

KOM VAN DAT DAK(TERRAS) AF!



A.H. (André) van Huffelen

Eigenaar *Tabellio* notarieel vastgoedadvies en redacteur van dit tijdschrift

1. Inleiding

De uitspraak van Rechtbank Noord-Holland van 15 december 2021¹ vormde de aanleiding tot dit artikel. X (hierna: *koper*) kocht van Y (hierna: *verkoper*) een appartementsrecht (hierna: *appartement*) met, naar hem was voorgespiegeld, een gebruiksrecht van een dakterras. Dat gebruiksrecht bleek (juridisch) echter niet te bestaan. De teleurgestelde koper spreekt daarop zowel de vereniging van eigenaars (hierna: *VvE*) als de verkoper aan. De vordering jegens de VvE om het gebruiksrecht te respecteren of opnieuw te verlenen wordt door de rechter afgewezen. Het beroep op dwaling jegens de verkoper wordt wel gehonoreerd. Het vonnis bespreekt beide punten op heldere wijze. Nu het vonnis voor de notariële vastgoedpraktijk nuttige inzichten oplevert, leek het mij goed om daar een bijdrage aan te wijden. Ik zal er dan ook royaal uit citeren.

2. De casus

'Sfeervol, licht appartement van 66 m² met een geweldige dakterras van 25 m² midden in het bruisende centrum', en 'Via een vaste trap in de woonkamer is het heerlijke, zonnige dakterras te betreden met een mooi uitzicht over de stad.' en 'Geweldig dakterras van 25 m².' Deze quotes werden gebruikt op Funda en in de verkoopbrochure, waarbij de verkoper zijn appartement te koop aanbood. Koper aanvaardde het aanbod. Er kwam dus een koop tot stand. Behalve het appartement verkocht verkoper ook zijn rechten uit een door hem met het bestuur van de VvE gesloten 'Overeenkomst inzake de realisatie van een dakterras' (hierna: *de overeenkomst*).

Kort na de overdracht geeft het bestuur van de VvE de nieuwe eigenaar opdracht om het dakterras te verwijderen, omdat er onderhoud aan het dak gepleegd moet worden. Deze doet dat keurig. Een jaar later verzoekt de VvE hem om het dakterras verwijderd te houden en de dakdoorgang op eigen kosten terug te brengen in de oorspronkelijke staat. Volgens de VvE is het gebruiksrecht namelijk nietig, zodat de koper eenvoudigweg niet het recht heeft om het dakterras te gebruiken.

De nieuwe eigenaar is uiteraard *not amused* en start een procedure tegen (primair) de VvE en (subsidiar) de verkoper. Het feit dat bij het appartement een dakterras hoorde was voor hem een belangrijke reden om het appartement te kopen. Bovendien was de koopprijs er ook naar. Hij vraagt de rechtbank dan ook te bepalen dat de VvE het aan hem door de verkoper overgedragen gebruiksrecht respecteert of opnieuw verleent, zodat hij het dakterras weer in gebruik kan nemen. Als die vordering wordt afgewezen, dan vordert hij dat de VvE wordt veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding. Als alle vorderingen tegen de VvE stranden, dan beroept hij zich tegenover de verkoper op dwaling dan wel een toerekenbare tekortkoming en moet deze de door hem geleden schade vergoeden, doordat hij geen gebruik kan maken van het gebruiksrecht.

3. Oordeel rechter

De rechtbank wijst de vorderingen tegen de VvE af, maar wijst het beroep op dwaling tegenover de verkoper toe. Hoe kwam de rechter tot dit oordeel?

3.1. Vordering tegen de VvE

Allereerst staat de rechter stil bij het verschil tussen daden van beheer en beschikking. Daden van beheer zijn handelingen die geen gevolg hebben voor de zogenaamde goederenrechtelijke situatie. Dit soort besluiten kan in een VvE-vergadering worden genomen met een gewone meerderheid van stemmen. Bij daden van beschikking wijzigt de goederenrechtelijke situatie in beginsel wel. Daarvoor is de medewerking van alle eigenaars nodig.² Ook kan een dergelijke wijziging met medewerking van het bestuur plaatsvinden als het besluit wordt genomen met ten minste 4/5 van het totaal aantal stemmen.³ De Hoge Raad heeft echter bepaald dat niet iedere wijziging in de goederenrechtelijke situatie per definitie een daad van beschikking betreft. Dit geldt bijvoorbeeld niet als de goederenrechtelijke veranderingen van tijdelijke aard zijn en zich lenen voor herstel.⁴

² Art. 5:139 lid 1 BW.

³ Art. 5:139 lid 2 BW.

⁴ Hoge Raad 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405 (Notaris Wortelboer), NJ 2000/638 m.nt. WMK, en Hoge Raad 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9619, NJ 2004/1 m.nt. WMK.

¹ ECLI:NL:RBNHO:2021:11737.

Het dak boven het appartement maakte onderdeel uit van het gehele dak van het appartementencomplex. Het was daarom een gemeenschappelijke zaak van alle appartementseigenaars. Nu via de overeenkomst een exclusief gebruiksrecht op dit gedeelte van het dak aan één eigenaar werd verleend (waarmee het recht van medegebruik van de andere eigenaars op dat gedeelte van het gemeenschappelijke dak aan hen werd ontnomen), dat onbeperkt overdraagbaar was en maar beperkt door de VvE kon worden ingetrokken, hield het gebruiksrecht naar het oordeel van de rechtbank een goederenrechtelijke wijziging in. Een daad van beschikking dus.

Het besluit van de vergadering van eigenaars om de vorige eigenaar (de verkoper) toe te staan een dakterras te realiseren was genomen met een gewone meerderheid van stemmen. De rechter stelt bovendien vast dat er in de vergadering slechts is gesproken over de mogelijkheid om een dakterras te realiseren en niet over het verlenen van een exclusief gebruiksrecht. Er is daarom alleen maar over een daad van beheer gestemd. Nu een rechtsgeldig besluit van de gezamenlijke eigenaars ontbreekt en ook de splitsingsakte daarin niet voorzagt, kon het bestuur van de VvE helemaal geen overeenkomst met goederenrechtelijk gevolg sluiten. Het bestuur van de VvE handelde dus buiten haar vertegenwoordigingsbevoegdheid, zodat de gezamenlijke eigenaars niet gebonden zijn aan de overeenkomst, voor zover daarin meer is geregeld dan waartoe rechtsgeldig als daad van beheer is besloten. De overeenkomst is dan ook nietig voor zover daarin een exclusief gebruiksrecht is opgenomen dat onbeperkt overdraagbaar is en maar zeer beperkt kan worden ingetrokken.⁵

Koper stelt zich verder op het standpunt dat de nietigheid hem niet raakt. Hij beroept zich daarbij op artikel 2:16 lid 2 BW.⁶ Die vlieger gaat volgens de rechtbank echter niet op, omdat koper niet de wederpartij van de VvE was ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.

Ook de overige pijlen die koper op zijn boog heeft treffen geen doel. Zo vindt de rechtbank dat zij de VvE niet kan opleggen al het nodige te doen om te bewerkstelligen dat aan koper een rechtsgeldig (overdraagbaar) gebruiksrecht wordt verleend strekkende tot het gebruik van het dak boven het appartement als dakterras, tot het moment dat het dak aan koper in eigendom toebehoort. Dergelijke besluiten zijn immers voorbehouden aan de VvE (als het een beheersdaad betreft) of de gemeenschap van eigenaars (als het een beschikkingshandeling betreft). De rechtbank weegt daarbij mee dat het koper uiteraard vrij staat, zoals de VvE ook aan hem heeft voorgesteld, om een verzoek tot het nemen van een besluit over het gebruik van het dak boven het appartement aan de vergadering van eigenaars

voor te leggen, zodat daarover een rechtsgeldig besluit kan worden genomen. Vooralsnog heeft koper daarvan afgezien.

Ook vindt de rechtbank dat de VvE niet aansprakelijk is voor de door koper geleden schade, omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is dat de VvE zich op het standpunt stelt dat koper niet beschikt over een rechtsgeldig gebruiksrecht en handhavend optreedt. Het staat de VvE immers vrij om haar rechten uit te oefenen en zich aldus op de nietigheid van het onderliggende besluit en de overeenkomst te beroepen. Daarbij is evenmin sprake van misbruik van recht.

3.2. *Vordering jegens de verkoper*

Subsidiar spreekte de koper de verkoper aan. Die heeft het appartement gepresenteerd met een relatief groot dakterras. Bij het sluiten van de koopovereenkomst heeft verkoper bovendien de overeenkomst aan koper verstrekt. Koper stelt dan ook dat verkoper een gedeelte van de koopprijs van het appartement aan hem moet terugbetalen en zijn schade moet vergoeden, omdat hij geen rechten kan ontlenen aan de overeenkomst en het dakterras als gevolg daarvan niet heeft kunnen gebruiken.

De eerste vraag waarover de rechtbank een oordeel moet geven is of er aan de zijde van koper sprake is van dwaling. De rechtbank is van mening dat dit inderdaad het geval is, omdat de koopovereenkomst met bijbehorende overdracht van het gebruiksrecht bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, althans in elk geval niet onder dezelfde voorwaarden, en de dwaling te wijten is aan een inlichting van verkoper. De mededelingsplicht van verkoper gaat voor op de onderzoeksplicht van koper.⁷ Naar vaste rechtspraak zullen redelijkheid en billijkheid zich er in het algemeen tegen verzetten dat de dwaling voor rekening van de dwalende blijft, als deze afging op mededelingen van de wederpartij.⁸

Het was bij het sluiten van de koopovereenkomst voor verkoper voldoende kenbaar dat het dakterras voor koper essentieel was: het dakterras maakt een dusdanig groot en nadrukkelijk onderdeel uit van het door verkoper aan koper gepresenteerde appartement, dat de hoogte van de verkoopprijs mede zal zijn bepaald door de aanwezigheid daarvan. Koper zal die prijs alleen hebben willen betalen als hij een dakterras als een essentieel onderdeel van het appartement ziet. Daaruit had verkoper moeten begrijpen dat het dakterras voor koper een belangrijke reden vormde om het appartement te kopen.

Verkoper stelt dat hij geen eindeloos voortdurend, permanent gebruiksrecht heeft aangeboden en dat koper dit had

5 Art. 2:14 BW.

6 Op grond van dit wetsartikel heeft de nietigheid van een besluit van een rechtspersoon geen effect voor de rechtshandeling gericht tot de wederpartij die het gebrek van het besluit niet kende of behoorde te kennen. Ondanks de nietigheid van het besluit is de externe rechtshandeling in dat geval geldig.

7 Een bekend arrest in dit verband is Hoge Raad 10 april 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2629, NJ 1998/666 (Offringa/Vinck). Heeft de koper te weinig onderzoek verricht, dan kan dat wel van invloed zijn op de schadevergoeding die de verkoper op grond van art. 6:101 lid 1 BW aan de koper moet betalen.

8 Zie bijv. Hoge Raad 15 november 1957, NJ 1958/67 (Baris/Riezenkamp) en Hoge Raad 30 november 1973, NJ 1974/97 (Van der Beek/Van Dartel).

kunnen weten. Ook hierin volgt de rechtbank verkoper niet. Hij heeft koper voorafgaand aan de totstandkoming van de koopovereenkomst verteld dat er sprake was van een overdraagbaar gebruiksrecht voor het exclusief gebruik van het dak boven het appartement als dakterras dat slechts zeer beperkt kon worden ingetrokken. Zo heeft verkoper het appartement ook uitdrukkelijk aangeprezen, terwijl aan koper tevens een kopie van de overeenkomst en de vergunning voor het dakterras is overhandigd, waarin dit is opgenomen. Dit alles heeft bij koper een onjuiste voorstelling van zaken veroorzaakt. Verkoper heeft duidelijk de indruk gewekt dat er sprake was van een overdraagbaar, (nagenoeg) permanent exclusief gebruiksrecht. Verkoper heeft koper - aldus de rechter - dan ook op het verkeerde been gezet. Het feit dat een adequaat rechtsgeldig besluit voor een gebruiksrecht van deze omvang ontbrak, betekent dan ook dat verkoper er niet gerechtvaardigd op kon vertrouwen dat hij meer dan een persoonlijk gebruiksrecht (zonder goederenrechtelijke gevolgen) zou hebben gekregen. Dat komt voor zijn risico. Verkoper heeft door deze onzekerheid niet te melden bij koper, koper niet volledig ingelicht en hem met het verstrekken van (alleen) de overeenkomst onjuist, althans onvolledig, geïnformeerd. Dit alles overwegende is de rechtbank dan ook van oordeel dat de koopovereenkomst met de daarbij behorende overdracht van het gebruiksrecht door de onjuiste, althans onvolledige, inlichting van verkoper aan koper onder invloed van dwaling tot stand is gekomen. De vervolgvraag is of de dwaling voor rekening van koper, als de dwalende, moet blijven, omdat hij zijn onderzoeksplicht heeft verzaakt.⁹ Verkoper is van mening dat dit het geval is, omdat koper zou hebben nagelaten om nader onderzoek te doen en ook geen expliciete vragen heeft gesteld over het gebruiksrecht. Had hij dat wel gedaan, dan had hij kunnen weten dat het risico bestond dat de door de VvE verleende toestemming kon worden ingetrokken. De rechtbank ziet dat anders, omdat de mededelingsplicht van verkoper prevaleert boven de onderzoeksplicht van koper. Weliswaar had koper na onderzoek kunnen weten dat het in de overeenkomst opgenomen gebruiksrecht een minder zeker recht was dan daaruit blijkt, maar de redelijkheid en billijkheid verzetten zich er tegen dat de dwaling voor zijn rekening komt, omdat verkoper meer wist dan hij aan koper heeft kenbaar gemaakt. Koper is niet alleen afgegaan op de inhoud van de overeenkomst, maar ook op de presentatie van het dakterras als onderdeel van het appartement op Funda en in de verkoopbrochure. Met die presentatie werd de indruk gewekt of versterkt dat het dakterras (dat er geruime tijd lag) een relatief vast onderdeel was van het appartement waarvan het gebruik kon worden overgedragen op een opvolgend koper, terwijl (alleen) verkoper uit de gang van zaken rond de besluitvorming binnen de VvE wist of had moeten weten dat de besluitvorming hiervoor niet toereikend was.

Dwaling staat dus vast. Een geslaagd beroep op een vernietigingsgrond van dwaling brengt in beginsel mee dat

alle prestaties die op grond van de vernietigde overeenkomst zijn verricht, als onverschuldigd betaald ongedaan moeten worden gemaakt. In plaats daarvan is het ook mogelijk om de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen ter opheffing van het nadeel.¹⁰ Koper vordert echter geen vernietiging van de gehele koopovereenkomst, maar alleen voor zover de koopovereenkomst ziet op de overdracht van het gebruiksrecht en stelt dat met dat deel een bedrag gemoeid was van € 50.000. Dit bedrag zou verkoper aan koper als gevolg van de vernietiging moeten terugbetalen. De rechtbank volgt koper hierin echter niet, omdat er tussen partijen bij de verkoop geen afzonderlijke prijs is toegekend aan de overdracht van het gebruiksrecht. Weliswaar zal een deel van de koopprijs voor het appartement zijn gevormd door de aanwezigheid van het dakterras, maar welk deel van de koopprijs dit betreft, is tussen partijen destijds niet benoemd. Hoewel het voor de rechtbank duidelijk is dat er reden is om de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen, omdat koper onmiskenbaar nadeel lijdt, komt de rechtbank de relevante omstandigheden overwegend en gebruikmakend van haar bevoegdheid om het desbetreffende bedrag te schatten¹¹ tot een bedrag van € 5.500. Koper vordert van verkoper een schadebedrag dat uit verschillende componenten bestaat. De rechtbank stelt dat het slagen van het beroep op dwaling niet betekent dat de wederpartij van de dwalende jegens haar schadeplichtig is. Daarvoor is een aparte rechtsgrond nodig. Koper is van oordeel dat verkoper aansprakelijk is voor de door hem geleden schade omdat verkoper tekort is geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst, doordat geen gebruiksrecht is overgedragen, terwijl dit wel is overeengekomen. Aan hem komt bovendien de bevoegdheid toe, zo stelt koper, om de koopovereenkomst partieel te ontbinden, te weten de ontbinding van het deel van de koopprijs dat ziet op de koop van het dakterras. De rechtbank stelt echter voorop dat een partiële ontbinding niet meer mogelijk is, omdat er al sprake is van vernietiging op grond van dwaling. De rechtbank oordeelt dat, ook wanneer er sprake zou zijn van een toerekenbare tekortkoming aan de kant van verkoper met betrekking tot het overgedragen gebruiksrecht, koper daardoor geen schade heeft geleden. Voor verdere vergoeding van schade is dan ook geen grond.¹²

4. Nadere beschouwing

Centraal in het vonnis staan de vragen of de akte van splitsing gewijzigd had moeten worden en of er sprake is van dwaling. Op die beide figuren wil ik nog wat verder inzoomen.

4.1. Wijziging splitsingsakte¹³

Het komt veel voor dat er aan appartementencomplexen in de loop van de tijd veranderingen plaatsvinden. Denk bijv. aan een op-, aan- of onderbouw of het samenvoegen

9 Art. 6:228 lid 2 BW.

10 Art. 6:230 lid 2 BW.

11 Zie punt 4.34 van het vonnis.

12 Zie de punten 4.36 tot en met 4.41 van het vonnis.

13 Zie art. 5:139 e.v. BW.

van twee appartementen tot één en aan het aanleggen van een dakterras of een dakkapel op een (gemeenschappelijk) dak. De vraag die zich dan altijd voordoet (en het onderwerp is geweest van talrijke procedures) is of in een dergelijk geval kan worden volstaan met toestemming (van de vergadering) of dat een wijziging van de splitsingsakte nodig is.

In de Modelreglementen is altijd een bepaling opgenomen dat dergelijke verbouwingen niet mogen plaatsvinden zonder toestemming van de vergadering.¹⁴ In de gevallen dat volstaan kan worden met toestemming, is het van belang te bepalen dat aan het geven van de toestemming voorwaarden kunnen worden verbonden en dat deze kan worden gewijzigd of ingetrokken. Er moet immers ook rekening worden gehouden met de belangen van de overige appartementseigenaars. Verder dient de toestemming persoonlijk van aard te zijn en niet mee over te gaan op rechtsopvolgers. Als globale vuistregel kan worden aangehouden dat met toestemming (en het sluiten van een gebruiksovereenkomst) kan worden volstaan als het om een tijdelijke aanpassing gaat (en ook als de wijziging binnen de grenzen van het privé-gedeelte blijft) en dat een wijziging van de splitsingsakte vereist is als het gaat om een permanente wijziging. Bedacht moet worden dat toestemming van de vergadering in veel gevallen niet afdoende is en dat de splitsingsakte gewijzigd moet worden. Als dat niet gebeurt terwijl het wel vereist is, is het vergaderbesluit nietig en is de realisering van de op- of aanbouw onrechtmatig. Een eigenaar (of diens rechtsopvolger) die bezwaar heeft tegen de situatie kan herstel van de onrechtmatige situatie vorderen. Het kan zelfs tot gevolg hebben dat de op- of aanbouw moet worden afgebroken. Dit vorderingsrecht verjaart pas na 20 jaar.

Er kunnen verschillende situaties aan de orde zijn, die aanleiding geven om een splitsingsakte te wijzigen. Gedacht kan worden aan de volgende gevallen:

- a. vergroting of verkleining van de percelen die in de splitsing betrokken zijn;
- b. verandering in de begrenzing van de privé-gedeelten van het gebouw;
- c. verandering van de breukdelen (aandelen in de gemeenschap); en
- d. wijziging van de rechten en plichten van de eigenaars in het splitsingsreglement.

De waarde van een appartementsrecht is voor een groot deel afhankelijk van de wijze waarop de rechten en plichten van de appartementseigenaars in de splitsingsakte en het -reglement zijn uitgewerkt. Daarom heeft de wetgever de wijziging van een splitsingsakte en het -reglement met waarborgen omkleed, om benadeling van eigenaars of andere belanghebbenden te voorkomen.¹⁵

Uitgangspunt is dat een splitsingsakte dient te worden gewijzigd met medewerking van alle eigenaars.¹⁶ Per de wet van 19 februari 2003 zijn de leden 2 en 3 toegevoegd aan art. 5:139 BW. Op grond daarvan kan een wijziging van een splitsingsakte ook plaatsvinden met medewerking van het bestuur, mits het tot wijziging strekkende besluit in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van ten minste vier/vijfde van het totaal aantal stemmen is genomen dan wel met een zodanige (grotere) meerderheid als in de splitsingsakte is bepaald. Voor een wijziging is de toestemming nodig van hen die een beperkt recht op een appartementsrecht hebben (denk aan een hypotheekhouder), van hen die daarop beslag hebben gelegd - tenzij de wijziging uitsluitend betrekking heeft op het reglement - alsmede, als 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 (aangetast).¹⁷ De wijziging vindt vervolgens plaats door een daartoe bestemde notariële akte, gevolgd door inschrijving van die akte in de openbare registers. Daarbij geldt dat ook de splitsingstekening moet worden gewijzigd en aan de akte gehecht, als de wijziging betrekking heeft op de contouren van de privé-gedeelten.¹⁸

Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de wens om een splitsingsakte te wijzigen en de verplichting daartoe. Wanneer is een wijziging vereist? De enkele tijdelijke verandering in de constructie van het gebouw of in de omgrenzing van (delen van) het gebouw is niet voldoende om aan te nemen dat wijziging van de splitsingsakte en -tekening is vereist. Wijziging is wel vereist als in de constructie van het gebouw of in de omgrenzing van (delen van) het gebouw een verandering wordt aangebracht die gevolgen heeft voor de goederenrechtelijke situatie. Wijziging is niet verplicht bij veranderingen van tijdelijke aard die zich lenen voor herstel.¹⁹

Wanneer is er sprake van een wijziging die consequenties heeft voor de goederenrechtelijke situatie?

Simpel gezegd, wanneer de wijziging gevolgen heeft voor de eigendomssituatie van de appartementseigenaars. De juiste goederenrechtelijke situatie moet blijken uit de in de openbare registers ingeschreven stukken (splitsingsakte en -tekening). De aanleg van een dakterras op een aanvankelijk gemeenschappelijk dak of het aanbrengen van een ondergrondse kelderverdieping vereist, naar mag worden aangenomen, dan ook een wijziging van de

¹⁶ Art. 5:139 lid 1 BW.

¹⁷ Bij dat laatste is vooral gedacht aan de erfdiensbaarheden van art. 5:118 BW, aldus A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 5:139 BW, aant. 5.

¹⁸ In art. 5:139 lid 5 BW wordt het bepaalde in art. 5:109 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaard.

¹⁹ Zie de in voetnoot 4 vermelde arresten van de Hoge Raad. In de tweede daar genoemde uitspraak trekt annotator W.M. Kleijn een parallel met art. 3:170 lid 3 BW: voor beschikingshandelingen is de medewerking van alle deelgenoten noodzakelijk.

¹⁴ Zie bijv. art. 24.1 in Modelreglement 2017.

¹⁵ A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, T&C Burgerlijk Wetboek, art. 5:139 BW, inleidende opmerkingen.

splitsingsakte.²⁰ Waar in eerste instantie de gezamenlijke eigenaars het gebruiksrecht hadden van het (gehele) dak, geldt dat door de aanleg van het dakterras nu alleen voor de eigenaar in kwestie. Een gedeelte van het dak verschieft, om zo te zeggen, juridisch van kleur. Doordat daardoor de omvang van het privé-gedeelte wordt gewijzigd, klopt de feitelijke toestand niet meer met de omschrijving in de splitsingsakte en met de weergave op de splitsings-tekening. Door de splitsingsakte te wijzigen wordt het dakterras daadwerkelijk en permanent opgenomen in de splitsing en kan dit bij verkoop van het appartement ook concreet mee worden overgedragen.²¹

Ten slotte attendeer ik er nog op dat beperkte rechten en beslagen, waarmee de appartementsrechten zijn belast, na de wijziging van de akte van splitsing rusten op de gewijzigde appartementsrechten, tenzij de akte van wijziging anders bepaalt.²² Zij worden dus beschermd. Bestaande hypotheek behoeven in beginsel dus niet opnieuw te worden gevestigd.²³

4.2. Dwaling

Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding.²⁴ Daarnaast is een overeenkomst een rechtshandeling. Zij beoogt immers een rechtsgevolg. Een rechtshandeling is op haar beurt opgebouwd uit de twee elementen *wil* en *verklaring*. De op het rechtsgevolg gerichte wil komt tot uiting door een verklaring.²⁵ De betrokken partijen moeten beiden de wil hebben om de overeenkomst of verplichting aan te gaan. Anders gezegd, zij moeten het doen van het aanbod of de aanvaarding echt willen. Er moet sprake van wilsovereenstemming zijn.

Als er een overeenkomst tot stand komt zonder dat partijen daartoe daadwerkelijk wilsovereenstemming hebben, is er sprake van wilsontbreken of wilsgebreken. Bij wilsgebreken is er wel sprake van een wil tot het aangaan van de overeenkomst, maar de wil is beïnvloed of gebrekkig, bijv. doordat onjuiste informatie is verstrekt. De wet onderscheidt de volgende vier gevallen: bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden²⁶ en dwaling²⁷.

Bij een wilsgebrek kan de overeenkomst vernietigd worden. Om daarin tussen partijen het evenwicht te bewaren

(de wederpartij zal immers wel nakoming van de overeenkomst willen) heeft de wetgever ervoor gekozen dat een beroep op dwaling slechts slaagt wanneer daarbij is voldaan aan een aantal vereisten.

In de eerste plaats moet vaststaan dat de overeenkomst zonder de onjuiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten. Er moet dus sprake zijn van een causaal verband tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst.²⁸

Om vernietiging van de overeenkomst te kunnen invoeren moet de dwaling vervolgens vallen onder een of meer van de volgende categorieën:

- a. een inlichting van de wederpartij;
- b. een ongeoorloofd zwijgen door de wederpartij; of
- c. wederzijdse dwaling.

In het geval dat een partij bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet zou hebben gesloten en de dwaling het gevolg is van een inlichting van de wederpartij, zal een beroep op dwaling toch niet altijd slagen. Vereist is namelijk dat de wederpartij van de dwalende begreep of had moeten begrijpen dat de omstandigheden waarover werd gedwaald voor de dwalende van doorslaggevend betekenis waren, het zogenaamde kenbaarheidsvereiste.

Vernietiging op grond van dwaling kan ook niet met succes gevorderd worden, als die wordt gegrond op een uitsluitend toekomstige omstandigheid.²⁹

Ten slotte kan het zo zijn dat er weliswaar gedwaald wordt, maar dat dit voor rekening van de dwalende moet blijven in verband met:

- a. de aard van de overeenkomst;
- b. de in het verkeer geldende opvattingen; of
- c. de omstandigheden van het geval.

Om na te gaan of een beroep op dwaling succesvol zal zijn, kan het volgende stappenplan - als samenvatting van art. 6:228 BW - worden doorlopen:³⁰

1. Is de keuze om de overeenkomst te sluiten gevormd onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken?
2. Heeft de onjuiste voorstelling van zaken betrekking op omstandigheden die voor de dwalende van doorslaggevend betekenis zijn?
3. Valt de dwaling onder een of meer van de volgende categorieën:
 - a. inlichting van de wederpartij?
 - b. een ongeoorloofd zwijgen van de wederpartij?

20 Een voorbeeld van een geval waarin werd beslist dat er geen sprake was van goederenrechtelijke gevolgen is Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4798. Het hof vond dat het aanleggen van het dakterras met toestemming van de vergadering kon worden gelegaliseerd omdat daardoor de bestemming van het dak niet werd gewijzigd. Ik kan deze uitspraak niet goed rijmen met het in het notaris Wortelboer-arrest geformuleerde criterium.

21 Zie voor een vrij recent voorbeeld Rechtbank Overijssel 27 oktober 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:3613.

22 Art. 5:142 lid 1 BW.

23 Uiteraard is het wel zaak om het 'verspringen' van bestaande hypotheek expliciet in de akte te benoemen en te omschrijven.

24 Art. 6:217 BW.

25 Art. 3:33 BW.

26 Art. 3:44 BW.

27 Art. 6:228 BW.

28 Zie Hoge Raad 17 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2250, NJ 1997/222 (Geerlofs/Meinsma).

29 Zie Hoge Raad 21 januari 1966, NJ 1966/183 (Booy/Wisman).

30 Ik heb dit overzicht ontleend aan J.H. Nieuwenhuis, Hoofdstukken vermogensrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2015. Een zeer praktisch en nuttig boekje, dat ik iedere notarisklerk en notariële medewerker aanraad te lezen en te bestuderen.

- c. een onjuiste voorstelling van zaken bij beide partijen?
4. Heeft de wederpartij begrepen of moeten begrijpen dat de omstandigheden ten aanzien waarvan is gedwaald voor de ander van doorslaggevende betekenis zijn?

Wanneer een van deze vragen ontkennend moet worden beantwoord, kan er niet met succes een beroep op dwaling worden gedaan. Als alle vier vragen positief worden beantwoord, moeten er nog twee aanvullende vragen worden gesteld:

- 5. Gaat het om een uitsluitend toekomstig gebeurtenis?
- 6. Komt de dwaling voor rekening van de dwalende in verband met:
 - a. de aard van de overeenkomst;
 - b. de in het verkeer geldende opvattingen; of
 - c. de omstandigheden van het geval?

Bij positieve beantwoording van een van deze vragen is een rechtsgeldig beroep op dwaling niet mogelijk. Samenvattend: een beroep op dwaling slaagt alleen dan wanneer de vragen 1 tot en met 4 alle positief en de vragen 5 en 6 beide negatief worden beantwoord.

Als laatste merk ik nog op dat op grond van art. 6:230 BW de bevoegdheid om vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling in te roepen vervalt wanneer de wederpartij door een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst het nadeel van de dwaling adequaat opheft. Ook is het zo dat de rechter op verzoek van een van partijen de gevolgen ter opheffing van het nadeel kan wijzigen in plaats

van tot vernietiging te besluiten. Bij dat laatste kan bijv. worden gedacht aan een vermindering van de koopprijs. De rechter heeft hier dus een discretionaire bevoegdheid en daarbij ook een ruime onderhandelingsruimte.³¹

5. Ten slotte

Het mooie, goed opgebouwde, vonnis van Rechtbank Noord-Holland van 15 december 2021 gaf de gelegenheid om nader in te gaan op de vraag wanneer het vereist is om een splitsingsakte te wijzigen. Het is begrijpelijk dat er in de praktijk voorkeur bestaat om te werken met toestemming van de vergadering. Het wijzigen van een splitsingsakte vereist immers unanimitéit of 80% van het aantal stemmen en is bovendien vaak een tijdrovende en kostbare exercitie. Natuurlijk is het verlenen van toestemming een nuttig en praktisch instrument als het gaat om het beheer van een appartementengemeenschap. Toestemming van de vergadering is in veel gevallen echter niet toereikend, zodat de splitsingsakte gewijzigd zal moeten worden.

Dwaling is de tweede rechtsfiguur waaraan ik naar aanleiding van het vonnis aandacht heb gegeven. Het betreft geen gemakkelijke materie. Er moet aan verschillende voorwaarden worden getoetst om te bepalen of er met succes een beroep op dwaling kan worden gedaan. Het stappenplan van Nieuwenhuis kan daarbij een goede dienst bewijzen.

³¹ Zie Hoge Raad 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD7321, NJ 2002/106 (Ruinemans/Heijmeijer).