze wijziging is art. 5:139 BW van toepassing, dat bepaalt dat deze wijziging de toestemming behoeft van (onder anderen) beperkt gerechtigden en beslagleggers op een appartementsrecht.

Bij dezelfde wetwijziging in 2005 werd art. 5:118a BW in het BW geïntroduceerd, dat het mogelijk maakt voor een appartementseigenaar om op zijn privégedeelten een recht van erfpacht en daarop (voor zover daarvoor geen in de splitsing betrokken goederen aan de splitsing worden onttrokken) een opstalrecht te vestigen. Als een recht van erfpacht op de privégedeelten is gevestigd, wordt (behoudens andersluidende regeling in de akte van vestiging) het stemrecht van de appartementseigenaar door de erfpachter uitgeoefend. Bij een opstalrecht is het juist omgekeerd en wordt het stemrecht behoudens andersluidende regeling in de akte van vestiging door de appartementseigenaar uitgeoefend.

Wanneer in een vergadering van eigenaars over wijziging van de akte van splitsing wordt gestemd, kan zich dus de situatie voordoen dat een erfpachter of opstaller in plaats van de appartementseigenaar over deze wijziging stemt. Omdat art. 5:139 BW echter bepaalt dat de beperkt gerechtigden op een appartementsrecht ook toestemming moeten verlenen voor de wijziging, moeten de erfpachter en opstaller die in de vergadering van eigenaars al hebben ingestemd, strikt genomen na de

⁷⁷ Het appartementsrecht werd nogmaals gewijzigd door de Wet van 26 februari 2011 (*Stb.* 2011/123) tot wijziging van Boek 5 van het BW en de Woningwet in verband met het plegen van onderhoud door verenigingen van eigenaars.

besluitvorming in de vergadering van eigenaars nogmaals daarin toestemmen.⁷⁸

Om deze onpraktische en onwenselijke dubbele toestemmingseis te schrappen, kan onzes inziens worden volstaan met een technische wijziging van art. 5:139 lid 3 BW door daaraan toe te voegen:

Artikel 139 lid 3

“3. Wijziging van de akte van splitsing behoeft de toestemming van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben, van hen die daarop beslag hebben gelegd alsmede, indien een recht van erfpacht of opstal in de splitsing is betrokken, van de grondeigenaar. Ook is toestemming nodig van de gerechtigden tot een erfdiensbaarheid, indien hun recht door de wijziging wordt verkort. *De wijziging van de akte van splitsing behoeft niet de toestemming van de gerechtigde tot een recht van erfpacht of een recht van opstal die in de vergadering van eigenaars als bedoeld in het tweede lid over deze wijziging heeft kunnen stemmen.*”

Overigens komt aan de erfpachter of opstaller strikt genomen niet de bescherming toe die art. 5:140b BW aan een appartementseigenaar biedt. Volgens dit art. wordt een besluit van de vergadering tot wijziging van de akte van splitsing immers vernietigd op vordering van de appartementseigenaar die niet voor deze wijziging heeft gestemd, tenzij hij – kort gezegd – door de wijziging geen schade lijdt of hij daarvoor schadeloos wordt gesteld. Deze bescherming zou moeten worden uitgebreid tot de stemgerechtigde opstaller of erfpachter, hetgeen zou kunnen worden gerealiseerd door in art. 5:140b lid 1 BW de navolgende wijziging aan te brengen:

Artikel 140b lid 1

“1. Op vordering van een appartementseigenaar *of een stemgerechtigde gerechtigde tot een recht van erfpacht of opstal* die niet voor een overeenkomstig artikel 139 lid 2 bij meerderheid van stemmen genomen

78 G. Verdoes Kleijn, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:139 BW, aant. 5; A.G. Hartman, *Handboek Registergoederenrecht 2015/2016*, Zutphen: Walburg Pers 2015, par. 6.5.3.

besluit tot wijziging van de akte van splitsing heeft gestemd, wordt het besluit bij rechterlijke uitspraak vernietigd.”

3.4 Procederen in appartementsrechtelijke geschillen

In hoofdstuk 9 van het preadvies 'Naar een vernieuwd appartementsrecht' dat in 1997 werd uitgebracht voor de jaarlijkse Algemene Ledenvergadering van de KNB beschreef Mertens de verschillende procesingen (dagvaarding of verzoekschrift), de vele verschillende termijnen bij de afzonderlijke procedures en de samenloop daartussen.⁷⁹ Hij bepleitte daarom de vereenvoudiging van deze procedures. Dit pleidooi is later, ook door diverse andere auteurs herhaald en ondersteund.⁸⁰

In het op het preadvies volgende wetgevingstraject, dat uiteindelijk leidde tot de Wet van 19 februari 2005 tot wijziging van titel 5.9 (Appartementsrechten) van het BW (*Stb.* 2005, 89), zijn deze aanbevelingen niet meegenomen. In de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken I* 2004/05, 28 614, C) merkte de minister naar aanleiding van vragen van de CDA-fractie op dat er voor het wijzigen van regels van procesrechtelijke aard geen goede reden bestond, omdat ten tijde van het advies tot wijziging van het appartementsrecht 'de fundamentele herbezinning op het Nederlands burgerlijk procesrecht aanving en in dat kader onder meer zou worden overwogen of het onderscheid tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedure niet beter kan worden afgeschaft'. Wel onderkende de minister de door de Vaste Commissie aangehaalde problematiek van samenloop van dagvaardings- en verzoekschriftprocedures en beloofde daarom overleg daarover te zullen plegen met de rechterlijke macht. De herbezinning op het Nederlandse burgerlijk procesrecht heeft echter geen oplossing voor de geschetste problematiek, waaronder die van samenloop, opgeleverd.

De bekendste en meest voorkomende samenloop is die tussen de procedure tot verkrijging van een verklaring voor recht dat een besluit van een

79 R.F.H. Mertens, C. Venemans & G. Verdoes Kleijn (red.), *Preadvies 'Naar een vernieuwd appartementsrecht'*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997.

80 R.M.G. Rothengatter, *De VvE en de Rechter*, Oosterhout: VvE Media BV 2001, p. 33 e.v.; R.F.H. Mertens, 'Appartementsrechtelijk procederen', *Praktisch Procederen*, 2003, p. 154-158; R.F.H. Mertens, 'Het appartementsrecht vernieuwd', *BR* 2004, p. 34; A.A. van Velten, 'De indiening en voortgang van het wetsvoorstel tot herziening van het appartementsrecht', *WPNR* 2004/6585, p. 559.

orgaan van een VvE nietig is en procedure tot vernietiging van zodanige besluiten. Een rechterlijk oordeel over de vraag of een besluit van een orgaan van andere rechtspersonen op grond van art. 2:14 BW nietig is of op grond van art. 2:15 BW vernietigbaar is, moet in een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank worden verkregen. Bij twijfel over de vraag of er sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid, of bij aanwezigheid van meerdere gronden waarop het besluit kan worden aangevochten, kan een rechtzoekende voor de meeste rechtspersonen derhalve zijn stellingen aan de rechter voorleggen in een gewone dagvaardingsprocedure.

Voor de VvE geldt een andere regeling. Terwijl ook nietigheid van een besluit van een orgaan van de VvE moet worden vastgesteld in een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank, moet vernietiging daarentegen worden verzocht in een verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter.

Bij samenloop van aantastingsgronden moet de rechtszoekende derhalve kiezen of hij twee afzonderlijke procedures aanhangig wil maken, of beide rechtsmiddelen zal combineren.

Complicerende factor daarbij is dat, terwijl vernietiging van besluiten van gewone rechtspersonen binnen een jaar moet worden gevorderd, art. 5:130 lid 2 BW een termijn van één maand bevat, waarbinnen een verzoekschrift tot vernietiging van een besluit van een VvE moet worden ingediend. Deze termijn begint te lopen op het moment dat de verzoeker van het besluit kennis heeft genomen of heeft kennis kunnen nemen.

Veel juristen kiezen er daarom voor om in een verzoekschrift zowel vernietiging te vragen, als een verklaring voor recht dat het aangevochten besluit nietig is. Of dit door de behandelende rechter wordt geaccepteerd, is op voorhand niet duidelijk. Sommige rechters achten zich om proceseconomische redenen bevoegd,⁸¹ terwijl anderen zich niet bevoegd achten.⁸² De hoeveelheid hierover verschenen jurisprudentie is groot.

81 Bijvoorbeeld Rb. Utrecht 12 februari 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010: BM0088 waarover R.P.M. de Laat, 'Nietigheid, bevoegdheid sector kanton', *VvErecht.nl*, 12 februari 2010; Gerechtshof Amsterdam 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3536; Rb. Midden-Nederland 15 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:187.

82 Bijvoorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 6 april 2012, *LJN*: BW1490m, waarover R.P.M. de Laat, 'Nietig besluit is ook vernietigbaar; kantonrechter vernietigt', *VvErecht.nl* 11 april 2012; Rb. Noord-Holland 4 juni 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:4766.

Anders dan in 1997 nog het geval was, is het kiezen van de verkeerde rechtsingang tegenwoordig overigens niet meer fataal. Volgens art. 69 Rv wordt een verkeerd ingeleide procedure immers verwezen naar de juiste instantie in de juiste procedure.

Inmiddels ruim tien jaar na de wetwijziging van 2005 is van de afschaffing van het onderscheid tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures nog niet veel terechtgekomen. Integendeel, door de genoemde wetwijziging in 2005 en de Wet van 26 februari 2011 (*Stb.* 2011, 123) tot wijziging van Boek 5 van het BW en de Woningwet in verband met het plegen van onderhoud door verenigingen van eigenaars, zijn nog verschillende nieuwe procedures in het appartementsrecht geïntroduceerd. Zo werd in 2005 in art. 5:139 lid 2 BW de mogelijkheid geopend om de akte van splitsing, naast de reeds bestaande mogelijkheid van wijziging met medewerking van alle appartementseigenaars, te wijzigen krachtens besluit van de vergadering van eigenaars dat met een gekwalificeerde meerderheid was genomen. Om eigenaars die tegen zodanige wijziging zijn te beschermen, biedt art. 5:140b BW hen de mogelijkheid om binnen drie maanden nadat het besluit is genomen, vernietiging te vorderen in een dagvaardingsprocedure bij de rechtbank. Ook hier doet zich overigens het risico, of de mogelijkheid, voor van samenloop tussen de twee rechtsingangen.⁸³ Ook andere gevallen van samenloop kunnen zich voordoen bij op zichzelf samenhangende vorderingen/verzoeken.⁸⁴

Kortom, op dit moment is het appartementsrecht vanuit procesrechtelijk perspectief nog een mijnenveld. Het is dan ook wenselijk dit procesrecht te vereenvoudigen.⁸⁵

Inmiddels is met het Voorstel tot wijziging van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging

83 Rb. 's-Gravenhage 22 augustus 2012, *NJF* 2012/452, lijkt de mogelijkheid vernietiging te verzoeken op grond van art. 5:130 BW en vernietiging te vorderen ex art. 5:140b BW niet uit te sluiten. Volgens Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4467, (waarover Y.H. van Ballegooijen, 'Beoordeling vordering tot vernietiging besluit tot wijziging van de akte van splitsing ex art. 5:140b BW', *VvErecht.nl* 17 maart 2014) is de combinatie in één procedure niet mogelijk.

84 Rb. Leeuwarden 8 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU7520.

85 Aldus ook R.P.M. de Laat, 'Alle VvE zaken naar de sector kanton en nietigheid bij verzoekschrift', *VvErecht.nl* 6 juli 2012.

en digitalisering van het procesrecht een weg ingezet die in ieder geval tot uniformering van de procesgang kan leiden, omdat alle procedures met een 'procesinleiding' kunnen worden gestart.⁸⁶ Daarbij wordt tevens voorzien dat combinatie van vorderingen en verzoeken die strikt genomen onder de absolute competentie van verschillende rechters vallen, toch door de kantonrechter kunnen worden beslist, als ten minste één van de vorderingen of verzoeken tot zijn competentie behoort.⁸⁷

Art. 30b (voorstel) regelt immers dat in één procesinleiding zowel een verzoek als een vordering kan worden opgenomen, mits daartussen voldoende samenhang bestaat en de Nederlandse rechter bevoegd is van beide kennis te nemen. Art. 94 lid 2 (voorstel) bepaalt dat in zaken waarin zowel een verzoek als een vordering wordt ingediend en ten minste één daarvan een vordering of verzoek betreft als bedoeld in art. 93 onder (c of) d Rv (bestaand), deze vorderingen en verzoeken alle door de kantonrechter worden behandeld en beslist, voor zover de samenhang tussen de vorderingen en verzoeken zich tegen afzonderlijke behandeling verzet.⁸⁸ Volgens art. 30b lid 2 zal de vorderingenprocedure in zodanig geval zowel voor het verzoek als voor de vordering worden toegepast. Daarmee kunnen in de toekomst derhalve een verzoek om vernietiging en een vordering tot een verklaring voor recht in één procesinleiding worden gecombineerd, die aan de kantonrechter wordt voorgelegd. Daarbij blijft echter de voor vernietiging van besluiten uit art. 5:130 BW voortvloeiende indieningstermijn van één maand (na kennisneming) gelden, terwijl voor vernietiging van een besluit tot wijziging van de akte van splitsing bijvoorbeeld een termijn van drie maanden na het besluit wordt gehandhaafd. Het is naar onze mening wenselijk dat deze termijnen in het appar-

86 *TK* 2014-2015, 34059, nr. 1 en *EK* 2014-2015, 34059 nr. A (gewijzigd voorstel van wet).

87 In het eerste ontwerp was dit nog niet geregeld. Zie R.P.M. de Laat, 'Nieuw procesrecht laat onderscheid in procedure nietigheid/vernietiging in stand', *VvErecht.nl* 24 januari 2014. De Laat verwijst hiervoor naar het advies van de Raad voor de rechtspraak d.d. 14 januari 2014 aan de minister. Inmiddels is aan dit bezwaar tegemoetgekomen. Zie de memorie van toelichting, *TK* 2014-2015, 34059, nr. 3, toelichting bij art. 30b.

88 Het huidige art. 94 lid 2 Rv bevat een soortgelijke regeling, maar alleen voor vorderingen.

tementsrecht beter op elkaar worden afgestemd.⁸⁹ Wij stellen daarom voor om de termijnen voor vernietigingsprocedures en het hoger beroep daarop te bepalen op drie maanden. Concreet betekent dat wijzigingen in de volgende artikelen:

Artikel 130 leden 2 en 3

“2. Het verzoek tot vernietiging moet worden gedaan binnen ~~een maand na de dag waarop de verzoeker van het besluit heeft kennis genomen of heeft kunnen kennis nemen~~ drie maanden nadat het besluit is genomen.

3. De verzoeker, alle andere stemgerechtigden en de vereniging van eigenaars worden bij name opgeroepen om op het verzoek te worden gehoord. Hoger beroep kan slechts worden ingesteld binnen ~~een maand drie maanden~~ na de dagtekening der eindbeschikking.”

Artikel 138

“Geschillen over herstel of de wijze van herstel beslist de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin het gebouw of het grootste gedeelte daarvan is gelegen, op verzoek van de meest gereede partij. Hoger beroep kan slechts worden ingesteld binnen ~~een maand drie maanden~~ na de dagtekening van de eindbeschikking.”

Artikel 141 lid 2

“De bevoegdheid om vernietiging te vorderen verjaart door verloop van ~~een jaar drie maanden~~, welke termijn begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop degen die de vernietiging kan vorderen kennis heeft genomen van de wijziging dan wel hem schriftelijk van die wijziging mededeling is gedaan.”

3.5 Verbod op het aangaan van langlopende verplichtingen

In de modelreglementen van de KNB is van oudsher een verbod op langlopende verplichtingen opgenomen, maar deze is in het Modelreglement van 2006 komen te vervallen.⁹⁰ In de oudere reglementen stond een met

89 Aldus ook het (nog niet openbare) rapport van Werkgroep 4, Nieuwe wet- en regelgeving 2015: 'Procederen' aan de klankbordgroep die door het ministerie van Binnenlandse Zaken werd ingesteld in het kader van het project 'verbetering van wet en regelgeving voor VvE's'.

90 Art. 38 MR1973, art. 39 MR1983 en art. 39 MR1992.

het in 2011 in de wet geïntroduceerde lid 4 van art. 5:126 BW vergelijkbare bepaling, maar zonder de beperking dat een bepaald deel van de appartementsrechten overgedragen moest zijn.

Art. 5:126 lid 4 BW luidt:

“Zolang tweederde deel van de appartementsrechten niet is overgedragen onmiddellijk na oprichting van de vereniging van eigenaars, gaat de vereniging van eigenaars geen overeenkomsten voor onderhoud aan met een langere looptijd dan een jaar.”

Ook was er een escape mogelijk: wanneer het reglement van splitsing de mogelijkheid tot het sluiten van bepaalde contracten opende of wanneer het contracten betrof met betrekking tot administratief beheer, technisch beheer of onderhoud, kon wel een meerjarig contract aangegaan worden. Meerjarige contracten inzake bijvoorbeeld het bestuur van de VvE, het onderhoud van de cv-installaties en verzekeringsovereenkomsten vielen derhalve niet onder het verbod.⁹¹

De bepaling is niet zonder reden uit het modelreglement geschrapt. Uit de praktijk bleek namelijk dat deze bepaling, ondanks de hiervoor genoemde uitzonderingen, een te nauw keurslijf opleverde.⁹² Mertens gaf aan dat de bepaling in art. 39 van modelreglement 1992 bijdroeg aan ‘te verregaande starheid in de besluitvorming binnen de gemeenschap van appartementseigenaars’. Hij adviseerde het aangaan van langlopende overeenkomsten wel toe te staan, maar aan de besluitvorming daarover extra eisen te stellen ter bescherming van de appartementseigenaars.⁹³

De bepaling leidde in de praktijk tot twee problemen: de VvE kon geen geldleningsovereenkomsten aangaan⁹⁴ (nodig of door de leden gewenst voor bijvoorbeeld groot onderhoud of renovatie) en de VvE kon voor gemeenschappelijk gebruik bestemde gedeelten niet in gebruik geven

91 R.F.H. Mertens, ‘Langlopende contracten in het appartementsrecht’ *WPNR* 1997/6254, p. 70.

92 Commissie Beekhuis, ‘Kanttekeningen bij de nieuwe KNB-modelreglementen 2006 voor splitsing in appartementsrechten’, *WPNR* 2006/6661.

93 R.F.H. Mertens, ‘Langlopende contracten in het appartementsrecht’, *WPNR* 1997/6254, p. 72, ook opgenomen in R.F.H. Mertens, C. Venemans & G. Verdoes Kleijn (red.), *Preadvies ‘Naar een vernieuwd appartementsrecht’*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, par. 7.7, p. 121 e.v.

94 Asser/Mijnssen, F.H.J. & A.A. Van Velten & S.E. Bartels, *Zakenrecht* 5*, nr. 493.

voor een periode langer dan een jaar.⁹⁵ Of ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten anders dan voor een korte periode overigens mogelijk is, kan ook op andere gronden worden betwijfeld (zie par. 3.2).

Bij de wetswijziging van 2005 is reeds over dit onderwerp gesproken, namelijk bij het vervallen van lid 3 van art. 5:125 BW, waardoor de VvE thans door het passeren van de akte opgericht wordt. De VvE kon sindsdien de nodige overeenkomsten afsluiten, maar moest de koper daarover wel informeren bij de aankoop.⁹⁶ Bescherming van de koper tegen nadelige langjarige verplichtingen werd gevonden in art. 39 van modelreglement 1992 en in art. 8 onder b en c van de model koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten.⁹⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is gevraagd of deze bescherming wel voldoende zou zijn, en werd gevraagd waarom de regering niet koos voor een wettelijke bescherming van toekomstige verkrijgers van appartementsrechten.⁹⁸ De minister antwoordde daarop:

“Ik acht deze waarborgen inderdaad zodanig adequaat dat ik hier geen aanleiding zie voor een wettelijke bescherming van toekomstige verkrijgers van appartementsrechten.”⁹⁹

Blijkbaar werd bij de voorbereiding van de wetswijziging van 2005 de bescherming die het modelreglement en de model koop-/aannemingsovereenkomst bieden voldoende geacht, maar tijdens de voorbereiding van de wetswijziging van 2011 niet meer, waarbij het onbekend is of het feit dat de bepaling in modelreglement 2006 vervallen is, een rol heeft gespeeld.

95 Zie Ktr. Amsterdam 2 augustus 1996, *Prg.* 1996, nr. 4646, m.nt. A.J.J. van der Heijden. De kantonrechter oordeelde dat verhuur van een gemeenschappelijk gedeelte niet onder 'beheer' van art. 38 MR1992 valt, en de huurovereenkomst voor een periode langer dan een jaar, in strijd is met art. 39 van MR1992.

96 Althans, het lijkt nu geen twijfel meer dat de VvE overeenkomsten af kan sluiten. Voor die tijd werd aangenomen dat de VvE wordt opgericht bij akte van splitsing en dat de overdracht van appartementsrechten aan derden uitsluitend van belang is voor de vraag of de vereniging 'effectief' is geworden. Zie Ktr. Amsterdam 1 april 1996, *Prg.* 1996, nr. 4575 en de toelichting daarop in A.A. van Velten, 'Naar een soepeler toepassing van het appartementsrecht?', *WPNR* 1996/6231, p. 532.

97 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 3, p. 6.

98 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 614, nr. 4, p. 4.

99 *Kamerstukken II* 2003/04, 28 614, nr. 5, p. 6.

Die wettelijke bescherming van aspirant-appartementseigenaars tegen langlopende verplichtingen is er in 2011 gekomen. De motie van Depla, Jansen en Van Bochhove om langlopende verplichtingen¹⁰⁰ met betrekking tot het onderhoud te verbieden zolang twee derde van de appartementsrechten (wellicht bedoelden zij een zodanige hoeveelheid appartementsrechten waaraan twee derde van het aantal stemmen is verbonden) nog niet is overgedragen onmiddellijk na oprichting van de VvE, is aangenomen en terechtgekomen in art. 5:126 lid 4 BW.¹⁰¹ Het doel van deze bepaling was volgens de indieners om te voorkomen dat de ontwikkelaar of oorspronkelijke eigenaar langjarige verplichtingen zou aangaan in een stadium waarin een groot deel van de toekomstige eigenaren nog niet bekend is. Zij zagen het risico van gedwongen winkelnering, en baseerden hun voorstel op signalen uit de praktijk dat VvE's aan een veel te dure beheerder vastzaten. Zij gaven tevens aan dat het met name om nieuwbouwprojecten zou gaan. De minister merkte daarover op:

“Ik vraag mij af of het een praktijkprobleem is. De projectontwikkelaar zelf heeft ook geen belang bij een wurgcontract zolang de appartementen niet zijn verkocht: hij moet dan zelf de kosten dragen als eigenaar. Het sluiten van onderhoudscontracten van slechts een jaar is meestal duurder dan het sluiten van meerjarige contracten en is nadelig voor nieuwe eigenaren. Het amendement raakt niet alleen de projectontwikkelaar van nieuwe projecten.”

De minister ontraadde het amendement, omdat de reikwijdte te breed zou zijn, mede denkend aan kleine VvE's waar twee van de drie appartementen te koop staan.¹⁰² Wellicht dat daarom de tekst is veranderd: 'verkocht' is vervangen door 'overgedragen onmiddellijk na oprichting van de vereniging van eigenaars'. Hiermee werd overigens het bezwaar van de

100 Deze bepaling lijkt ontleend te zijn aan art. 8 onder b en c van de model koop/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten, waar een uitzondering op het verbod om langlopende verplichtingen aan te gaan was geformuleerd, ingeval bedoelde verplichtingen noodzakelijkerwijze moeten gelden voor een langere periode, dan wel ten minste twee derde van de appartementsrechten door de ondernemer (verkoper/aannemer) aan derden is overgedragen.

101 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 991, nr. 9 en 17; nr. 17 is aangenomen.

102 *Handelingen II* 2010, 31 991, 78, p. 6679.

minister niet opgelost, de bepaling geldt nog steeds ook voor kleine splitsingen.¹⁰³

Woningcorporaties en andere vastgoedeigenaars die overgaan tot verkoop van voorheen verhuurde flatwoningen kunnen in de praktijk nooit aan dit vereiste voldoen. Het verkopen van flatwoningen bij mutatie of aan zittende huurders zal immers altijd geleidelijk verlopen. Het zou buitengewoon onwenselijk zijn wanneer grooteigenaars uitsluitend om deze bepaling te omzeilen, het complex onmiddellijk na splitsing overdragen aan een andere partij die het complex direct weer terug levert.

Er wordt – vooral van de zijde van de overheid – aan de ene kant gezocht naar bescherming van individuele appartementseigenaars, maar in de praktijk is er behoefte om toch langlopende contracten aan te gaan terwijl nog minder dan twee derde van de appartementen in handen is van individuele eigenaar. Art. 5:126 lid 4 BW is dan ook een ongelukkige bepaling, die niet alleen ongelukkig geformuleerd is, maar die ook niet voor niets uit het modelreglement is verwijderd.

Het is onduidelijk hoe lang de werking is van het verbod door de zinsede 'onmiddellijk na oprichting van de Vereniging van Eigenaars'. Hoe lang is 'onmiddellijk'? Zou dat werkelijk betekenen dat als er niet in geslaagd wordt op zeer korte termijn na de oprichting van de VvE, zeg binnen een week, minstens twee derde van de appartementsrechten niet alleen te verkopen maar ook nog over te dragen, er nooit meer contracten met een looptijd langer dan een jaar inzake het onderhoud afgesloten kunnen worden?

Voorts is onduidelijk hoe breed 'onderhoud' moet worden gezien. Vallen daar ook geldleningsovereenkomsten onder, en overeenkomsten inzake het beheer en bestuur? Of zou het alleen om het technische onderhoud gaan?

De formulering van deze bepaling zou aangepast moeten worden, zodat duidelijk wordt welke termijn geldt en waarin de beperking van 'onderhoud' vervalft. Daarnaast dient er een mogelijkheid te worden opgenomen

103 De toelichting bij het gewijzigde amendement vermeldt: 'Het aangaan van contracten van maximaal één jaar, geldt voor nieuw opgerichte verenigingen van eigenaars. Reeds bestaande verenigingen van eigenaars, waar appartementen te koop staan die tweederde deel van de appartementsrechten betreffen, worden door het voorstel niet geraakt.' (*Kamerstukken II* 2009/10, 21 991, nr. 17).

voor die gevallen dat de grooteigenaar en daarnaast een substantieel deel van de individuele eigenaren van mening zijn dat een bepaald langlopend contract afgesloten dient te worden.

Artikel 126 lid 4

"4. Zolang tweederde deel van de appartementsrechten niet is overgedragen ~~onmiddellijk na oprichting van de vereniging van eigenaars~~, gaat de vereniging van eigenaars geen overeenkomsten voor onderhoud aan met een langere looptijd dan een jaar, tenzij in de vergadering van eigenaars tenminste 50% van de eigenaars (ongeacht het aantal stemmen dat zij uit kunnen brengen) daartoe besluiten."

4 Gemengde complexen

4.1 De positie van huurders in een VvE

Appartementseigenaars mogen, tenzij dat in het reglement van splitsing is uitgesloten, hun privégedeelte aan een ander in gebruik geven (art. 5:120 lid 1 BW).¹⁰⁴ De meest voorkomende vorm daarvan is verhuur, maar er zijn ook andere vormen denkbaar zoals huisbewaring, bruikleen, anti-kraakbewoning enzovoort. Waar in deze bijdrage wordt gesproken over gebruikers, worden daarmee alle gebruikers bedoeld, inclusief de huurders.

In lid 2 van art. 5:120 BW is bepaald dat voorschriften van het reglement van splitsing omtrent gebruik, beheer en onderhoud ook van toepassing zijn op degene die het gebruik verkrijgt.¹⁰⁵ Andere bepalingen van het reglement van splitsing kunnen in dit reglement op de gebruiker van toepassing worden verklaard.

Voor huurders is in lid 3 van art. 5:120 BW een uitzondering gemaakt: voor huurders gelden alleen de regels omtrent gebruik, beheer en onder-

¹⁰⁴ Dat geldt ook voor de appartementsgerechtigden in de ons omringende landen. Zij hebben immers goederenrechtelijke gerechtigheid tot het registergoed en daarmee ook de bevoegdheid tot verhuur van een eigenaar. Zie §13 WEG, sectie 17 e.v. Commonhold and Leasehold Reform Act 2002.

¹⁰⁵ Zo ook, bijvoorbeeld, het bepaalde in §13 WEG, BGH 10 juli 2015, V ZR 194/14 (voor een vruchtgebruiker).

houd die reeds bestonden ten tijde van het tot stand komen van de huur-overeenkomst.¹⁰⁶ Nieuwe regels die de VvE mocht vastleggen, gelden slechts wanneer de huurder daarmee instemt.

Voor huurders geldt dus een ander regime dan voor de andere gebruikers. Gebruikers behalve huurders moeten zich aan *alle* regels uit het reglement houden – ook de regels die later worden vastgesteld. Voor huurders gelden alleen de regels die er al waren toen ze het huurcontract tekenden.

Nieuwe gebruiksregels kunnen eenvoudig door de vergadering worden vastgesteld, mits het gaat over het gebruik van de *gemeenschappelijke* gedeelten en voor zover het niet al in het reglement van splitsing is geregeld (art. 5:128 lid 1 BW). Deze nieuwe regels gelden niet van rechtswege voor gebruikers, maar wel als de gebruiker de zogenaamde 'gebruikersverklaring' heeft ondertekend. In de modelreglementen is een bepaling opgenomen die regelt dat een eigenaar zijn privégedeelte slechts in gebruik mag geven wanneer hij de gebruiker een verklaring laat ondertekenen dat hij zowel de regels uit het reglement van splitsing, als de regels uit het huishoudelijk reglement, als de regels die voortvloeien uit in de toekomst nog te nemen vergaderbesluiten zal naleven.¹⁰⁷

4.1.1 Geschiedenis

In de eerste appartementenwet bestond dit onderscheid tussen huurders en gebruikers nog niet in de wettekst. Het oude art. 638h lid 2 BW (oud) luidde:

“De in art. 638g, eerste lid, onder 4° en tweede lid, onder 2° bedoelde regelingen kunnen ook worden ingeroepen tegen degenen, aan wie de eigenaar na de overschrijving het appartement, hetzij om niet hetzij tegen vergoeding, ten gebruike heeft afgestaan.”¹⁰⁸

¹⁰⁶ Dit is een unieke bepaling. De ons omringende landen kennen geen bijzonder regime voor huurders. Dat is anders voor goederenrechtelijk gerechtigden, zie bijvoorbeeld art. 577-6 van het Belgisch BW over opschorting van het stemrecht van de eigenaar bij erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik en bewoning.

¹⁰⁷ Art. 20 Modelreglement 1973, art. 24 MR 1983 en MR 1992 en art. 35 MR 2006.

¹⁰⁸ *Stb.* 1951, 571.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de toenmalige minister van Justitie en de minister van Wederopbouw en Volkshuisvesting vonden dat slechts die gedeelten van het reglement van splitsing die het *gebruik* regelen voor gebruikers verbindend zijn, en bovendien alleen voor gebruikers die na de splitsing in appartementsrechten het gebruik verkregen. Het feit dat de huurder niet is gebonden aan latere wijzigingen in het reglement van splitsing werd onderschreven, maar zij vonden het niet nodig om dit nader te regelen. Dat de huurder in kennis wordt gesteld van een wijziging waaraan hij gebonden is, vloeide volgens hen uit de goede trouw voort, en hoefde daarom ook niet nader geregeld te worden.¹⁰⁹ De bepaling zoals we die nu kennen in art. 5:120 lid 2 en 3 BW, heeft met de wetwijziging van 1972 haar intrede gedaan in het toenmalige art. 875m lid 2 en 3 BW:

“Voorschriften van het reglement omtrent gebruik, beheer en onderhoud zijn ook van toepassing op degeen die het gebruik verkrijgt. Andere bepalingen van het reglement kunnen in het reglement op de gebruiker van toepassing worden verklaard. Ten aanzien van een huurder geldt een na het tot stand komen van de huurovereenkomst overgeschreven reglementsbeepaling niet, tenzij hij daarin heeft toegestemd. Weigert hij zijn toestemming of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de reglementsbeepaling ten aanzien van de huurder komt te gelden.”¹¹⁰

Nieuw is dat de gebruiker niet alleen aan de bepalingen omtrent gebruik gebonden is, maar ook aan die omtrent beheer en onderhoud, en dat er bovendien ook andere bepalingen in het reglement op de gebruiker van toepassing verklaard kunnen worden. Deze uitbreiding was wenselijk in verband met de ruimere doelomschrijving van de VvE.

Daarnaast is de ongebondenheid van huurders aan latere reglementsbeepalingen gecodificeerd, waarbij in de MvT werd opgemerkt dat een huurder uiteraard wel met een dergelijke wijziging kan instemmen, of zich van tevoren met wijzigingen akkoord verklaren, bijvoorbeeld via het huur-

109 *Kamerstukken II* 1950/51, 451, nr. 5, MvA, p. 25.

110 *Stb* 1972, 467.

contract. De eerste zin van lid 2 maakt volgens de minister van Justitie geen onderscheid tussen reglementsbepalingen die tot stand zijn gekomen vóór of tijdens het genotsrecht. Alleen de *huurder* moest worden beschermd tegen een reglementswijziging waarin hij niet is gekend, omdat een na het tot stand komen van zijn huurovereenkomst overgeschreven reglementsbeeping niet geldt tegenover hem indien hij daarin niet heeft toegestemd.¹¹¹ Waarom dit onderscheid nu wel gemaakt moest worden, is onduidelijk.

Wierenga heeft er bij de behandeling van de wetwijziging voor gezorgd dat de bepaling zoals we die nu kennen uit art. 5:128 lid 2 BW is geïntroduceerd (over gebruiksregels omtrent gemeenschappelijke gedeelten).¹¹² De bepaling in het toenmalige art. 876c lid 2 BW luidde:

“Iedere appartementseigenaar kan een gebruiker vragen te verklaren of hij bereid is een in het vorige lid bedoelde regel na te leven. Is de gebruiker daartoe niet bereid of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de regel ten aanzien van de gebruiker komt te gelden.”

Er was onduidelijkheid over deze gebondenheid, vanwege het feit dat een gebruiker zijn rechten ontleent aan de rechten van de eigenaar van het appartement. Als er een meerderheidsbeslissing genomen wordt waaraan elke eigenaar is gebonden, dan zou automatisch ook elke gebruiker gebonden zijn. Minister Van Agt was echter van mening dat een vergaderbesluit niet van rechtswege doorwerkt naar huurders, en dat het dus goed zou zijn om hier duidelijkheid over te scheppen. Van Agt sprak overigens over ‘huurders’, maar de bepaling geldt voor alle gebruikers.¹¹³

4.1.2 Modelreglementen

Onder alle modelreglementen van de KNB is de in gebruik gevende of verhuurende eigenaar verplicht om zijn gebruiker een verklaring te laten ondertekenen waarin deze verklaart dat hij de bepalingen van het regle-

¹¹¹ *Kamerstukken II 1970/71*, 10 987, nr. 3, p. 17.

¹¹² *Kamerstukken II 1971/72*, 10 987, nr. 13.

¹¹³ *Handelingen II 1972*, p. 3186.

ment en het eventuele huishoudelijk reglement, alsmede eventuele regels als bedoeld in art. 5:128 lid 1 BW, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben, zal naleven. Deze verklaring wordt sinds het modelreglement van 1992 geacht ook betrekking te hebben op besluiten en bepalingen die pas na die verklaring worden genomen respectievelijk vastgesteld, tenzij een beroep op die besluiten en bepalingen jegens de gebruiker in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. Het bestuur dient de gebruiker sinds modelreglement 1992 van iedere aanvulling of verandering van het reglement of het eventuele huishoudelijk reglement, alsmede van eventuele regels als bedoeld in art. 5:128 BW, op de hoogte te stellen.

Deze regels zijn sinds het modelreglement van 2006 niet van toepassing op gebruikers ten tijde van de totstandkoming van de splitsing. In het laatste modelreglement is de positie van de gebruiker gelijkgesteld aan die van de huurder, met een afwijking van de wet, krachtens welke de gebruiker wel gebonden zou zijn aan latere wijzigingen in het reglement van splitsing.

De termen gebruiker en huurder zijn blijkens de parlementaire geschiedenis in het verleden door elkaar heen gebruikt. Heden ten dage wordt de regeling omtrent de gebondenheid van gebruikers dan wel huurders aan bepalingen in het reglement van splitsing, dan wel het huishoudelijk reglement dan wel nog te nemen vergaderbesluiten, moeizaam gevonden.¹¹⁴

Opvallend is bovendien dat het huishoudelijk reglement ontbreekt in de tekst van art. 5:120 lid 2 en 3 BW. Alleen de bepalingen uit het reglement van splitsing zijn daarom automatisch op gebruikers – maar alleen op nieuwe huurders – van toepassing. Ook de nog te nemen vergaderbesluiten ontbreken.¹¹⁵ Dat is onwenselijk, omdat zowel eigenaar/bewoners als gebruiker/bewoners als het ware deel uitmaken van één leefgemeen-

114 A.A. van Velten, 'Botsende rechten van appartementseigenaars en huurders', in: A. Bergers-Kemp, M. Lagerweij & J.Ph. Lochem (red.), *De grenzen van het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 161-162.

115 Van Velten, 'Botsende rechten van appartementseigenaars en huurders', in: A. Bergers-Kemp, M. Lagerweij & J.Ph. Lochem (red.), *De grenzen van het huurrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 159-172, p. 165 en M.C.E. van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, p. 32.

schap, waarin het wenselijk is dat eenieder zich aan dezelfde regels voor gebruik, beheer en onderhoud houdt.¹¹⁶

4.1.3 *Positie gebruikers gelijkstellen aan de positie van huurders*

Ons voorstel is daarom, om de lijn die in 2006 in het modelreglement is ingezet, in de wet op te nemen. Daardoor wordt de positie van gebruikers in het algemeen gelijk aan die van huurders. Bovendien stellen wij voor om de 'gebruikersverklaring-regeling' op te nemen in de wet. Daardoor is het voor iedereen duidelijk dat alle bewoners in een in appartementsrechten gesplitst complex, zich aan dezelfde regels voor gebruik, beheer en onderhoud en andere relevante regels hebben te houden.

Artikel 120 lid 2

"2. Voorschriften van het reglement, *het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* omtrent gebruik, beheer en onderhoud zijn ook van toepassing op degenen die het gebruik verkrijgt. Andere bepalingen van het reglement *en het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* kunnen in het reglement, *het eventuele huishoudelijk reglement alsmede in eventuele nadere regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid* op de gebruiker van toepassing worden verklaard."

Artikel 120 lid 3

"3. Ten aanzien van een ~~huurder~~ *gebruiker* geldt een na het tot stand komen van de ~~huurovereenkomst~~ *overeenkomst tot ingebruikneming* ingeschreven reglementsbe­paling, *bepaling in het eventuele huishoudelijk reglement of eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128 eerste lid van het Burgerlijk Wetboek, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* niet, tenzij hij daarin heeft toegestemd. Weigert hij zijn toestem-

¹¹⁶ M.C.E. Van der Vleuten, *Onderzoek naar mogelijkheden tot modernisering van wet- en regelgeving in het kader van het verbeteren van het functioneren van VvE's*, Heerlen: Open Universiteit 2014, M.C.E. Van der Vleuten, 'VvE's met eigenaar-bewoners en huurders, huurdersparticipatie in gemengde complexen', *TBR* 2015/10, p. 961-971, p. 965.

ming of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter van de rechtbank van het arrondissement waarin het gebouw of het grootste deel daarvan is gelegen, op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de reglements bepaling ten aanzien van de huurder gebruiker komt te gelden."

4.1.4 *Inspraak*

In de huidige wetgeving bestaat geen recht op inspraak voor gebruikers. Over het ontbreken van participatie van gebruikers – waaronder huurders – in VvE's is al eerder geschreven.¹¹⁷ Gebruikers hebben in beginsel geen toegang tot de VvE, en er is geen wettelijke bepaling die regelt dat gebruikers geïnformeerd worden over wat er in de VvE-vergadering besproken wordt. Dat impliceert dat gebruikers zich in de huidige situatie niet alleen moeten houden aan bestaande regels maar bovendien kunnen worden geconfronteerd met nieuwe of gewijzigde – ook voor hen geldende – regels, waar ze geen inspraak in hebben gehad. In België hebben huurders beperkt inspraak in de gang van zaken binnen de VvE. De syndicus moet iedereen die geen stemrecht heeft, maar wel in het complex woont de vergaderdatum meedelen om hem in staat te stellen schriftelijk zijn vragen of opmerkingen met betrekking tot de gemeenschappelijke gedeelten te formuleren. Deze zullen als zodanig aan de vergadering worden medegedeeld. Het staat de vergadering echter vrij om deze mededelingen te behandelen of niet.¹¹⁸

Daarnaast kan ook de huurder een beroep doen op de rechter:

"Ieder die het gebouw bewoont krachtens een persoonlijk of zakelijk recht, maar die in de algemene vergadering geen stemrecht heeft, kan de rechter om de vernietiging of wijziging verzoeken van elke bepaling van het reglement van orde of van elke beslissing van de algemene vergadering aangenomen na het ver-

117 Zie M.C.E. van der Vleuten, 'VvE's met eigenaar-bewoners en huurders, huurdersparticipatie in gemengde complexen', *TBR* 2015/10, p. 961-971, en de in dit artikel aangehaalde literatuur.

118 R. Timmermans, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen: Kluwer 2008 nr. 1410. Zie ook C. van der Merwe (red.), *European Condominium Law*, Cambridge: University Press 2015 p. 499.

lenen van het recht, indien deze hem een persoonlijk nadeel berokkent.” (art. 577-10, lid 4 sub 2, 3^e volzin).

Dat moet dan binnen drie maanden nadat de beslissing werd meegedeeld aan de huurder.¹¹⁹ Het Duitse systeem voorziet niet in inspraak van huurders in de regels van de gemeenschap.¹²⁰ In het Engelse recht hebben huurders het recht om de akte van oprichting, de statuten en het reglement in te zien en ze kunnen tegen betaling een kopie verkrijgen. Van inspraak is echter geen sprake.

In het huidige recht hebben gebruikers alleen toegang tot de vergadering wanneer ze benoemd zijn als bestuurder, beheerder of lid van de raad van commissarissen, als ze een eigenaar vergezellen in de functie van jurist of accountant, of wanneer ze door de betreffende eigenaar gevolmachtigd zijn. Deze laatste mogelijkheid geeft de meeste bevoegdheden: de gebruiker heeft dan zowel het recht om ter vergadering aanwezig te zijn, te spreken als het stemrecht uit te oefenen. Het verstrekken van een volmacht is echter een bevoegdheid en dus een keuze van de betreffende eigenaar. Dit kan niet verplicht gesteld worden, dat zou te zeer afbreuk doen aan het eigendomsrecht.

In de huidige regeling gelden *nieuwe of gewijzigde* bepalingen over gebruik, beheer en onderhoud of andere relevante bepalingen niet voor gebruikers, tenzij zij daarmee hebben ingestemd. Voor het woonplezier zijn bewoners in een appartementengebouw echter in sterke mate van elkaars gedrag afhankelijk, veel meer dan het geval is bij bewoners van grondgebonden eengezinswoningen. Onderling contact is onvermijdelijk, aangezien verschillende delen van het gebouw gemeenschappelijk in gebruik zijn. Ook de verhurende eigenaar is gebaat bij een complex waar prettig wordt samengewoond, vanwege de positieve effecten op de verhuurbaarheid en daarmee de waarde van het vastgoed. Er is daarom veel te zeggen voor het regelen dat alle gebruikers van een appartementengebouw, zowel eigenaars als zij die hun gebruiksrecht aan een eigenaar

119 L. Vandevooort & V.d. Potter, *Praktische gids voor mede-eigenaars, Luisternetwerk van de notarissen*, Brussel: Koning Boudewijnstichting / Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat 2014, p. 12. Zie ook R. Timmermans, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen: Kluwer 2008 nr. 1411-1414.

120 C. van der Merwe (red.), *European Condominium Law*, Cambridge: University Press 2015, p. 506.

ontlenen, zich aan dezelfde spelregels moeten houden. In voorkomende gevallen dient een huurder aldus eventueel een afwijking van de bepalingen van zijn huurovereenkomst te dulden. De bepaling van art. 7:201 lid 2 BW (dat huur ook op een vermogensrecht betrekking kan hebben en dat dan de bepalingen van Boek 7 titel 4 afdeling 1-4 van toepassing zijn voor zover de strekking van die bepalingen of de aard van het recht zich daartegen niet verzet) dient daarvoor (zeer) ruim te worden uitgelegd. Ook onder meer de art. 7:242, 7:265 en 7:282 BW waarin het dwingend rechtelijke karakter voor zover het verhuur van woonruimte betreft is vastgelegd, zouden moeten worden aangepast. Voorts zou tegenover deze gebondenheid aan wijzigingen in VvE regels dan wel inspraak moeten staan.

Een en ander legitimeert een wettelijke regeling van een driepartijenoverleg, om alle bewoners en eigenaars bij het reilen en zeilen in het complex te betrekken, opdat iedereen zich verantwoordelijk voelt voor en bijdraagt aan een prettig leefklimaat.¹²¹ Daartoe is het nodig om het stemrecht wettelijk nader te regelen en een 'gekwalificeerd adviesrecht' zoals nu geldt voor huurders in art. 5 van de Wet op het overleg huurders verhuurder te introduceren voor gebruikers in een in appartementsrechten gesplitst appartementengebouw.

Artikel 127 lid 1

"1. Alle appartementseigenaars *en alle gebruikers* hebben toegang tot de vergadering van eigenaars. *Gebruikers hebben gekwalificeerd adviesrecht zoals bedoeld in art. 5 Wet overleg huurders verhuurder bij besluitvorming over onderwerpen zoals bedoeld in artikel 120, waarbij voor 'de verhuurder' in artikel 5 van de Wet overleg huurders verhuurder 'de eigenaars' dient te worden gelezen.* De besluiten worden genomen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, voor zover de statuten niet anders bepalen. *Ieder appartementsrecht geeft recht op één stem, tenzij in de statuten anders is bepaald. In dat laatste geval blijkt uit de statuten op welke grondslag de verhouding berust.*"

Wanneer gebruikers gebonden zijn aan alle VvE regels *en de eventuele wijzigingen daarin*, dient het tekstvoorstel voor art. 5:120 lid 2 aangepast te worden.

¹²¹ Van der Vleuten, zie voetnoot 117.

Nieuw tekstvoorstel voor art. 5:120 lid 2:

Artikel 120 lid 2

"2. Voorschriften *alsmede toevoegingen of wijzigingen in* ~~van~~ het reglement, *het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben* omtrent gebruik, beheer en onderhoud zijn ook van toepassing op degeen die het gebruik verkrijgt. Andere bepalingen *alsmede toevoegingen of wijzigingen in* ~~van~~ het reglement *en het eventuele huishoudelijk reglement alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 128 eerste lid, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben kunnen door de algemene vergadering in het reglement,* op de gebruiker van toepassing worden verklaard."

Lid 3 van art. 5:120 verliest haar functie, en kan vervangen worden door een regeling waarmee een beroep op de rechter voor gebruikers mogelijk wordt gemaakt:

Artikel 130 lid 3

"3. Art. 5:130 is van toepassing."

Art. 5:128 lid 2 BW kan vervallen wanneer geregeld wordt dat alle gebruikers aan alle VvE-regels en de eventuele wijzigingen daarin zijn gebonden.

Artikel 128

"De vergadering van eigenaars is bevoegd regels te stellen betreffende het gebruik van de gedeelten die niet bestemd zijn als afzonderlijk geheel te worden gebruikt, voor zover het reglement daarover geen bepalingen bevat.

~~2. Iedere appartementseigenaar kan een gebruiker vragen te verklaren of hij bereid is een in het vorige lid bedoelde regel na te leven. Is de gebruiker daartoe niet bereid of verklaart hij zich niet, dan kan de kantonrechter binnen wiens rechtsgebied het gebouw of het grootste gedeelte daarvan is gelegen, op verzoek van iedere appartementseigenaar beslissen dat de regel ten aanzien van de gebruiker komt te gelden."~~

4.2 De positie van de grooteigenaar in een VvE¹²²

In een VvE zijn de *eigenaars* stemgerechtigd.¹²³ In de akte van splitsing staat hoeveel stemmen iedere eigenaar kan uitbrengen.¹²⁴ Dat betekent dat aan ieder appartementsrecht stemrecht is verbonden. Wanneer een eigenaar meerdere appartementsrechten heeft, zoals een belegger/verhurend grooteigenaar, heeft hij een evenredig groot stemrecht: per appartementsrecht het aantal stemmen dat in de akte is bepaald. Soms is dat één stem per appartementsrecht, soms is het stemrecht gerelateerd aan de breukdelen (die bepalen hoeveel een eigenaar bijdraagt in lasten en kosten van de VvE). Een eigenaar die meerdere appartementsrechten heeft, heeft daarom een relatief grote invloed op de besluitvorming in de VvE. Hij kan met het inzetten van zijn stemrecht bevorderen dat besluiten worden genomen maar ook voorkomen dat besluiten genomen worden. Over het algemeen wordt in ons land het principe 'wie betaalt, bepaalt' als heel redelijk ervaren. Iemand met een groter aandeel in de gemeenschap betaalt immers ook een groter deel van de kosten en lasten van de VvE. Toch wordt het in de praktijk soms als oneerlijk ervaren wanneer de besluitvorming in een VvE gedomineerd wordt door een of enkele eigenaren die een groot dan wel meerderheidsaandeel hebben.¹²⁵ De (particuliere) eigenaar die het niet eens is met het genomen besluit heeft echter verschillende mogelijkheden tot zijn beschikking om een besluit ongedaan te maken (zie ook par. 3.4).

Ook in de ons omliggende landen bestaat dit probleem. Met name in de Franse traditie bestaat het beginsel van solidariteit, op basis waarvan een

122 Deze bijdrage is voor een belangrijk deel ontleend aan M.C.E. van der Vleuten, 'Zouden individuele eigenaars beschermd moeten worden tegen de invloed van een grooteigenaar bij grote renovaties in een VvE?', *Tijdschrift Huurrecht in Praktijk* 2015/7, p. 8-13.

123 Volgens art. 5:118a lid 3 BW wordt in geval van erfpacht op de privégedeelten het stemrecht van de eigenaar door de erfpachter uitgeoefend, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Bij een opstalrecht blijft het stemrecht bij de eigenaar, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. Bij vruchtgebruik geldt ingevolge art. 5:123 lid 3 BW hetzelfde als bij erfpacht. De ons omliggende landen zijn strenger, §20 WEG spreekt over de eigenaren en Duitse jurisprudentie wijst uit dat dat ook alleen de eigenaren en niet bijvoorbeeld vruchtgebruikers kunnen zijn. Zie ook Art. 2 en 4 Wet 65-557 dat spreekt van 'propriété'.

124 Art. 47 MR 2006.

125 Zie de motie van Monasch: *Kamerstukken II* 2014/2015, 32 847, nr. 173.

groot deel van de bestaande wetgeving tot stand is gekomen.¹²⁶ Dit houdt in dat van alle appartementseigenaren een actieve houding wordt verwacht, maar ook dat er bijzondere bepalingen zijn die de balans tussen grote en minder grote aandeelhouders bepalen.

4.2.1 *Nietig besluit*

Allereerst kan een besluit nietig zijn op grond van art. 2:14 BW. Dat is het geval wanneer een besluit in strijd is met de wet of de statuten zoals deze in de akte van splitsing staan. Een besluit tot benoeming van een bestuurder voor de termijn van één jaar is bijvoorbeeld nietig, omdat in de meeste statuten een bepaling die vergelijkbaar is met art. 53 lid 3 Modelreglement 2006, waarin is bepaald dat bestuurders voor onbepaalde tijd worden benoemd.

4.2.2 *Vernietiging van besluit*

Daarnaast kan een besluit vernietigbaar zijn op grond van art. 5:130 BW jo. art. 2:15 BW. Vernietiging van een besluit kan binnen een maand na de dag dat de verzoeker het besluit kende of kon kennen bij de kantonrechter verzocht worden met de laagdrempelige verzoekschriftprocedure, waarbij er geen verplichte procesvertegenwoordiging is.

Vernietiging van een besluit kan onder andere plaatsvinden bij strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen. De belangrijkste reden om vernietiging van een besluit te verzoeken bij inzet van een groot of meerderheidsstemrecht, is strijd met de redelijkheid en billijkheid die door art. 2:8 BW wordt geeïst. In dat artikel is geregeld dat een rechtspersoon en alle daarbij betrokkenen zich jegens elkander moeten gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Juist bij het inzetten van het stemrecht door een groot-eigenaar bestaat daarover wel eens twijfel, en er is dan ook wat rechtspraak over dit onderwerp.¹²⁷

126 A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke en V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 127-128.

127 Zie R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvRecht.nl* 13 juni 2013, voor een bespreking van de belangrijkste jurisprudentie.

4.2.2.1 Misbruik van stemrecht

In de jurisprudentie wordt niet snel geconcludeerd tot machtsmisbruik van een grooteigenaar, maar wel als er sprake is van een schending van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.¹²⁸ De rechter toetst bij een verzoek om een besluit te vernietigen of het besluit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* is als bedoeld in art. 2:8 lid 2 BW.¹²⁹ Het feit dat een eigenaar een groot aandeel van de stemmen heeft en die ook uitbrengt is op zichzelf onvoldoende om te concluderen tot strijd met de statuten of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

Al in 1942 sprak de Hoge Raad uit dat een meerderheid haar eigen belang niet blind eenzijdig mag dienen ten koste van de minderheid. Dan spreekt men *wel* van misbruik van meerderheidsmacht, waardoor strijd ontstaat met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Niet alleen het belang van de rechtspersoon zelf, maar ook eventuele andere aanwezige belangen moeten worden afgewogen en zo nodig ontzien.¹³⁰ Dat geldt zelfs bij monopolieposities. Misbruik van een monopoliepositie is onrechtmatig, niet het gebruik ervan. Bij het oordeel daarover moeten alle omstandigheden in acht genomen worden.¹³¹

In 2006 sprak de Hoge Raad zich op een met het voorgaande vergelijkbare wijze uit in een geschil in een VvE, waarin een beroep werd gedaan op misbruik van meerderheidsmacht. Uit deze beschikking volgt dat een eigenaar met een meerderheidspositie zijn stemrecht in beginsel onbelemmerd kan uitoefenen, maar dat zo'n besluit vernietigd kan worden wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid wanneer onvoldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de overige

128 Een voorbeeld van vernietiging van een besluit wegens misbruik van macht dat in strijd is met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid is te vinden in de uitspraak van ktr. Amsterdam, 12 maart 2008, *NJF* 2008/293 (*Dahlia/Variaprop II*). Zie ook M.J.J. Nijenhof, 'Spanning tussen woningcorporaties en VvE bij gemengd wonen', *Tijdschrift Huurrecht in Praktijk* 2012/3, p. 73.

129 Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl* 2013/13 juni 2013, p. 2.

130 HR 13 februari 1942, *NJ* 1942/360 (*Baus/de Koedoe*), R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl* 13 juni 2013.

131 HR 24 mei 1968, *NJ* 1968/252 m.nt. GJS, R.F.H. Mertens, 'Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars', *VvErecht.nl* 2013/13 juni 2013.

eigenaars.¹³² In latere lagere rechtspraak is deze lijn over het algemeen bevestigd.¹³³

4.2.3 *Vervangende machtiging*

De eigenaar die geconfronteerd wordt met een grooteigenaar die zijn zin probeert door te drukken, kan de kantonrechter om een vervangende machtiging verzoeken, bijvoorbeeld wanneer de VvE een besluit juist *niet* neemt. Deze machtiging van de kantonrechter komt dan in de plaats van de medewerking of toestemming die de verzoeker van de VvE nodig heeft om zijn plannen uit te kunnen voeren. Die mogelijkheid is geregeld in art. 5:121 BW. De rechter kan een vervangende machtiging verstrekken wanneer de medewerking of toestemming zonder redelijke grond wordt geweigerd, of als degene zich niet verklaart. Dit kan een oplossing zijn wanneer de individuele eigenaars een ingreep aan het gebouw noodzakelijk vinden terwijl de grooteigenaar besluitvorming tegenhoudt. Andersom is het ook mogelijk dat de grooteigenaar met een minderheidsaandeel de kantonrechter om vervangende machtiging verzoekt wanneer de individuele eigenaars een renovatiebesluit tegenhouden.

Al met al heeft de eigenaar die het niet eens is met een besluit verschillende opties om een besluit terug te laten draaien, ongeacht of hij veel of weinig stemrecht in de VvE heeft. Hij moet er echter wel voor naar de rechter, en dat is voor velen toch een grote stap die niet makkelijk gezet wordt.

4.2.4 *Verplichtingen grooteigenaar jegens huurders*

Een verhurende eigenaar heeft zich niet alleen aan de regels van de VvE te houden zoals beschreven in akte van splitsing, reglement van splitsing, een eventueel huishoudelijk reglement en andere vergaderbesluiten, maar ook aan de bepalingen van het huurrecht in Boek 7 titel 4 BW en – als hij meer dan 25 woningen verhuurt of als het een woningcorporatie is – ook

132 HR 29 september 2006, *NJ* 2006/639 m.nt. Maeijer (*The Mill resort/Aruba*).

133 Kantonrechter Utrecht 30 maart 2009, *LJN*: BJ6989 (*Seyster Veste*); Kantonrechter Maastricht 15 mei 2011, *LJN*: BQ7678 (*Servatius*); Kantonrechter Haarlem 27 juli 2012, *LJN* BX4533 (*Middenduin*).

aan de bepalingen van de Wet op het overleg huurders verhuurder. Grote delen van het huurrecht zijn dwingend recht, althans er mag niet ten nadele van de huurder van worden afgeweken. Dat betekent dat de verhurende grooteigenaar op verzoek van de huurder gebreken moet verhelpen, ook gebreken aan gemeenschappelijke gedeelten. De verhurende grooteigenaar heeft instemming van zijn huurders nodig bij renovatieplannen, moet soms zelfwerkzaamheden toestaan die in een VvE verboden kunnen zijn, kan het voorschot servicekosten pas aanpassen als hij met zijn huurders afgerekend heeft, hetgeen pas mogelijk is nadat de VvE de jaarstukken gereed heeft. Ook de Warmtewet kan nog voor complicaties zorgen, nu deze wet weliswaar niet gehandhaafd wordt in VvE's, maar woningcorporaties zich daar nog wel aan moeten houden.¹³⁴

4.2.5 *Moet de zeggenschap van grooteigenaars ingeperkt worden?*

De grote vraag is: moet het stemrecht van de grooteigenaar ingeperkt worden, bijvoorbeeld als het gaat om besluiten die de toekomst van het gebouw betreffen en die de eigenaars veel geld kosten? Moet 'wie betaalt, bepaalt' voorrang krijgen, of is het eerlijker om de grooteigenaar in meer of mindere mate 'de mond te snoeren'? Het antwoord is genuanceerd. Het ligt in de aard van ons appartementsrecht dat de eigenaars *samen* beslissen over het gebouw, maar ook dat de minderheid zich soms moet aanpassen aan de wensen van de meerderheid. Dat geldt met name bij het in stand houden van het gebouw en het aanpassen van het gebouw aan de eisen van de tijd. Het zal in het algemeen redelijk zijn dat minderheids-eigenaars zich daartegen niet kunnen verzetten, zonder dat daarbij gesproken wordt over een 'vijandige overname'. Daar waar echter onnodige en kostbare besluiten worden genomen (denk aan ingrepen die aanmerkelijk de luxe verhogen maar niet noodzakelijk zijn), zal een besluit de toets van de aanvaardbaarheid naar redelijkheid en billijkheid moeten doorstaan. Er dient derhalve ook naar de met het besluit beoogde doelen te worden gekeken.

In het kader van de reeds genoemde solidariteitsgedachte, wordt in België gebruikgemaakt van een bijzondere wettelijke regel om de macht van

¹³⁴ Zie voor de problematiek van de verhurende grooteigenaar uitgebreid M.C.E. van der Vleuten, *Knelpunten en oplossingsrichtingen in gemengde complexen (VvE's) met grooteigenaars (literatuurstudie)*, Heerlen: Open Universiteit 2015.

de grooteigenaar te beperken. Art. 577-6 §7 bepaalt in de vierde zin dat een grooteigenaar ter vergadering nooit meer stemmen kan hebben dan de totaal aanwezige andere stemmen. Op deze wijze kunnen de kleine eigenaren, mits zij samenwerken, een front vormen tegen de grooteigenaar. Deze bepaling is echter niet zonder kritiek, omdat de best mogelijke uitkomst bij tegengestelde belangen een patstelling is tussen de kleine eigenaren en de grooteigenaar en er daarmee nog geen effectief besluit is genomen.¹³⁵

Ook in het Duitse recht kent men een beschermingsbepaling tegen groot-eigenaars. Als de partijen bij de splitsing in appartementsrechten niet anders zijn overeengekomen, dan biedt §25 (2) elke eigenaar één stemrecht in de besluitvorming. Dit zogenaamde 'Kopfprinzip' zorgt voor gelijkheid onder de eigenaren, ongeacht hun aandeel. Ook deze oplossing is niet zonder kritiek. Immers, de grooteigenaar zal vaak projectontwikkelaar of opdrachtgever (geweest) zijn en daarmee zorg hebben gedragen voor afwijkende stemregels.

Gelet op het voorgaande is het naar onze mening niet nodig om in een specifieke wettelijke regeling te voorzien waarin gebruik van meerderheidsmacht wordt gereguleerd.

5 Toekomst

5.1 Flexibiliteit van het appartementsrecht, is en blijft deze voldoende?

Dit preadvies biedt hopelijk een overzicht van het spanningsveld tussen regulering en partijautonomie. Het is duidelijk dat in het Nederlandse recht voor een tussenweg gekozen is. De regels van het appartementsrecht in Boek 5 zijn grotendeels van dwingend recht, maar laten (met name bij aanvang van de splitsing in appartementsrechten) tevens grote

¹³⁵ Art. 577-6 §7 vermeldt: 'Niemand kan aan de stemming deelnemen, zelfs niet als lasthebber, voor een groter aantal stemmen dan het totaal van de stemmen waarover de andere aanwezige of vertegenwoordigde mede-eigenaars beschikken.' Zie A.L. Verbeke, 'De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst', in: A.L. Verbeke & V. Sagaert (red.), *Het Nieuwe Appartementsrecht. Een Analyse Van De Hervorming Door De Wet Van 2 Juni 2010*, Brugge: Die Keure 2010, p. 128-129.

vrijheid aan partijen om zelf hun rechtsverhoudingen vorm te geven. Daar wordt in de projectontwikkeling gretig gebruik van gemaakt en creatieve oplossingen, ook in de combinatie van beperkte en zakelijke rechten, maken appartementsplitsingen steeds complexer. In toenemende mate is er daarmee sprake van druk op de dwingende regels.

Vanuit de rechtspraktijk bestaat altijd de wens naar zo veel mogelijk vrijheid. Het Nederlandse goederenrechtelijke stelsel is van oudsher een gesloten stelsel van goederenrecht.¹³⁶ De *numerus clausus* in het goederenrecht brengt met zich mee dat de wetgever bepaalt waar private partijen de vrijheid hebben om afwijkende afspraken te maken. Daarin behoort de Nederlandse wetgever in vergelijking met de ons omliggende landen tot de meer strenge categorie.

Het Duitse appartementsrecht, waar men zou verwachten dat de *numerus clausus* sterk aanwezig zou zijn, kenmerkt zich nu juist door haar regelend karakter. Partijen mogen daar in grote mate afwijken van hetgeen de wetgever als ideaal voorbeeld voorschotelt.

Ook in het Franse recht bestaat veel ruimte omdat het reglement dat de basis is voor de Franse variant van de VvE als een overeenkomst is vormgegeven. Daar komt in het Franse recht het voordeel bij dat de regels van appartementsrecht als regels van openbare orde gezien worden. Daarmee, zo stelt art. 6 van het Franse BW, kan daar niet meer van worden afgeweken. Hoewel zeer Frans in benadering, heeft een dergelijke kwalificatie als voordeel dat partijen ook niet via een andere weg, zoals bijvoorbeeld een bv met aandelen samenhangend met een (verbintenrechtelijk) recht van bewoning, kunnen proberen de regels van de Franse wetgever te omzeilen. In het Engelse recht, ten slotte, geldt het totale tegenovergestelde. Daar is het juist mogelijk om via het ondernemingsrecht tot creatieve oplossingen te komen. Te denken valt hierbij aan de timeshares van vakantiewoningen. In het Engelse, alsook Amerikaanse, recht, staat ook het trustrecht volledig ter beschikking aan de partijen. Dit houdt in dat private partijen op elke wijze die zij willen, mits zij geen fraude beogen te plegen of het recht op enigerlei andere wijze menen te schenden, hun rechtsverhoudingen vorm kunnen geven. Het behoeft geen

136 Zie T.H.D. Struycken, *De Numerus Clausus in het Goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer, 2007, en B. Akkermans, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Antwerpen: Intersentia 2008.

verbazing, ten slotte, dat het Engelse equivalent van ons appartementsrecht, de *commonhold estate*, geen succes geworden is.¹³⁷

In het kader van deze interne en externe ontwikkelingen is het de moeite waard om te overwegen om het appartementsrecht verder te flexibiliseren. Te denken valt hierbij aan de invoering van verdiepingseigendom (zie hierover in 5.2), alsook het verder loslaten van de dwingende bepalingen over het beheer van de gemeenschap.

5.2 Verdiepingseigendom als alternatief voor splitsing in appartementsrechten

Al sinds de oudheid worden gebouwen opgericht die in verschillende woonlagen ten behoeve van verschillende gebruikers worden verdeeld. Niet in alle gebieden waarin zulke gebouwen voor kwamen, bestond echter de mogelijkheid om zodanige afzonderlijke verdieping in eigendom te hebben. In het Romeinse recht werd bijvoorbeeld als uitgangspunt gehanteerd, dat horizontale splitsing niet mogelijk was (*superficies solo cedit*), maar in diverse uithoeken van het Romeinse rijk, zoals Syrië, Egypte, Palestina en Klein-Azië, kwam verdiepingseigendom wel voor.¹³⁸ In latere tijden kwam ook in het middeleeuwse Europa, dat een sterk versnipperde regelgeving kende, verdiepingseigendom op veel plaatsen voor.¹³⁹ In verschillende Franse steden was verdiepingseigendom in diverse costumen geregeld. Deze vormden de basis voor het latere art. 664 van de Franse Code civil, dat luidde:

137 J. Brown, 'English commonhold: A failed experiment?', *Property Law Review* 2013, p. 85.

138 Zie M.Kaser, *Das Römische Privatrecht*, zweiter abschnitt, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, tweede druk, p. 290; Bernard, p. 19-21; J. Bärmann, *Zur Dogmatik des gemeinen Raumeigentums*, AcP 155, 1956, p. 1; J. Draht, *Zum Wohnungseigentum auf Grund der gräko-ägyptischen Payri*, diss. Marburg/Lahn 1970; R. Timmermans, *handboek Appartementsrecht*, Deventer: Wolters-Kluwer 2008, p. 7-8; C.G. van der Merwe, *Apartment ownership*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, § VI, Property and Trust, Chapter 5, J.C.B. Mohr & M. Nijhoff publishers 1994, p. 3-6.

139 F. Novak, *Das Stockwerkeigentum im Wiener Rechte des Mittelalters*, ZSS, Bd. 54, germ Abt. Weimar 1934, p. 91, 92; Timmermans 2008, p. 9.

“Lorsque les différents étages d’une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode des réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu’il suit: Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l’étage qui lui appartient; Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche; Le propriétaire du premier étage fait l’escalier qui y conduit, le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l’escalier qui conduit chez lui et ainsi de suite.”

Kort gezegd en enigszins vrij vertaald kwam deze regeling er dus op neer dat – bij gebreke van een andersluidende regeling tussen de eigenaars – de dragende muren en het dak voor gemeenschappelijke rekening kwamen naar rato van de waarde van de verdieping die iedere eigenaar had, dat iedere eigenaar voor zijn eigen vloer zorg droeg en dat de eigenaars van de verdiepingen de kosten van de trap tussen de benedenliggende verdieping en hun eigen verdieping moesten dragen.

Deze op zichzelf eenvoudige regeling van volledige eigendom van verdiepingen werd in het Nederlandse oude BW niet overgenomen, omdat daaraan destijds volgens de wetgever geen behoefte bestond.¹⁴⁰ Toen die behoefte wel op kwam, ontstond discussie over de vraag of afzonderlijke eigendom van verdiepingen in Nederland toch mogelijk is.¹⁴¹ De Groningse hoogleraar J.H. Beekhuis concludeerde in zijn preadvies voor de Broederschap van Notarissen in 1940:

“Het resultaat, waartoe ik kom is derhalve, dat hoewel ons recht zich in principe tegen een eigendom van flatwoningen niet verzet, er in de praktijk onoverkomelijke moeilijkheden uit zouden voortvloeien, omdat onze wet er niet voldoende op is ingesteld.”¹⁴²

140 Zie over de geschiedenis van het Nederlandse appartementsrecht ook R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1989, hoofdstuk 2.

141 Zie Mertens 1989, voetnoot 3, par. 2.1.1.

142 J.H. Beekhuis, *Horizontale eigendom, Preadvies voor de Broederschap van Notarissen*, 1940, slot. De directie van het kadaster was in 1942 dezelfde mening toegeedaan. Zie *NJB* 1942, p. 396.

Later werd een constructie toegepast die gebruikmaakte van horizontale aantrekking, waarbij een eigenaar van een verdieping een perceel had op de begane grond waarop zich zijn toegang en trappenhuis bevond. De gedachte was dat de verdieping horizontaal bij dit perceel werd nagetrokken.¹⁴³ Over deze constructie is echter later weer de nodige discussie gevoerd.¹⁴⁴ Tegenwoordig lijkt overdracht van verdiepingen zonder voorafgaande splitsing in appartementsrechten niet of nauwelijks voor te komen. Bij grote complexen wordt wel gebruik gemaakt van opstalrechten om de gerechtigdheid op verschillende bouwlagen af te bakenen.¹⁴⁵

De vraag die hierbij kan opkomen is of er bij verplichte toepassing van het regime van de appartementensplitsing voor eenvoudige gebouwen, waarin zich bijvoorbeeld twee of drie woningen bevinden, geen sprake is van overkill. Uit – met name de Haagse – praktijk weten we dat de appartementensplitsing bij boven en benedenwoningen vaak niet werkt. De VvE's voeren vaak een slapend bestaan, iedere eigenaar verricht al dan niet onderhoud aan zijn eigen gedeelten en verder beschouwt iedere eigenaar zich als volledig eigenaar, niet als medegerechtigde in de appartementengemeenschap.

In dat kader heeft Vegter in haar dissertatie bepleit om voor appartementengebouwen waarin zich slechts twee appartementen bevinden (het gaat om circa 48.000 appartementensplitsingen), een vereenvoudigde statutaire structuur voor de VvE mogelijk te maken.¹⁴⁶ (zie ook par. 2.2).

Een verdergaande oplossing, waarin volledige eigendom van verdiepingen wettelijk wordt geregeld, is onzes inziens echter eveneens denkbaar. Deze regeling zou dan beperkt moeten worden tot eenvoudige gebouwen, waarin zich uitsluitend verdiepingen bevinden die qua omvang een normaal eengezinsappartement niet overstijgen. De regeling kan dan inhouden dat in een gebouw dat bestaat uit ten hoogste drie van deze verdiepingen, de verdiepingen afzonderlijk in eigendom kunnen worden over-

143 Vergelijk het kelderarrest, HR 11 april 1913, *NJ* 1913/683.

144 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1997, par. 155; W. Louwman, 'Het standpunt van de bewaarders inzake verdiepingseigendom', *JBN* 1997, nr. 39; E.A.A. Lujten, 'Verdiepingseigendom veroordeeld?', *WPNR* 6333/1998 en reactie H. Louwman, 'De bijhouding van de kadastrale registratie inzake verdiepingseigendom', *WPNR* 6342/1999.

145 Zie ook Van Velten 2015, par. 12.4 en B.C. Mouthaan, 'Opstal en erfpacht als juridische instrumenten voor meervoudig ruimtegebruik', *IBR* 2013.

146 Vegter 2012, par. 7.2.1.

dragen. Daarbij kan worden voorzien dat het dak van het gebouw, de fundamenteën en de buitenmuren gemeenschappelijk zijn en voor gemeenschappelijke rekening naar rato van het vloeroppervlak van de verdiepingen komen. De overige bouwkundige delen (vloeren/plafonds en wanden) die een scheiding aanbrengen tussen twee verdiepingen, kunnen als mandelig worden aangemerkt waarbij art. 5:62 e.v. BW van overeenkomstige toepassing zijn. Deze regeling maakt het ook mogelijk dat bepaalde ruimten die zich niet op dezelfde bouwlaag bevinden maar wel bij een bepaalde verdieping horen (bijvoorbeeld een slaapkamer die zich op een hoger gelegen niveau bevindt), toch onderdeel van de verdieping uitmaken waarbij zij volgens bestemming behoren.

Uiteraard zal tevens moeten worden voorzien in een regeling dat kabels en leidingen die door een verdieping lopen ten behoeve van een andere verdieping, moeten worden gedoogd, mits deze op de minst bezwarende wijze worden aangebracht en dat de toegang daartoe moet worden verleend in geval van reparatie en vernieuwing. De kosten hiervan kunnen worden toebedeeld aan degene of degenen tot wier nut deze kabels en leidingen strekken.

Voor zover zich in of bij het gebouw voor gemeenschappelijk gebruik bestemde gedeelten bevinden (bijvoorbeeld een gemeenschappelijk trappenhuis voor de eigenaars van de woningen op de eerste en tweede verdieping), kunnen deze als mandelig worden aangemerkt ten nutte van degenen die ervan gebruikmaken. In een desgewenst op te stellen gebruiksregeling als bedoeld in art. 3:168 BW kan een gebruiks- en kostenverdeelregeling worden opgenomen.

Uiteraard zal tevens moeten worden toegezien op een correcte kadastrale uitmeting en registratie van verdiepingseigendom, maar deze kan naar analogie van de appartementenregeling met 'horizontale splitsings-tekeningen' worden gewaarborgd.

Het voordeel van deze regeling is naar onze mening dat de eigenaars niet verplicht zijn om een administratief vehikel als de VvE in de lucht te houden, deze 'verdiepingseigendom' beter aansluit bij de verhouding die de eigenaars gevoelsmatig ten opzichte van hun verdieping hebben en de onderhoudsplichten en kostenverdelingen transparant zijn en grotendeels uit de wet voortvloeien (art. 5:65 BW).

5.3 Maatschappelijke en internationale ontwikkelingen

Ten slotte is het goed om aandacht te besteden aan een aantal maatschappelijke en internationale ontwikkelingen. Met deze laatste paragraaf beogen wij slechts een aantal ontwikkelingen te signaleren, deze deels beknopt te bespreken, omdat er nog meer onderzoek nodig is voordat deze aspecten uitvoerig besproken kunnen worden.

5.3.1 (Burger)initiatieven

Met name in het buitenland ontstaan er (burger)initiatieven waarbij private partijen samen komen om zelf hun leefomstandigheden vorm te geven. Hierbij valt te denken aan coöperatieve woonvormen en gemeenschappelijke initiatieven voor bijvoorbeeld energievoorziening. Vooral in Duitsland worden hiermee enorme vorderingen gemaakt, waarbij groepen actieve burgers geen gebruik maken van traditionele coöperaties (of 'co-ops' in het Engels) waarbij een lidmaatschap van een vereniging of aandeel in een vennootschap gekoppeld wordt aan een woonrecht, maar beginnen zij zelf, medegefinancierd door coöperatieve banken, hun eigen coöperatieve woongemeenschap die zij volledig naar eigen wens vormgeven. Dit zijn vaak vermogende jonge professionals die met andere idealen dan een veilige investering en speculatie op waardevermeerdering te werk gaan. Zo willen de sterken bijvoorbeeld de zwakkeren helpen om financiering te verkrijgen, samen faciliteiten als auto's en keukens delen, en willen zij zeggenschap over wie er in de woongemeenschap woont en blijft wonen. De opkomende deeleconomie zal deze ontwikkeling alleen maar versnellen. Het goederenrecht kan hier een belangrijke faciliterende rol in spelen door middel van flexibilisering van de bestaande regels dit soort innovatieve woongemeenschappen mogelijk te blijven maken. Met de introductie van de wooncoöperatie in de Woningwet per 1 juli 2015 heeft deze innovatieve variant – met name bedoeld voor huishoudens met een bescheiden inkomen – ook in het Nederlandse recht haar (her)intrede gemaakt.¹⁴⁷

147 Art. 18a Woningwet.

5.3.2 Doorwerking Europees recht

Een laatste ontwikkeling betreft de toenemende doorwerking van het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde. Niet alleen het aannemen en de inwerkingtreding van de Europese Erfrechtverordening, maar ook de werking van het Europese recht in het algemeen, hebben grote potentiële gevolgen voor de (notariële) rechtspraktijk.¹⁴⁸ Binnen de Europese rechtsruimte wordt het eigendomsrecht beschermd door art. 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, maar, sinds 1 december 2009, ook bindend door art. 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Beide bepalingen beschermen tegen inbreuk op eigendomsrechten, waaronder zeker ook appartementsrechten in het Nederlands recht vallen.

Het recht van de Europese Unie kent daarnaast een aantal beginselen van Europese Unierecht die direct kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde. Te denken valt hierbij aan de Europese regels inzake consumentenbescherming, maar ook het gelijkheidsbeginsel.¹⁴⁹ Deze beginselen werken, zelfs als er geen uitvoerende wetgeving is, ook door in zogenaamde horizontale rechtsverhoudingen, waaronder ook het verbintenisrecht. De reglementen in het appartementsrecht dienen daarmee ook te voldoen aan de regels van het Europese Unierecht. Deze vaststelling brengt een dimensie die tot op heden niet de aandacht heeft gekregen die het verdient.¹⁵⁰

Ten slotte brengt het Europese Unierecht ook een aantal fundamentele vrijheden met zich mee, die ook een effect op het nationale goederenrecht kunnen hebben. In het kader van het appartementsrecht valt hierbij met name te denken aan het vrij verkeer van kapitaal. Het kopen van een appartement in een andere lidstaat door een EU-burger, is een zoge-

148 Verordening 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, het toepasselijke recht, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen en de aanvaarding en de tenuitvoerlegging van authentieke akten op het gebied van erfopvolging, alsmede betreffende de instelling van een Europese erfrechtverklaring.

149 Zie hierover N. Reich, *General Principles of EU Civil Law*, Antwerpen: Intersentia 2013.

150 Zie, kort, hierover B. Akkermans, 'European Constitutional Property Law', in: B. Akkermans e.a. (red.), *Who Does What? On the allocation of regulatory competences in European Private Law*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 177 e.v.

naamde kapitaalbeweging.¹⁵¹ Beperkingen die EU-burgers ondervinden in het uitoefenen van deze vrijheid vallen onder het EU-recht en worden door het Europese Hof van Justitie bezien in het licht van de effectiviteit van het Europese Unie recht. Datzelfde geldt voor een EU-burger die zich in Nederland vestigt gebruikmakend van zijn of haar vrijheid van vestiging (vrij verkeer van personen) of die een appartement verkrijgt met het oogmerk dat te verhuren (vrij verkeer van diensten). In dat kader zijn het niet alleen de regels van het Nederlandse goederenrecht die door het Hof van Justitie kunnen worden onderzocht, maar ook de horizontale verhoudingen tussen private partijen onderling.

Het verdient aanbeveling om deze ontwikkelingen op internationaal, en met name Europees niveau, goed te volgen en periodiek te bekijken of het Nederlandse recht nog wel conform maatschappelijke en juridische ontwikkelingen kan beantwoorden. Dit preadvies is hopelijk een goede stap in de richting.

In de voetnoten verkort aangehaalde literatuur

Companen 2012

Companen, *Het functioneren van VvE's: update 2012 en verbetervoorstellen*, Arnhem, 2012.

Mertens 1989

R.F.H. Mertens, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1989.

Vegter 2012

N. Vegter, *De vereniging van eigenaars* (diss. Groningen), Den Haag: BJu 2012.

Van Velten 2015

A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatus 120), Deventer: Kluwer 2015.

151 Zie hierover, B. Akkermans, 'Property Law and the Internal Market', in: J.H.M. van Erp e.a. (red.), *The Future of European Property Law*, München: Sellier 2012, p. 199 e.v.