



**F.J.M. de Kousemaeker & M.A.J.C.M. van Agt**  
**PRAKTIJKASPECTEN VASTGOED**



Noordhoff Uitgevers

7e druk



  
*Makelaardij  
&  
Vastgoed*



## **Praktijkaspecten vastgoed**





# Praktijkaspecten vastgoed

Hoofdredactie:

F.J.M. de Kousemaeker

M.A.J.C.M. van Agt

Zevende druk

Noordhoff Uitgevers Groningen | Houten

*Ontwerp omslag:* Dorèl en anderen, Groningen

*Omslagbeeld:* Josee Jansen, Dorèl en anderen, Groningen

Eventuele op- en aanmerkingen over deze of andere uitgaven kunt u richten aan: Noordhoff Uitgevers bv, Afdeling Hoger Onderwijs, Antwoordnummer 13, 9700 VB Groningen, e-mail: [info@noordhoff.nl](mailto:info@noordhoff.nl)

1 2 3 4 5 / 11 10 09

© 2007 Noordhoff Uitgevers bv Groningen/Houten, The Netherlands.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor verschuldigde vergoedingen te voldoen aan Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van korte gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

*All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording, or otherwise, without the prior written permission of the publisher.*

ISBN (ebook) 978-90-01-84931-3

ISBN 978-90-01-49400-1

NUR 163

## Ten geleide

Dit boek herbergt een schat aan ervaring. Het is een must voor iedereen die actief is in de vastgoedwereld. Want soms lijkt de theorie eenvoudig, de praktijk is weerbarstig en vol valkuilen. En goede praktijkboeken zijn schaars. Het is fijn dat een groep deskundigen de handen ineen heeft geslagen om een goed beeld te geven van wat er allemaal komt kijken bij het kopen, financieren, ontwikkelen, verhuren, maken, taxeren, beleggen en managen van onroerend goed. Hun jarenlange ervaring hebben zij in dit boek verwerkt.

Bijzonder is dat deze editie al de zevende druk is, weer geheel aangepast aan de nieuwste regelgeving en ontwikkelingen. Die ontwikkelingen gaan snel. Ze zijn overigens al langer aan de gang. Vastgoedkunde is sinds 1990 object van wetenschap geworden. Daarna is het vak in een stroomversnelling gekomen. Vastgoed is verbonden met ruimtelijke ordening, juridische structuren, huurwetgeving, overheidsbeleid, belastingen, notariaat, makelaardij, bouwkunde, architectuur, milieu, corporate governance enzovoort. Op deze terreinen zijn er veel nieuwe ontwikkelingen te melden. Zo wordt in deze druk voor het eerst aandacht besteed aan het verwerven en beheren van monumenten, landgoederen en natuurschoon. Ook wordt meer dan voorheen ingegaan op beleggen in vastgoed en de constructies waarin dit kan plaatsvinden. Maar ook op veel andere terreinen draagt dit boek nieuwe vakken-nis over. En die kennis blijft onmisbaar, ondanks de groei van het aantal managers en ook in een digitale wereld.

Relevant is het boek zeker ook. Huisvesting is immers een eerste levensbehoefte. Iedereen heeft een huis nodig. En daarom is het zaak dat een en ander op dit terrein goed is geregeld. In hun dagelijks leven spannen de auteurs zich hiervoor in. En nu ook op het terrein van de kennisoverdracht. Dat is een prestatie van formaat. Bijzondere complimenten gaan daarbij uit naar Frits de Kousemaeker en Michel A.J.C.M. van Agt die deze nieuwe uitgave tot stand hebben gebracht. Frits de Kousemaeker is vanaf de eerste druk in 1981 de gangmaker geweest van dit boek. In deze zevende druk heeft hij de hoofdredactie samen met Michel A.J.C.M. van Agt gedaan.

Het is geen sinecure om met veel schrijvers een helder en goed geschreven boek te maken. Ik hoop dat dit werk een even goed onthaal zal vinden als de vorige edities.

Prof. dr. P. van Gool  
Hoogleraar Vastgoedeconomie  
Amsterdam School of Real Estate, Universiteit van Amsterdam





## Woord vooraf bij de zevende druk

In 1981, onder de hoofdredactie van Frits de Kousemaeker, is de eerste versie van *Praktijkaspecten vastgoed* verschenen en inmiddels ligt alweer de zevende druk voor u.

Na ruim 25 jaar is voor de nieuwe druk gezocht naar een nieuwe visie op het geheel. Besloten is daarom de uitgave van deze zevende druk tot stand te brengen onder de gezamenlijke hoofdredactie van ons beide.

Voor deze nieuwe druk hebben wij als doel gesteld het boek onder de aandacht te brengen van iedere professional op het vastgoedterrein. Nog meer dan in eerdere drukken ligt het accent op praktijkgerichtheid. We hebben daarom vooral praktijkmensen benaderd voor het schrijven van een hoofdstuk in dit boek, waarbij de voorkeur uitging naar meerdere schrijvers per hoofdstuk. Alhoewel dat laatste niet altijd gelukt is, zijn wij wel bijzonder enthousiast over het resultaat. Naar onze mening is het boek een must voor iedereen die professioneel met vastgoed in ruime zin te maken heeft.

Daarnaast is het een uitstekend boek voor onderwijsdoelstellingen.

Ook in deze nieuwe druk is weer veel aandacht besteed aan de nieuwe ontwikkelingen binnen de vastgoedpraktijk. Een geheel nieuw hoofdstuk is gewijd aan monumenten, landgoederen en natuurschoon, een onderwerp dat steeds meer in de belangstelling staat. We hebben er bewust voor gekozen geen hoofdstuk te wijden aan ruimtelijke ordening, dat onderwerp is te complex in de context van dit boek.

In deze druk zijn wetswijzigingen en eventuele jurisprudentie tot 1 januari 2007 verwerkt.

Onze waardering en dank gaan uit naar de schrijvers, die met veel enthousiasme en energie, vaak onder tijdsdruk, aan het realiseren van dit geweldige resultaat hebben gewerkt.

Onze dank gaat tevens uit naar Danielle van Gasselt, professional support lawyer bij VAD Notarissen, die ons op veel gebieden heeft geholpen bij de totstandkoming van dit prachtige boek.

Ten slotte willen wij nog veel dank betuigen aan prof. dr. P. van Gool, die het Ten geleide bij dit boek heeft geschreven.

Michel A.J.C.M. van Agt  
Rotterdam, december 2006

Frits de Kousemaeker  
Wassenaar, december 2006





## Hoofredactie

Deze nieuwe, zevende druk van *Praktijkaspecten vastgoed* is tot stand gekomen onder de hoofredactie van Frits de Kousemaeker en Michel A.J.C.M. van Agt tezamen.

Frits de Kousemaeker (1947) is actief geweest in vrijwel alle sectoren van het onroerend goed. Vanaf 1983 tot 2000 was De Kousemaeker mede-eigenaar van DTZ Zadelhoff v.o.f. Hij maakte onder andere deel uit van het bestuur van de Makelaarsvereniging Amsterdam (MVA), van het bestuur van de sector Bedrijfs Onroerend Goed (BOG) van de Nederlandse Vereniging van Makelaars (NVM) en van het bestuur van de Stichting voor Beleggings- en Vastgoedkunde (SVB), verbonden aan de leerstoel Vastgoedkunde aan de Universiteit van Amsterdam. Naast de redactie van zes eerdere drukken van *Praktijkaspecten vastgoed* heeft Frits een 'Lofts' serie uitgegeven, in welke serie inmiddels acht boeken zijn verschenen. In totaal kan De Kousemaeker bogen op een 40-jarige ervaring in de vastgoedbranche.

Michel A. J. C. M. van Agt (1953), studeerde notarieel recht aan de Universiteit Amsterdam, welke studie hij in 1979 afrondde. Hij begon in 1979 bij Loeff & Van der Ploeg (het latere Loeff Claeys Verbeke), aanvankelijk in Amsterdam en later in Rotterdam, bij welk kantoor hij in 1988 notaris werd. In april 2002 startte hij met mr. Margot J. Dussel, het Rotterdamse kantoor VAD Notarissen. De specialisatie van Michel is commercieel vastgoed in brede zin (financieringen daaronder begrepen), het opzetten van vastgoedconstructies en overnames in het vastgoed, met inbegrip van het hierbij behorende ondernemingsrecht. Een enkele keer treedt Michel op als gastdocent.



# Inhoud

- 1 Eigendom en overdracht van vastgoed** *H. Stolz* 15
  - 1.1 Inleidende schets van de juridische overdracht 16
  - 1.2 Rechten op vastgoed 17
  - 1.3 Betrokken partijen bij de overdracht 30
  - 1.4 Koopovereenkomst 34
  - 1.5 Juridische levering van onroerend goed 61
  
- 2 Erfpacht** *R.J.C. Flach* 65
  - 2.1 Juridische karakteristiek van erfpacht 66
  - 2.2 Gebruik van erfpacht in de praktijk 66
  - 2.3 Tien regels die voor elke erfpacht gelden 68
  - 2.4 Grenzen aan de uitoefening van de bevoegdheden uit erfpacht 69
  - 2.5 Vestiging van een erfpacht 72
  - 2.6 Nadere regelingen voor erfpacht 73
  - 2.7 Wijziging van de erfpachtovereenkomst 73
  - 2.8 Canon 74
  - 2.9 Gebruik en genot 77
  - 2.10 Beschikken en bezwaren 78
  - 2.11 Einde van de erfpacht 81
  
- 3 Huur en verhuur** *P. Wanders, S. van der Kamp, J.K. Six-Hummel* 85
  - 3.1 Huurregelingen 86
  - 3.2 Verplichtingen van de verhuurder 92
  - 3.3 Verplichtingen en rechten van de huurder 98
  - 3.4 Einde van de huurovereenkomst 115
  - 3.5 Bijzondere onderwerpen betreffende huur 117
  - 3.6 Huur van woonruimte 120
  - 3.7 Huur van bedrijfsruimte 158
  - 3.8 Slotbeschouwing 174
  
- 4 Pacht** *R.J.C. Flach* 175
  - 4.1 Juridisch kader 176
  - 4.2 Voorkomen en gebruik van verschillende vormen van pacht 180
  - 4.3 De pachtovereenkomst in de zin van de wet 181
  - 4.4 Dwingend recht, grondkamers en pachtrechtspraak 185
  - 4.5 Bijzondere pachtregimes 190
  
- 5 Financiering** *W. Michies, R.A.M. van de Bilt* 193
  - 5.1 Overwegingen om tot aankoop of financiering over te gaan 194
  - 5.2 Zekerheden 194
  - 5.3 Financieringsfaciliteit 203
  - 5.4 Risicoprofiel 208
  - 5.5 Financiering van de privéwoning 214
  - 5.6 Geldgevers 219
  - 5.7 Actuele ontwikkelingen 228
  - 5.8 Tot besluit 231

- 6 Vastgoedmanagement** *M.E. Vermeulen, H-W. Wensing* 233
  - 6.1 Vastgoed-managementorganisatie en haar omgeving 234
  - 6.2 Vastgoedmanagement in perspectief 242
  - 6.3 Sturingsinstrumenten op de verschillende niveaus 246
  - 6.4 Uitbesteden, zelf doen of co-makership 250
  - 6.5 Service en kwaliteit van het vastgoedmanagement 253
  
- 7 Beleggen in vastgoed** *R. Smeehuijzen, M.J. Dussel, P.A. Hendrikse* 257
  - 7.1 Wat is beleggen 258
  - 7.2 Waarom beleggen in vastgoed 259
  - 7.3 Wie beleggen in vastgoed 274
  - 7.4 Waarin wordt belegd (type vastgoed) 279
  - 7.5 Waar wordt belegd (geografische spreiding vastgoed) 288
  - 7.6 Vormen van vastgoedbeleggingen 291
    - Bijlage 1 Rendementen op de Europese vastgoedmarkten (1995-2005) 299
    - Bijlage 2 Rendementen van Nederlands vastgoed, vastgoed- & aandelenfondsen en obligaties (1995-2005) 300
    - Bijlage 3 Rendementen van Amerikaans vastgoed, vastgoed- & aandelenfondsen en obligaties (1995-2005) 301
    - Bijlage 4 Totaal rendementen en risico's van beursgenoteerde vastgoedfondsen (1990-2005) 302
    - Bijlage 5 Kerngegevens van Nederlandse beursgenoteerde vastgoedfondsen (ultimo 2005) 303
    - Bijlage 6 Ranglijst van grootste Nederlandse beleggers in vastgoed (ultimo 2004) 304
    - Bijlage 7 Ranglijst van grootste Nederlandse aanbieders van vastgoed-cv's (ultimo 2005) 305
  
- 8 Onteigening** *R.G.J. Deuss, J.A.M.A. Sluysmans* 307
  - 8.1 Onteigeningwet 308
  - 8.2 Administratieve procedure voor de onteigeningstitel 311
  - 8.3 Gerechtelijke procedure 315
  - 8.4 Object van onteigening 321
  - 8.5 Schadegerechtigde 321
  - 8.6 Schadeloosstelling 322
  - 8.7 Planschade 339
  
- 9 De Wet WOZ in de praktijk** *J. Hoogland* 359
  - 9.1 WOZ-beschikking voor zakelijk gerechtigden en voor gebruikers van een niet-woning 360
  - 9.2 Afbakening belastingobject voor waardebepaling 361
  - 9.3 Nieuwe WOZ-beschikking gedurende het tijdvak 362
  - 9.4 Gegevens opvragen/informatie verstrekken 365
  - 9.5 Toezicht door de Waarderingskamer 367
  - 9.6 Waardebepaling van onroerende zaken 367
  
- 10 Belastingen** *A.J. Oostenrijk, A.E.C. Bloemendaal, Y.E. Gassler* 387
  - 10.1 Overdrachtsbelasting 388
  - 10.2 Omzetbelasting 396
  - 10.3 Inkomstenbelasting 412
  - 10.4 Vennootschapsbelasting 417
  - 10.5 Lokale heffingen 423

- 11 Makelaardij** *G.G.M. ten Have, C.M.H. Vlaanderen* 427
  - 11.1 Algemeen beeld van de makelaardij 428
  - 11.2 Functie en werkerrein van de makelaar 431
  - 11.3 Certificering van de makelaar en vakbekwaamheidseisen 439
  - 11.4 Organisaties van makelaars en taxateurs 441
  - 11.5 Makelaarsbedrijf 450
  
- 12 Taxatieleer** *J.P.M.M. Lardinois* 453
  - 12.1 Taxatie 454
  - 12.2 Waardebegrippen 460
  - 12.3 Taxatiemethoden 470
  - 12.4 Benodigde taxatiegegevens 475
  - 12.5 Praktische taxatietips 476
  - 12.6 Taxatierapport 478
    - Bijlage 1 Taxatieopnameformulier 479
    - Bijlage 2 Voorbeelden van taxatierapporten 483
    - Bijlage 3 Rekenvoorbeelden taxaties 492
  
- 13 Het kadaster** *W. Louwman, R. Roes* 495
  - 13.1 Ontstaan van het kadaster 496
  - 13.2 Missie en organisatie van het kadaster 497
  - 13.3 De openbare registers 498
  - 13.4 Kadastrale registratie 500
  - 13.5 Kadastrale grenzen 507
  - 13.6 Registratie van publiekrechtelijke beperkingen 509
  - 13.7 Informatieverstrekking door het kadaster 511
  - 13.8 Landinrichting 512
  - 13.9 Registratie van schepen en luchtvaartuigen 513
    - Bijlage 1 Kadastraal bericht object 516
    - Bijlage 2 Hypothecair bericht object 517
    - Bijlage 3 Kadastrale kaart met omgevingskaart 518
  
- 14 Verzekeringen** *M.J. Tolman* 521
  - 14.1 Karakterisering van het verzekeringsrecht 522
  - 14.2 Totstandkoming van de verzekering 522
  - 14.3 Uitvoering van de verzekering 528
  - 14.4 Geldigheidsduur van de verzekering 536
  
- 15 Fiscale faciliteiten voor landgoederen en rijksmonumenten** *H.R. Bruggink* 539
  - 15.1 Natuurschoonwet 1928 540
  - 15.2 Successiebelastingen 546
  - 15.3 Belastingen van rechtsverkeer 549
  - 15.4 Inkomstenbelasting 552
  - 15.5 Vennootschapsbelasting 562
  - 15.6 Gemeentelijke onroerendezaakbelastingen 563
  - 15.7 Overgangsregeling in de Wijzigingswet van 14 december 2000 563

- 16**     **Appartementsrechten** *M.M. Hes* 565
- 16.1     Splitsing in appartementsrechten en de vergunningen en toestemming voor splitsing 566
- 16.2     Splitsingstekening en notariële akte 569
- 16.3     Breukdelen 575
- 16.4     Splittingsreglement 578
- 16.5     Reservefonds 581
- 16.6     Verzekeringen 582
- 16.7     Huishoudelijk reglement 582
- 16.8     Vereniging van Eigenaars, organen en kwalitatief lidmaatschap 582
- 16.9     Ondersplitsing 586
- 16.10    Wijziging en opheffing van een splitsing 589
- 16.11    Overdracht van en vestiging van een beperkt zakelijk recht op een appartementsrecht en aansprakelijkheden 591
- 16.12    Geschillen/gerechtelijke afhandelingen 593

**Over de auteurs** 595

**Afkortingenlijst** 603

**Register** 605



# Eigendom en overdracht van vastgoed

## 1

- 1.1 Inleidende schets van de juridische overdracht
- 1.2 Rechten op vastgoed
- 1.3 Betrokken partijen bij de overdracht
- 1.4 Koopovereenkomst
- 1.5 Juridische levering van onroerend goed

In dit hoofdstuk wordt een inleiding gegeven op de juridische aspecten van rechten op en overdracht van vastgoed. Dat is een zeer omvangrijk onderwerp, waar gespecialiseerde juristen een leven lang op kunnen studeren om vervolgens een *redelijk* inzicht in de materie te verkrijgen. Volledigheid wordt om deze reden niet nagestreefd in dit hoofdstuk. Wel wordt een poging gedaan om eenieder werkzaam in de vastgoedpraktijk, een stevige juridische basis te bieden ten behoeve van deze praktijk.

De praktische gevolgen van de doelstelling van dit hoofdstuk zijn dat alle besproken onderwerpen eenzijdig gericht zijn op vastgoed en dat, op bescheiden schaal, de juridische nuancering soms enigszins tekort wordt gedaan ten behoeve van een beter begrip van de behandelde stof bij de lezer.

In gedeeltelijke afwijking van voorgaande drukken van dit boek wordt nu in 1.2 vrij ruim aandacht besteed aan de verschillende privaatrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot vastgoed. In 1.2 wordt een inleiding gegeven op de juridische betekenis van rechten als eigendom en erfdienstbaarheden, alsmede aan vormen van gemeenschappelijke eigendom en economische eigendom. In 1.3 wordt enige aandacht besteed aan de hoedanigheid waarin partijen bij een koopovereenkomst en de daaropvolgende juridische levering handelen. Zijn deze partijen bijvoorbeeld natuurlijke of rechtspersonen, zoals een naamloze of besloten vennootschap, en wat zijn daarvan de juridische consequenties voor de verkoop van onroerend goed? Nadat aldus inzicht is verkregen in enerzijds de juridisch-inhoudelijke aspecten met betrekking tot een te (ver)kopen object en anderzijds in de hoedanigheid waarin de verkoper en koper kunnen handelen, wordt in 1.4 ingegaan op de koopovereenkomst zélf. Daarbij komen

bijvoorbeeld vragen aan de orde hoe een koopovereenkomst tot stand komt en wat de consequenties zijn van de driedaagse bedenktime van een particuliere woningkoper. In 1.4.6 wordt uitgebreid en puntsgewijs ingegaan op de mogelijke inhoud van een koopovereenkomst en worden praktische adviezen gegeven; voor veel lezers wellicht het belangrijkste onderdeel van dit hoofdstuk. Ten slotte is 1.5 gewijd aan de juridische levering van onroerend goed, waarbij voor de notaris een centrale rol is weggelegd. Maar eerst wordt in 1.1 begonnen met een inleidende schets van de overdracht van onroerende zaken.

## 1.1 Inleidende schets van de juridische overdracht

Aan de juridische overdracht van onroerend goed stelt de wet in art. 3:84 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW) drie cumulatieve vereisten, te weten:

- 1 een levering,
- 2 krachtens een geldige titel,
- 3 verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken.

Is aan deze drie vereisten voldaan, dan is de overdracht een feit en is daarmee de eigendom van de ene partij op de andere partij overgegaan. Is daarentegen aan één of meerdere van deze vereisten niet voldaan, dan komt vooralsnog geen overdracht tot stand.

Ten aanzien van de *levering* van onroerend goed stelt art. 3:89 lid 1 BW als nadere vereisten een notariële akte van levering en inschrijving van die akte in de openbare registers (kadaster). De juridische levering van een onroerende zaak vindt dus niet plaats door overhandiging van de sleutels van een pand of het eenvoudig ter beschikking stellen van het pand aan de koper, maar partijen zullen een bezoek moeten brengen aan de notaris voor het passeren van een leveringsakte en de notaris zal deze akte moeten aanbieden bij het kadaster. De juridische levering wordt nader besproken in 1.5.

Het tweede door art. 3:84 lid 1 BW gestelde vereiste voor een rechtsgeldige overdracht – de *geldige titel* – is het vereiste van een geldige reden (rechtsgrond) voor de eigendomsoverdracht. Bij deze rechtsgrond is de vraag dus wat de reden is dat partijen deze overdracht willen bewerkstelligen. Tussen een verkoper en een koper ligt die reden voor de hand: zij hebben een koopovereenkomst gesloten en willen ter nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen de eigendomsoverdracht bewerkstelligen. De door art. 3:84 BW vereiste geldige titel wordt in dat geval gevormd door de koopovereenkomst. Er kunnen echter ook andere titels dan koop ten grondslag liggen aan een overdracht, bijvoorbeeld schenking of ruil. Voor de praktijk is de koopovereenkomst vanzelfsprekend verreweg de belangrijkste titel, en hieraan wordt in 1.4 dan ook uitgebreid aandacht besteed.

Tot slot het derde vereiste voor een overdracht: de *beschikkingsbevoegdheid* van de vervreemder. Het zal niemand verbazen dat – in beginsel – uitsluitend de rechthebbende van een goed dit kan vervreemden of bezwaren met bijvoorbeeld een hypotheekrecht. De rechthebbende is der-

halve beschikkingsbevoegd en alle niet-rechthebbenden zijn beschikkingsbevoegd. Voor onroerend goed geldt dat de beschikkingsbevoegdheid van een partij bijna altijd kenbaar is uit het kadaster. Iedereen heeft de mogelijkheid de door het kadaster gehouden openbare registers in te zien en te controleren wie eigenaar van (of anderszins gerechtigde tot) een bepaalde onroerende zaak is. Bij iedere overdracht van onroerend goed controleert het notariaat dan ook de beschikkingsbevoegdheid van een vervreemder op basis van de gegevens in het kadaster.

Zodra aan alle drie de juridische vereisten is voldaan, komt als gezegd de overdracht tot stand. Het spreekt voor zich dat de volgorde waarin aan deze cumulatieve vereisten moet worden voldaan, niet willekeurig is. Op het moment van het passeren van de notariële leveringsakte dient al een geldige titel tussen partijen te bestaan (art. 3:89 lid 2 BW) en dient de vervreemder beschikkingsbevoegd te zijn. Ten tijde van het passeren van de leveringsakte is dan ook altijd al voldaan aan de vereisten van een geldige titel en de beschikkingsbevoegdheid. Na het passeren van de akte van levering bij de notaris ontbreekt dus nog één vereiste voor de totstandkoming van de overdracht van een onroerend zaak: de inschrijving van de notariële leveringsakte in het kadaster. Deze inschrijving is steeds het laatste vereiste waaraan voldaan moet worden en met deze inschrijving is de overdracht een feit.

## **1.2 Rechten op vastgoed**

In deze paragraaf worden de verschillende rechten en de dooruit voortvloeiende verplichtingen met betrekking tot vastgoed besproken. De onderlinge verhouding tussen al deze rechten is echter lastig te omschrijven. Sommige van deze rechten staan in een zeer sterke onderlinge relatie, zoals eigendom, gemeenschappelijke eigendom en mandeligheid. Tussen andere rechten, bijvoorbeeld erfdienstbaarheden en economische eigendom, ontbreekt iedere samenhang. Het algemene verband tussen de besproken rechten is dan ook uitsluitend dat het – sterk uiteenlopende – rechten ten aanzien van vastgoed betreft.

Eerst bespreken we het onderscheid in goederenrechtelijke en persoonlijke rechten (1.2.1) en vervolgens een aantal van deze rechten die op vastgoed van toepassing kunnen zijn:

- eigendom en de verticale natrekking (1.2.2);
- gemeenschappelijke eigendom (1.2.3);
- mandeligheid (1.2.4);
- erfdienstbaarheden en het burendrecht (1.2.5);
- kwalitatieve verplichtingen (1.2.6);
- kettingbedingen (1.2.7);
- economische eigendom (1.2.8).

### **1.2.1 Persoonlijke rechten en goederenrechtelijke rechten**

Voordat we de verschillende privaatrechtelijke rechten op vastgoed zullen bespreken, is het voor een goed begrip van de juridische betekenis van deze rechten van belang om een onderscheid aan te brengen in enerzijds de persoonlijke rechten en anderzijds de goederenrechtelijke rechten met betrekking tot vastgoed.

Deze tweedeling is enigszins abstract en complex, maar gezien de wezenlijk verschillende posities die een persoonlijk gerechtigde en een goederenrechtelijk gerechtigde in het juridisch verkeer innemen, is een redelijk begrip van dit onderscheid essentieel.

Dat dit onderscheid niet altijd heel strikt is te maken, blijkt uit het feit dat een aantal persoonlijke rechten goederenrechtelijke trekjes heeft.

### **Persoonlijke rechten**

*Persoonlijke* rechten zijn de rechten die uitsluitend gelden tussen bepaalde partijen. Persoonlijke rechten ontstaan meestal door het sluiten van een overeenkomst tussen twee of meer partijen, maar kunnen ook andere ontstaansgronden hebben (bijvoorbeeld onrechtmatige daad of onverschuldigde betaling). De persoonlijke rechten hebben dan ook betrekking op een rechtsrelatie tussen twee of meer specifieke personen. Voorbeelden van persoonlijke rechten zijn de rechten uit een koopovereenkomst (zoals het recht op voldoening van de koopprijs), maar ook de rechten uit een bruikleenovereenkomst (het recht tot het mogen gebruiken van een zaak) of een arbeidsovereenkomst (het recht op het laten verrichten van werk en anderzijds het recht op loon). De variatie in persoonlijke rechten is vrijwel eindeloos, omdat partijen de mogelijkheid hebben de inhoud van deze rechten zelf te bepalen.

Uitsluitend de partijen bij een overeenkomst kunnen rechten (en verplichtingen) uit die overeenkomst verkrijgen; anderen staan vanzelfsprekend geheel buiten deze overeenkomst en kunnen daaraan dan ook geen rechten of verplichtingen ontleenen.

### **Goederenrechtelijke rechten**

De *goederenrechtelijke* rechten staan in de wet limitatief genoemd:

- eigendom;
- recht van erfpacht;
- opstalrecht;
- erfdiensbaarheid;
- vruchtgebruik;
- recht van gebruik en bewoning;
- hypotheekrecht; en
- pandrecht.

Deze goederenrechtelijke rechten zien niet op de rechtsrelatie tussen twee of meer personen, maar op de rechtsrelatie tussen een persoon en een zaak (bijvoorbeeld een woning of perceel grond, maar ook een auto of fiets).

Anders dan bij de persoonlijke rechten kan de rechthebbende op een goederenrechtelijk recht, bijvoorbeeld de eigenaar van een woning, zijn (eigendoms)recht inroepen tegen *iedereen*. De eigenaar behoeft bijvoorbeeld niet te dulden dat een wildvreemde voorbijganger in zijn woning trekt of de bijbehorende tuin eens flink ompsit. Iedere persoon dient het eigendomsrecht (of een ander goederenrechtelijk recht) van de rechthebbende te eerbiedigen, ongeacht of de eigenaar al dan niet in een contractuele relatie met de betreffende persoon staat.

#### **■ Voorbeeld**

De heer A verkoopt zijn woning aan de heer B. De twee belangrijkste rechten die uit deze koopovereenkomst voortvloeien zijn het *persoonlijke* recht van A

jegens B op betaling van de koopsom en het *persoonlijke* recht van B jegens A op levering van de eigendom van de woning. Dat deze rechten persoonlijke rechten zijn ligt voor de hand; A kan bijvoorbeeld niet een willekeurige derde aanspreken tot betaling van de koopsom. De verplichting tot betaling van de koopsom rust dan ook uitsluitend op B.

Zodra A de eigendom van de woning aan B levert, verkrijgt B een *goederenrechtelijk* recht: de eigendom. Vanaf het moment dat B de eigendom heeft verkregen, kan hij alle rechten van een eigenaar tegen iedereen uitoefenen. Dat betekent bijvoorbeeld dat A op eerste verzoek van B de woning zal moeten ontruimen. Maar ook indien buurman Y in het verleden met toestemming van A door de tuin van de woning mocht lopen – een persoonlijk recht van Y – dan hoeft B zich als (nieuwe) eigenaar daar niets van aan te trekken. Als eigenaar hoeft B niet te dulden dat iemand door zijn tuin loopt en aan het persoonlijke recht van Y jegens A is B niet gebonden. B was immers geen partij bij de afspraak tussen A en Y.

### **Juridische consequenties van het onderscheid in persoonlijke en goederenrechtelijke rechten**

De eerste belangrijke juridische consequentie van de verschillende werking van persoonlijke en goederenrechtelijke rechten, ontstaat bij overdracht van een onroerende zaak. Zoals we in het voorbeeld zagen, is een nieuwe eigenaar van een onroerende zaak niet gebonden aan de persoonlijke rechten van derden ten aanzien van deze onroerende zaak die de vorige eigenaar met hen overeengekomen is. Dit is een gevolg van het feit dat persoonlijke rechten uitsluitend werking hebben tussen de partijen bij de overeenkomst waaruit deze persoonlijke rechten voortvloeien.

Buurman Y had er dan ook beter aan gedaan om, in plaats van een persoonlijk recht op gebruik van de tuin van A, met A een *goederenrechtelijk* recht voor dit gebruik te regelen. A had bijvoorbeeld een erfdienstbaarheid van overpad ten behoeve van (het perceel van) Y kunnen vestigen (zie 1.2.5). Aan dit goederenrechtelijke recht van Y zou ook B als nieuwe eigenaar gebonden zijn, omdat goederenrechtelijke rechten werking hebben tegen vrijwel iedereen, waaronder ook latere verkrijgers van de woning.

Het tweede belangrijke verschil tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten is gelegen in de situatie van faillissement van de wederpartij. Degene die op grond van een persoonlijk recht iets te vorderen heeft van een failliete wederpartij heeft over het algemeen een (zeer) slechte positie tegenover de faillissementscurator. De partij met een goederenrechtelijk recht heeft daarentegen een uitstekende positie; het faillissement zal hem wat betreft zijn vermogenspositie niet deren. Dit aspect van goederenrechtelijke rechten is voor de vastgoedpraktijk vooral van belang bij de ontwikkeling van nieuw vastgoed, waar de benodigde financiering en de daarmee gepaard gaande goederenrechtelijke zekerheidsrechten (hypotheek en pandrecht) tot relatief complexe goederenrechtelijke structuren kunnen leiden.

### **Persoonlijke rechten met semi-goederenrechtelijke eigenschappen**

Het strikte onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten is juridisch volstrekt juist, maar vanuit een enigszins pragmatischer benadering wellicht iets te absoluut. Een (zeer) bescheiden aantal persoonlijke rechten heeft namelijk goederenrechtelijke trekjes, ten ge-

volge waarvan deze persoonlijke rechten praktisch bezien een tussenpositie innemen. Dergelijke persoonlijke rechten ontleen deze semi-goederenrechtelijke eigenschappen steeds aan een wettelijke bepaling. Partijen kunnen dan ook niet zélf overeenkomen om andere dan specifiek in de wet geregelde persoonlijke rechten goederenrechtelijke eigenschappen toe te kennen.

Wellicht het bekendste persoonlijke recht met goederenrechtelijke eigenschappen is het huurrecht. Dit wordt tot uitdrukking gebracht in het adagium 'koop breekt geen huur'. Het recht van gebruik door een huurder is een persoonlijk recht jegens – uitsluitend – de eigenaar. Art. 7:226 BW geeft het huurrecht van de huurder echter semi-goederenrechtelijke werking: door overdracht van de (verhuurde) eigendom aan een nieuwe eigenaar, wordt deze nieuwe eigenaar van rechtswege partij bij de bestaande huurovereenkomst. De zittende huurder zet zijn huurovereenkomst zodoende van rechtswege voort met de nieuwe eigenaar. Ook andere persoonlijke rechten en verplichtingen kennen semi-goederenrechtelijke werking, zoals pachtovereenkomsten, retentierechten en kwalitatieve verplichtingen (art. 6:252 BW, zie 1.2.6).

### 1.2.2 Eigendom en verticale natrekking

De wet spreekt over *eigendom* als 'het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben' en dat zal in abstracto goed aansluiten bij het algemene beeld dat van eigendom bestaat; de eigenaar kan in beginsel met zijn eigendommen doen en laten wat hij wil. Soms bestaat met betrekking tot eigendom echter enige verwarring. Veel erfpachters beschouwen zich als eigenaar van hun woning, terwijl bij erfpacht juist een *ander* dan de erfpachter (meestal een gemeente) de eigenaar is. Ook de in het vastgoed veelgebruikte term 'economische eigendom' zet ons op het verkeerde been. Vrijwel steeds is bedoeld dat de economisch eigenaar juist géén juridisch eigenaar is, maar zich – economisch – gedraagt als ware hij de juridisch eigenaar (zie ook 1.2.8).

Eigendom van vastgoed wijkt inhoudelijk nauwelijks of niet af van het algemene begrip eigendom. Eén privaatrechtelijk aspect is echter wel bijzonder aan eigendom van vastgoed: de eigenaar van de grond is van rechtswege tevens eigenaar van de daarop aanwezige opstallen (art. 5:20 BW). De grond moet dus, althans vanuit juridisch oogpunt, als hoofdzaak worden gezien en de op of in de grond aanwezige opstallen (bijvoorbeeld een woning, kelder of tunnel) zijn in feite slechts bestanddelen van die grond. Dat laatste geldt overigens ook voor een aantal andere zaken die zich op of in de grond bevinden, zoals met de grond verenigde beplantingen of een parkeerplaats.

Dat deze juridische verbondenheid van opstallen met de grond meestal geen recht doet aan de economische werkelijkheid, spreekt voor zich. Niemand heeft het idee dat de eigendomsverkrijging van een woning op een perceel grond moet worden beschouwd als eigendomsverkrijging van de grond, waar 'toevallig' een woning op staat. Juristen zijn echter geen economen, met als gevolg dat de economische werkelijkheid – de opstallen vormen economisch beschouwd de hoofdzaak en de grond een bijzaak – van geen enkele juridische betekenis is.

De juridische term voor het verschijnsel dat de eigendom van de grond tevens de eigendom van de daarop aanwezige opstallen (en andere be-

standdelen) omvat, is *verticale natrekking*. Deze verticale natrekking als omschreven in art. 5:20 BW wordt door de wet dwingend voorgeschreven en werkt van rechtswege. Een eigenaar kan dan ook geen splitsing aanbrengen tussen zijn grond en de daarop aanwezige woning om zodoende deze woning onafhankelijk van de eigendom van de grond aan een derde te kunnen overdragen. Uitzondering hierop vormt het zogenoemde *opstalrecht*, een goederenrechtelijk recht waarbij een woning of andere opstal juridisch wordt afgesplitst van de onderliggende grond. De eigendom van de opstal en van de grond komen zodoende bij verschillende partijen te berusten.

#### ■ Voorbeelden

De heer A, eigenaar van een stuk grond met daarop een schuur, verliest de eigendom van de schuur zodra hij de grond aan de heer B overdraagt. A en B kunnen niet overeenkomen, dat A wél de eigendom van de grond aan B overdraagt, maar de eigendom van de schuur behoudt. De eigendom van de schuur is onlosmakelijk verbonden met de eigendom van de grond (een eventueel te vestigen opstalrecht daargelaten).

Een aannemer die op andermans grond bouwt, verliest de eigendom van de door hem gebruikte materialen zodra deze met de grond of de in aanbouw zijnde opstal worden verbonden. De grondeigenaar verkrijgt op hetzelfde moment de eigendom van deze materialen, doordat deze materialen ten gevolge van de verticale natrekking onderdeel (bestanddeel) van de grond gaan vormen.

In 1.2.3 tot en met 1.2.8 worden achtereenvolgens de volgende vier (clusters van) onderwerpen besproken, die alle in meerdere of mindere mate samenhangen met het begrip eigendom:

- 1 vormen van gedeelde eigendom: (eenvoudige) gemeenschappelijke eigendom (1.2.3) en mandeligheid (1.2.4);
- 2 erfdiensbaarheden en burenrrecht (1.2.5);
- 3 bijzondere contractuele bedingen: kwalitatieve verplichtingen (1.2.6) en kettingbedingen (1.2.7);
- 4 de (uitsluitend) economische gerechtigdheid tot vastgoed: economische eigendom (1.2.8).

Een onderling verband tussen deze (clusters van) onderwerpen is er nauwelijks. Gezamenlijk geven ze, mede in samenhang met het in hoofdstuk 2 besproken erfpachtrecht, een behoorlijk inzicht in tal van verschillende privaatrechtelijke aspecten van vastgoed, die op hun beurt weer van belang zijn voor bijvoorbeeld verkoop en overdracht, taxatie, financieringsmogelijkheden en de fiscale aspecten van vastgoed.

### 1.2.3 **Gemeenschappelijke eigendom**

Het spreekt voor zich dat niet iedere onroerende zaak slechts één eigenaar heeft. Echtgenoten en samenwoners zijn vaak gezamenlijk eigenaar van de door hen bewoonde woning. Beleggers in commercieel vastgoed wensen in verband met risicospreiding soms slechts een aandeel in de eigendom van een beleggingspand te verkrijgen.

Het Burgerlijk Wetboek onderkent in art. 3:166 e.v. BW dan ook uitdrukkelijk de mogelijkheid van gemeenschappelijke eigendom alsmede



gemeenschappelijke gerechtigdheid tot rechten, zoals erfpacht- en opstalrechten. Naast de algemene regeling van gemeenschappelijke eigendom van art. 3:166 e.v. BW kent de wet nog een aantal specifieke vormen van gemeenschappelijke eigendom van (uitsluitend) onroerend goed: mandeligheid (zie 1.2.4) en appartementsrechten (zie hoofdstuk 16).

Het wettelijke systeem van gemeenschappelijke eigendom is daarop gebaseerd dat ieder van de mede-eigenaren een bepaald aandeel in de onroerende zaak (of anderszins) houdt. Deze aandelen van de mede-eigenaren hoeven niet van dezelfde omvang te zijn (hetgeen overigens wel het wettelijke uitgangspunt is), maar kunnen in de onderlinge verhouding worden vastgesteld in alle mogelijke variaties. Het enige vereiste voor gemeenschappelijke eigendom is dat ten minste twee partijen eigendom van dezelfde zaak of hetzelfde recht hebben, ongeacht wat de verdere verhouding tussen deze aandelen ook moge zijn.

Door mede-eigendom, maar ook door gezamenlijke gerechtigdheid tot erfpacht- of opstalrechten, ontstaat een zogenoemde *gemeenschap*. Gemeenschap is een juridisch lastig begrip. Zoals we hiervoor al zagen, hebben in geval van gemeenschappelijke eigendom van een onroerende zaak verschillende eigenaren ieder een aandeel in de eigendom van deze onroerende zaak. De gezamenlijke eigenaren – de wet spreekt van deelgenoten – houden tezamen de gehele eigendom.

Het aandeel in de eigendom van een individuele mede-eigenaar respectievelijk deelgenoot is echter abstract en niet individualiseerbaar of aanwijsbaar. De deelgenoot is weliswaar eigenaar van een gedeelte van de eigendom, maar dit gedeelte kan niet als zodanig worden gespecificeerd. Indien hij voor de helft eigenaar is van een kantoorgebouw, kan hij zich bijvoorbeeld niet op het standpunt stellen dat de linker- of rechterhelft van het pand zijn eigendom is. Evenmin kan hij tezamen met de andere eigenaren bepalen wie van hen eigenaar is van welke ruimten in het pand. De deelgenoten zijn juridisch beschouwd gezamenlijk eigenaar van alle gedeeltes die tot de onroerende zaak behoren *in de verhouding* waarin de deelgenoten onderling gerechtigd zijn tot de eigendom.

#### ■ Voorbeeld

De heren A, B en C zijn gezamenlijk eigenaar van een fraai winkelpand met naastgelegen parkeerterrein. Dit winkelpand met parkeerterrein vormt voor A, B en C gemeenschappelijke eigendom en dus een gemeenschap. Ieder van hen is gerechtigd tot een derde deel in de eigendom van dit onroerend goed (al zou dat ook een andere verhouding kunnen zijn). A, B noch C zou echter kunnen claimen een specifiek, fysiek aanwijsbaar gedeelte van het winkelpand in eigendom te hebben. Ook indien het naastgelegen parkeerterrein zowel qua waarde als oppervlakte exact een derde deel zou vormen van het winkelpand met parkeerterrein, dan kan nog steeds geen van de heren A, B of C stellen dat hij *de* eigenaar is van deze parkeerplaats. De enige juiste vaststelling zou zijn dat hij tezamen met de beide andere eigenaren mede-eigenaar is van zowel het parkeerterrein als het winkelpand.

De wet kent in art. 3:166 e.v. BW een reeks uitgebreide bepalingen met betrekking tot de gemeenschap. Deze wettelijke bepalingen bevatten onder meer regelingen met betrekking tot het genot, gebruik en beheer



van het gemeenschappelijke goed, regelingen in verband met de overdraagbaarheid van een aandeel in een gemeenschappelijk goed, de uitwinning van een aandeel door schuldeisers en de vordering tot verdeling van een gemeenschappelijk goed. Een groot gedeelte van deze wettelijke bepalingen is echter van niet-dwingende aard, zodat de gezamenlijke eigenaren allerlei vervangende of aanvullende afspraken kunnen maken.

#### 1.2.4 Mandeligheid

Mandeligheid is een bijzondere vorm van gemeenschappelijke eigendom van onroerend goed. Voor mandeligheid gelden dus de in 1.2.3 besproken uitgangspunten met betrekking tot de gemeenschap, althans voor zover de wet voor mandeligheid geen afwijkende regelingen geeft. Karakteristiek voor mandeligheid is dat een onroerende zaak (de mandelige zaak) tot gemeenschappelijk nut strekt van twee of meer 'erven' van verschillende eigenaren. De wet kent twee vormen van mandelige eigendom:

- 1 wettelijke mandeligheid; en
- 2 mandeligheid door bestemming tot gemeenschappelijk nut.

*Wettelijke mandeligheid* is mandeligheid van (scheidings)muren tussen gebouwen van verschillende eigenaren, alsmede van vrijstaande scheidingsmuren, hekken en heggen indien deze zich op de grens van twee verschillende percelen van verschillende eigenaren bevinden. Wettelijke mandeligheid ontstaat van rechtswege en dwingendrechtelijk, dus zonder dat de betrokken eigenaren enige (rechts)handeling hoeven te verrichten en zonder dat zij zouden kunnen voorkomen dat mandeligheid ontstaat. De consequentie van wettelijke mandeligheid is dat de betreffende eigenaren van rechtswege gemeenschappelijke eigendom hebben van de (scheidings)muur, hek of heg.

#### ■ Voorbeeld

Het bekendste voorbeeld van wettelijke mandeligheid is de scheidingsmuur tussen twee woningen van verschillende eigenaren. Deze muur vormt van rechtswege gemeenschappelijke eigendom van de eigenaren van de beide woningen. Het is dus uitdrukkelijk niet zo dat iedere woningeigenaar tot de helft van de dikte van de mandelige muur eigenaar is. De twee woningeigenaren zijn, overeenkomstig de hiervoor beschreven gemeenschap, gezamenlijk eigenaar van de hele muur.

De tweede vorm van mandeligheid is de *mandeligheid door bestemming*. Deze vorm van mandeligheid ontstaat uitsluitend doordat mede-eigenaren van een onroerende zaak deze onroerende zaak tot mandelige zaak bestemmen, waarbij juist geen sprake is van wettelijke mandeligheid. De mandeligheid door bestemming ontstaat door het opmaken van een notariële akte, waarin de gezamenlijke eigenaren bepalen dat de gemeenschappelijke onroerende zaak tot gemeenschappelijk nut van andere, nader vermelde erven zal strekken. Vervolgens wordt een afschrift van deze notariële akte in de openbare registers (kadaster) ingeschreven.

### ■ Voorbeeld

Een perceel met parkeerplaatsen wordt omringd door koopwoningen. Deze parkeerplaatsen zijn bestemd voor het parkeren van auto's van de eigenaren van de woningen en hun bezoekers. Daarmee strekt dit parkeerterrein tot gemeenschappelijk nut van de erven waarop de woningen staan en zou dit parkeerterrein in beginsel mandelig kunnen worden gemaakt ten behoeve van de erven met woningen. Willen de gezamenlijke eigenaren van de woningen het parkeerterrein inderdaad mandelig maken, dan zal dit parkeerterrein eerst hun gemeenschappelijke eigendom moeten zijn (zie 1.2.3), alvorens dit mandelig gemaakt kan worden. Het daadwerkelijk mandelig maken van het perceel met parkeerplaatsen gebeurt door het passeren van een notariële akte, waarin door de gezamenlijke eigenaren wordt bepaald dat het perceel tot gemeenschappelijk nut zal strekken, en inschrijving van die notariële akte in de openbare registers (kadaster).

Het belangrijkste gevolg van mandeligheid is dat het aandeel in de eigendom van een mandelige zaak van een eigenaar vanzelf de eigendom volgt van het erf van die eigenaar. Indien in het hiervoor genoemde voorbeeld een eigenaar van een woning zijn woning in eigendom overdraagt aan een koper, verkrijgt die koper van rechtswege tevens de mede-eigendom van het mandelige perceel met parkeerplaatsen. De eigenaar en de koper kunnen zelfs niet anders overeenkomen. Datzelfde geldt ook voor de omgekeerde situatie: de eigenaar van een woning kan zijn aandeel in de mandelige parkeerplaatsen niet aan een derde overdragen, zónder dat tevens de eigendom van zijn erf met woning aan deze derde wordt overgedragen.

Veel onroerende zaken lenen zich in theorie voor mandelige eigendom door middel van bestemming, bijvoorbeeld een park, zwembad of golfbaan ten behoeve van in de omgeving liggende woningen. Een ander voorbeeld is een parkeerplaats naast bedrijfspanden, dan wel wegen op een bedrijvenpark, waarbij deze parkeerplaatsen of wegen tot nut strekken van de op het bedrijvenpark gelegen bedrijfspanden.

## 1.2.5 Erfdienstbaarheden en burenrrecht

We bespreken hier twee onderwerpen – erfdienstbaarheden en het burenrrecht – die in een enigszins bijzonder verband tot elkaar staan. De wettelijke regels van het burenrrecht, vrijwel alle verbodsbepalingen voor eigenaren van naastgelegen percelen, worden in de vastgoedpraktijk meestal terzijde gesteld door middel van vestiging van erfdienstbaarheden. Daarnaast kunnen erfdienstbaarheden ook voor vele andere doeleinden worden gebruikt, maar voor de praktijk zijn ze het belangrijkste in de relatie tot het burenrrecht.

### Erfdienstbaarheden

Erfdienstbaarheden zijn goederenrechtelijke rechten waarmee een onroerende zaak kan worden bezwaard ten behoeve van een andere onroerende zaak. De mogelijke inhoud van erfdienstbaarheden is legio, mede omdat de wet ter zake slechts enkele (hierna te bespreken) beperkingen kent. Dat neemt niet weg dat in de praktijk slechts een bescheiden aantal erfdienstbaarheden veelvuldig voorkomt. Voorbeelden daarvan zijn het recht van overpad en het recht tot het mogen hebben van kabels en leidingen in andermans perceel. Tevens worden erfdienstbaarheden vaak aangewend voor het opheffen van strijd met het wettelijk burenrrecht.

### ■ Voorbeeld

De heer A heeft in zijn tuin een riante schuur. De praktische gebruiksmogelijkheden van deze schuur zijn helaas nogal beperkt door het feit dat deze tuin geen rechtstreekse uitgang op de openbare weg heeft. Het naastgelegen perceel B van buurman B grenst daarentegen wel aan de openbare weg. Vanzelfsprekend kan A met B overeenkomen dat A te voet of met de fiets over het perceel B mag gaan, om zodoende vanaf de openbare weg bij zijn schuur te kunnen komen. Een dergelijke afspraak is – als persoonlijk recht – bindend voor B, maar niet voor bijvoorbeeld een toekomstige nieuwe eigenaar van perceel B. Voor de langere termijn is de positie van A derhalve ongewis.

A en B zouden echter ook een erfdienstbaarheid van overpad – een goederenrechtelijk recht – op perceel B kunnen vestigen ten behoeve van het perceel van A. Perceel B wordt hierdoor het ‘dienend erf’ en het perceel van A het ‘heersend erf’. Als B en/of A in de toekomst zijn perceel in eigendom zou overdragen aan een derde, blijft de erfdienstbaarheid van overpad volledig in stand. Dientengevolge blijven nieuwe eigenaren van perceel B aan de erfdienstbaarheid gebonden en kunnen nieuwe eigenaren van perceel A gebruik blijven maken van perceel B.

De verhouding in het voorbeeld tussen de bezwaarde onroerende zaak van B – het dienend of lijdend erf – en de onroerende zaak van A ten behoeve waarvan deze last strekt – het heersend erf – is kenmerkend voor erfdienstbaarheden. De last die op het dienend erf drukt, vormt uitsluitend een recht ten behoeve van het heersend erf en niet tevens een recht ten behoeve van andere erven. Zoals uit het voorbeeld blijkt, komt het voormelde verband tussen de erfdienstbaarheid enerzijds en het dienend en heersend erf anderzijds ook op andere wijze tot uiting. De erfdienstbaarheid volgt als goederenrechtelijk recht namelijk vanzelf de eigendom van de erven. Indien A zijn perceel in eigendom overdraagt aan mevrouw Y, verkrijgt Y mét de eigendom van perceel A tevens het recht van overpad op perceel B. Hetzelfde geldt als B zijn perceel B aan Z overdraagt. Z krijgt perceel B geleverd bezwaard met de erfdienstbaarheid van overpad.

Een tweede kenmerk van erfdienstbaarheden is dat de mogelijke inhoud van erfdienstbaarheden weliswaar zeer breed is, maar door art. 5:71 BW toch enigszins wordt beperkt. Uitgangspunt van de wet is namelijk, dat de last van een erfdienstbaarheid uitsluitend kan bestaan uit een *dulden* of een *niet-doen*.

### ■ Voorbeeld

De buurman B in het vorige voorbeeld *duldt* dat op grond van het recht van overpad buurman A over perceel B loopt.

A en B kunnen ook een erfdienstbaarheid vestigen, op grond waarvan B op het hele perceel B geen bomen zal planten (een *niet-doen*).

A en B kunnen echter géén erfdienstbaarheid overeenkomen op grond waarvan B verplicht is wekelijks een taart bij A langs te brengen of op perceel B een tuinfeest te organiseren. Beide verplichtingen vormen immers een ‘doen’.

De wet kent op dit uitgangspunt enkele uitzonderingen. De last van een erfdienstbaarheid kan in afwijking van het voorgaande ook inhouden, dat de eigenaar van het dienend erf:

- op het dienend erf gebouwen, werken of beplantingen aanbrengt die vereist zijn voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid; of
- het onderhoud aan gebouwen, werken of beplantingen op het dienend erf verricht.

Deze verplichtingen vormen dus de enige mogelijke lasten uit hoofde van een erfdienstbaarheid die bestaat uit een *doen*.

#### ■ Voorbeeld

De heer A wil graag zijn auto dicht bij huis kunnen parkeren, maar zijn eigen perceel is te klein voor de realisatie van een garagebox. Buurman B heeft daarentegen ruimte genoeg op zijn terrein. A en B kunnen een erfdienstbaarheid vestigen ten laste van het perceel B (het dienend erf) en ten behoeve van perceel A (het heersend erf) bestaande uit de last, dat B zal dulden dat A zijn auto in een garagebox op perceel B parkeert. Indien op perceel B geen garagebox aanwezig is, kunnen A en B tevens overeenkomen dat van de erfdienstbaarheid deel uitmaakt de verplichting van B om op perceel B een garagebox te realiseren en deze ook te onderhouden.

Dat B in het vorenstaande voorbeeld zijn medewerking wil verlenen, zal over het algemeen niet voortvloeien uit een filantropische gemoedstoestand. Hij zal daarom een vergoeding willen hebben in ruil voor de vestiging en eventueel het voortbestaan van de erfdienstbaarheid, als ook voor de bouw van de garagebox. Partijen kunnen in het kader van de vestiging van de erfdienstbaarheid overeenkomen dat de eigenaar van het heersend erf (A) aan de eigenaar van het dienend erf (B) al dan niet periodiek een geldsom – de retributie – verschuldigd is. Indien zij dit inderdaad als onderdeel van de erfdienstbaarheid overeenkomen, heeft dat voor de eigenaar van het dienend erf het voordeel dat vanzelf ook opvolgende eigenaren van het heersend erf verplicht zijn deze retributie te voldoen.

Erfdienstbaarheden kunnen ontstaan door vestiging en door tijdsverloop (verjaring). Deze laatste ontstaansgrond is juridisch complex en bij tijd en wijle een bron van hoog oplopende rechtszaken. De ontstaanswijze van de verjaring blijft hier verder onbesproken. De andere ontstaanswijze van erfdienstbaarheden – vestiging – vindt op dezelfde wijze plaats als bij alle goederenrechtelijke rechten op vastgoed: door middel van het passeren van een notariële akte (waarin de erfdienstbaarheid en de betrokken percelen nader worden omschreven) en inschrijving daarvan in de openbare registers (kadaster).

Een groot gedeelte van de bestaande erfdienstbaarheden is kenbaar uit de openbare registers (kadaster). Soms zijn deze woordelijk opgenomen in de (leverings)akten die als laatste voor het betrokken perceel zijn ingeschreven in de openbare registers. Het kadaster verricht echter op verzoek ook een zogeheten *erfdienstbaarhedenonderzoek*, waarbij alle in de registers ingeschreven akten met betrekking tot een bepaald perceel worden bestudeerd. Een dergelijk onderzoek zal meestal alle bestaande erfdienstbaarheden aan het licht brengen.

#### Burenrecht

De wet geeft in art. 5:37 e.v. BW een aantal regels met betrekking tot in de nabijheid gelegen percelen. In zijn algemeenheid verbiedt de wet een eigenaar om eigenaars van andere erven hinder toe te brengen, bij-

voorbeeld door geluidsoverlast, stank of rook. Daarnaast kent de wet ook een aantal specifieke bepalingen. Een eigenaar mag bijvoorbeeld niet binnen twee meter van de grens van een naastgelegen erf zónder toestemming van de eigenaar van dat naastgelegen erf bomen of heggen plaatsen, doorzichtige vensters hebben of een balkon aanbrengen. Deze wettelijke regels worden tezamen het *burenrecht* genoemd. Het burenrecht bevat voornamelijk verbodsbepalingen die tussen eigenaren van naburige erven gelden, voor zover door een eigenaar aan een andere eigenaar geen toestemming is verleend tot het mogen handelen in strijd met het burenrecht. De bepalingen van het burenrecht gelden dus voor zover tussen de desbetreffende eigenaren geen andere (afwijkende) afspraken bestaan.

Zoals hiervoor reeds is gezegd, bestaat het verband tussen het burenrecht en erfdiensbaarheden daaruit, dat (ook) door middel van een erfdiensbaarheid een eigenaar van een erf een andere eigenaar toestemming kan verlenen voor het handelen in strijd met het burenrecht. Het is niet wettelijk verplicht om een dergelijke afwijkende afspraak door middel van een erfdiensbaarheid te regelen, maar het voordeel daarvan is dat – als goederenrechtelijk recht – ook opvolgende eigenaren steeds gebonden zijn aan de eerder door middel van de erfdiensbaarheid verleende ‘toestemming’. In de vastgoedpraktijk is vestiging van een erfdiensbaarheid dan ook hét juridische instrument om strijd met het burenrecht op te heffen.

### 1.2.6 **Kwalitatieve verplichtingen**

In 1.2.1 is besproken dat op het strikte juridische onderscheid tussen persoonlijke en goederenrechtelijke rechten en verplichtingen een zeer bescheiden aantal (wettelijke) uitzonderingen bestaat. Eén van die uitzonderingen wordt gevormd door de *kwalitatieve verplichting*: een persoonlijke verplichting die niettemin goederenrechtelijke eigenschappen heeft. Met ‘kwalitatief’ is bedoeld dat de betreffende verplichting een last vormt, die als het ware rust op de onroerende zaak waarop zij betrekking heeft. Juridisch is dit eigenlijk niet juist – een kwalitatieve verplichting blijft een persoonlijke verplichting en ‘rust’ derhalve niet op een onroerende zaak – maar wat betreft de juridische gevolgen is de werking van een kwalitatieve verplichting vrijwel gelijk aan een goederenrechtelijk werkende verplichting. De consequentie daarvan is dat een opvolgende eigenaar, die bij het aangaan van de desbetreffende verplichting door de vorige eigenaar geen partij was, van rechtswege gebonden raakt aan de kwalitatieve verplichting.

Het spreekt voor zich dat de inhoud van een kwalitatieve verplichting zeer bezwarend kan zijn voor een nieuwe eigenaar. Art. 6:252 BW stelt dan ook strikte eisen aan het kwalitatieve karakter van een dergelijke verplichting. De inhoud van een kwalitatieve verplichting kan bijvoorbeeld uitsluitend bestaan uit een dulden of niet-doen (overeenkomstig een erfdiensbaarheid, zie 1.2.5).

Conform de vestiging van een goederenrechtelijk recht dient voor de kwalitatieve werking van de verplichting een notariële akte te worden opgemaakt en moet deze akte in de openbare registers (kadaster) worden ingeschreven. Een kwalitatieve verplichting met betrekking tot een onroerende zaak is daarom steeds kenbaar uit de openbare registers (kadaster).

### ■ Voorbeeld

De familie A heeft gedurende vele generaties landgoed X in eigendom gehouden. De familienaam prijkt dan ook op het fraaie toegangshek en in de gevel van het landhuis. De familie wenst nu het landgoed in eigendom over te dragen, maar wil de familienaam feitelijk verbonden houden aan het landgoed. Ten behoeve van het behoud van de naam in het toegangshek en de gevel kan de familie met de toekomstige eigenaar van het landgoed een kwalitatieve verplichting overeenkomen. De inhoud van deze kwalitatieve verplichting kan daaruit bestaan, dat de nieuwe eigenaar en de eventuele opvolgende eigenaren de familienaam niet zullen verwijderen van het hek of de gevel. De verplichting behelst derhalve een dulden en een niet-doen.

De inhoudelijke en vormvereisten van de kwalitatieve verplichting lijken sterk op die van erfdiensbaarheden. In veel gevallen is vestiging van een erfdiensbaarheid dan ook een alternatief voor een kwalitatieve verplichting. Toch is er in de praktische toepasbaarheid één wezenlijk verschil tussen een kwalitatieve verplichting en een erfdiensbaarheid. Voor een erfdiensbaarheid is zowel een dienend als een heersend erf nodig. Een heersend erf ontbreekt echter als vereiste bij de kwalitatieve verplichting. De kwalitatieve verplichting strekt immers niet ten behoeve van een perceel of onroerende zaak (zoals een erfdiensbaarheid), maar ten behoeve van een persoon.

#### 1.2.7 Kettingbedingen

In de praktijk komt het vaak voor dat partijen verplichtingen met betrekking tot een onroerende zaak overeen willen komen die zich niet lenen voor (semi-)goederenrechtelijke werking door middel van bijvoorbeeld erfdiensbaarheden of kwalitatieve verplichtingen. De verplichtingen die (semi-)goederenrechtelijke werking kunnen hebben, zijn immers vrijwel altijd dwingendrechtelijk beperkt tot een *dulden* of een *niet-doen*. Verplichtingen bestaande uit een *doen* (denk daarbij aan een verplichting tot bodemsanering of een bouwverplichting) kunnen dus slechts in uitzonderingsgevallen als goederenrechtelijke verplichting overeengekomen worden. Vaak is echter wél gewenst dat ook deze verplichtingen tot een doen – als *persoonlijke* verplichting – zullen worden doorgegeven aan opvolgende eigenaren van die onroerende zaak. Persoonlijke verplichtingen gaan nochtans nooit van rechtswege over op opvolgende eigenaren van een onroerende zaak; als gezegd kan daarvan uitsluitend sprake zijn bij (semi-)goederenrechtelijke verplichtingen. De overgang van deze persoonlijke verplichtingen op een opvolgende eigenaar zal dan ook op andere wijze dienen te geschieden. In de praktijk gebeurt deze overgang van verplichtingen:

- door middel van een zogeheten derdenbeding (art. 6:253 t/m 256 BW), waarbij door de eigenaar die overdraagt (B) bij de opvolgende eigenaar (C) wordt bedongen, dat de derde (A, oorspronkelijke schuldeiser van B) een eigen recht op nakoming van de verplichting heeft op C. Echter, A dient het verkregen recht wel nog te aanvaarden; of
- door schuldovername (art. 6:155 t/m 158 BW), waarbij de oorspronkelijke verplichting (schuld) van de eigenaar die overdraagt (B) wordt overgenomen door de opvolgende eigenaar (C). De oorspronkelijke eigenaar van B (A) dient wel toestemming te verlenen aan deze schuldovername.

### ■ Voorbeeld

De gemeente A verkoopt en levert de eigendom van een perceel bouwgrond aan ondernemer B, onder de verplichting op dit perceel een winkelcentrum te realiseren. Deze verplichting betreft een actieve handeling die door B moet worden verricht, zodat de gemeente A niet de mogelijkheid heeft de verplichting aan B op te leggen als (semi-)goederenrechtelijke verplichting. Vanzelfsprekend is B als schuldenaar van deze – persoonlijke – verplichting jegens de gemeente gehouden deze na te komen en dientengevolge verplicht op het perceel een winkelcentrum te realiseren. Indien B echter vóór het moment van realisatie van het winkelcentrum het perceel bouwgrond aan C overdraagt, is C voor wat betreft de bouwplicht niet aan de overeenkomst tussen de gemeente A en ondernemer B gebonden. C is immers geen partij bij die overeenkomst en heeft dus ook geen bouwverplichting jegens de gemeente. Dit wordt echter anders indien in het kader van de (koop)overeenkomst en de levering van de bouwgrond tussen B en C de bouwverplichting van B door middel van schuldovername overgaat op C (dan wel deze verplichting als derdenbeding ten behoeve van A aan C wordt opgelegd). De verplichting van B jegens de gemeente A gaat aldus over op C en vanaf het moment van deze schuldovername (of ten gevolge van het derdenbeding) is C dan ook jegens de gemeente gehouden tot nakoming van de bouwverplichting.

In dit voorbeeld gaat de verplichting van B contractueel over op de nieuwe eigenaar (C). Vrijwel altijd zal B zich jegens A ook verplicht hebben om deze verplichting ‘door te geven’ aan een nieuwe eigenaar (C). Dezelfde verplichting tot doorgave bij een opvolgende overdracht aan D rust vervolgens ook weer op de nieuwe eigenaar (C). Deze aanschakeling van de doorgifteplicht van een persoonlijke verplichting wordt vrij beeldend een *kettingbeding* genoemd.

Het is van belang om te beseffen dat de verplichting uit een kettingbeding (dus de doorgifteplicht van een persoonlijke verplichting ten behoeve van een derde – in vorenstaand voorbeeld de gemeente A) géén verplichting is waar een toekomstige, opvolgende eigenaar zonder meer aan gebonden is. Een huidige eigenaar zou namelijk kunnen verzuimen deze doorgifteverplichting uit het kettingbeding op te leggen aan de opvolgende eigenaar. De ‘ketting’ wordt alsdan als het ware verbroken. De huidige eigenaar zal in dat geval weliswaar wanprestatie jegens de schuldeiser (A) plegen, maar dat neemt niet weg dat de opvolgende eigenaar niet langer aan het kettingbeding en de daarmee verbonden persoonlijke verplichting gebonden is. Daarom bevatten de meeste kettingbedingen naast de doorgifteplicht tevens een boetebeding. De eigenaar die verzuimt een kettingbeding juist door te geven aan een opvolgende eigenaar, is in dat geval een hoge boete verschuldigd aan de schuldeiser (zie voor het boetebeding in koopovereenkomsten 1.4.6 onder het kopje ‘Tekortschieten en boete’).

Een probleem van kettingbedingen is dat deze uitsluitend van persoonlijke aard zijn en dientengevolge niet zelfstandig inschrijfbaar zijn in de openbare registers (kadaster). In de praktijk worden kettingbedingen en de daarmee verbonden persoonlijke verplichtingen desondanks vaak wel ingeschreven in de openbare registers. Dat gebeurt door middel van notariële akten (bijvoorbeeld een leveringsakte) waarin wél inschrijfbaar feitelijk zijn opgenomen, waarbij de betreffende akten ‘toevallig’ ook kettingbedingen bevatten. Indien partijen dus niet tevens een in de openbare registers inschrijfbaar feit overeenkomen, kunnen



zij geen kettingbeding of een daarmee verbonden persoonlijke verplichting inschrijven. Kopers van onroerend goed die de openbare registers raadplegen kunnen dan ook niet altijd bekend zijn met het bestaan van dergelijke bedingen, waardoor het risico van het in de toekomst doorbreken van het kettingbeding uiteraard groter wordt.

### 1.2.8 Economische eigendom

De term 'economische eigendom' is een enigszins verwarrende, niet uit het privaatrecht maar uit de fiscale rechtspraak afkomstige term. Anders dan deze doet vermoeden is – privaatrechtelijk beschouwd – bij economische eigendom in het geheel geen sprake van juridische eigendom bij de economisch eigenaar en ontbreekt bij deze 'eigenaar' zelfs iedere goederenrechtelijke gerechtigdheid tot de onroerende zaak waarvan hij economisch eigenaar is.

Het feit dat niet de economisch eigenaar de juridisch eigenaar van een onroerende zaak is, betekent vanzelfsprekend tevens dat een andere partij juridisch eigenaar is. De economisch eigenaar heeft uitsluitend een *persoonlijk* recht jegens de juridisch eigenaar. Een gevolg daarvan is dat de economische eigendom ook niet wordt ingeschreven in de openbare registers (kadaster). Persoonlijke rechten zijn immers slechts in bijzondere, in de wet geregelde gevallen inschrijfbaar.

Hiermee is uitsluitend iets gezegd over de privaatrechtelijke kwalificatie van de economische eigendom – géén goederenrechtelijk, maar een persoonlijk recht jegens de juridisch eigenaar – maar nog niets over de inhoud van de economische eigendom. Met *economische eigendom* wordt de situatie bedoeld dat het economische belang van een onroerende zaak aan de economisch eigenaar toekomt en niet aan de juridisch eigenaar. Onder 'economisch belang' valt bijvoorbeeld het risico van waardeverandering van een onroerende zaak en de gerechtigdheid tot de opbrengsten uit een onroerende zaak. De scheiding tussen economische en juridische eigendom betekent dan ook dat er een scheiding plaats heeft tussen enerzijds het economische belang en anderzijds de (juridische) machtsoefening over de desbetreffende onroerende zaak. Ondanks de economische gerechtigdheid van de economisch eigenaar blijft de juridisch eigenaar immers beschikkingsbevoegd over de onroerende zaak en kan hij deze overdragen aan derden of bezwaren met een goederenrechtelijk recht.

### 1.3 Betrokken partijen bij de overdracht

We bespreken in deze paragraaf wie als partij betrokken is bij de overdracht van eigendom. Daarbij ligt de nadruk op de voorwaarden en beperkingen, zoals die gelden als een bepaalde partij – bijvoorbeeld een natuurlijk persoon die een woning koopt of de vennootschap die een bedrijfspand overdraagt – met betrekking tot vastgoed rechtshandelingen verricht. Hierbij komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- natuurlijke personen als verkoper of koper (1.3.1);
- rechtspersonen als verkoper of koper (1.3.2);
- vertegenwoordiging en de nader te noemen meester (1.3.3).



### 1.3.1 **Natuurlijke personen als verkoper of koper**

Het uitgangspunt van de wet is dat alle natuurlijke personen – bijvoorbeeld u en ik – rechtsgeldige rechtshandelingen kunnen verrichten. Natuurlijke personen kunnen een aanbod doen of aanvaarden, overeenkomsten nakomen en eigendom overdragen. Op dit algemene uitgangspunt van *handelingsbekwaamheid* – niet te verwarren met *beschikingsbevoegdheid*, zie 1.2 – bestaat een aantal uitzonderingen.

Ten eerste kunnen minderjarigen slechts in uitzonderingsgevallen zelfstandig onaantastbare rechtshandelingen verrichten en worden dan ook vertegenwoordigd door hun wettelijk vertegenwoordiger, meestal een ouder (art. 1:253i BW). Wél dient door een wettelijk vertegenwoordiger vrijwel altijd machtiging van de kantonrechter gevraagd te worden voor het aangaan van overeenkomsten strekkende tot beschikking over goederen van de minderjarige, zoals het sluiten van een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak (art. 1:253k jo. 1:345 BW).

Ten tweede kunnen personen die onder curatele zijn gesteld of wier vermogen onder bewind is gesteld, evenmin zelfstandig rechtshandelingen verrichten met betrekking tot hun vermogen. De onder curatele gestelde wordt zelfstandig vertegenwoordigd door een curator, waarbij art. 1:345 BW eveneens van toepassing is (art. 1:386 BW). Een bewindvoerder daarentegen kan uitsluitend tezamen met degene wiens vermogen onder bewind is gesteld overeenkomsten aangaan, die verplichten tot beschikking over een goed (bijvoorbeeld een koopovereenkomst). Eventueel kan de medewerking van degene wiens vermogen onder bewind is gesteld worden vervangen door machtiging van de kantonrechter.

Tot slot vraagt het roemruchte art. 1:88 lid 1 sub a BW onze aandacht. Op grond van dit artikel kan een echtgenoot zónder toestemming van de andere echtgenoot geen overeenkomsten aangaan die strekken tot vervreemding (koopovereenkomst), bezwaring (met bijvoorbeeld een hypotheekrecht) of ingebruikgeving aan derden (huurovereenkomst) van de echtelijke woning. Let wel: deze bepaling geldt ongeacht welke echtgenoot eigenaar is van de woning en ongeacht het huwelijksgoederenregime waaronder de echtgenoten zijn gehuwd! De sanctie op niet-naleving van dit wetsartikel is vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst door de andere echtgenoot (art. 1:89 BW). Het verlenen van de toestemming tot verkoop van de echtelijke woning moet wettelijk verplicht schriftelijk gebeuren (art. 7:2 jo. 1:88 lid 3 BW).

#### ■ **Voorbeeld**

De heer A is gehuwd met mevrouw B. De echtelieden zijn gehuwd onder 'koude uitsluiting', zodat ten gevolge van hun huwelijk geen enkel goed gemeenschappelijk is geworden. Mevrouw B is eigenaar van de woning, waarin zij en haar echtgenoot wonen. Indien mevrouw B de woning wil verkopen aan de heer C, zal A uiterlijk ten tijde van het ondertekenen van de schriftelijke koopovereenkomst (art. 7:2 BW) schriftelijk toestemming moeten verlenen tot deze verkoop. Ontbreekt deze toestemming bij het aangaan van de koopovereenkomst (of is deze slechts mondeling verleend), dan loopt C het risico dat A op een later moment de koopovereenkomst tussen B en C vernietigt.

### 1.3.2 **Rechtspersonen als verkoper of koper**

Rechtspersonen – de nv, bv, stichting, vereniging en coöperatie – worden bij hun handelen uiteindelijk altijd vertegenwoordigd door één of meer natuurlijke personen (bestuurders of gevolmachtigden).

Een enkele uitzondering daargelaten – de vereniging zonder in een notariële akte neergelegde statuten en de Vereniging van Eigenaars bij appartementsrechten – zijn rechtspersonen steeds ingeschreven in het (openbare) handelsregister gehouden door de Kamers van Koophandel. Uit deze inschrijving blijkt tevens wie bestuurder(s) van de rechtspersoon is (zijn). Ook de statuten van de rechtspersoon zijn bij het handelsregister ingeschreven en voor eenieder in te zien en op te vragen, hetgeen van belang kan zijn voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en bestuurders en de hierna te bespreken statutaire doelstelling van een rechtspersoon. Bij de vertegenwoordiging van een rechtspersoon is het *bestuur* – als orgaan van de rechtspersoon – steeds bevoegd de rechtspersoon naar buiten toe te vertegenwoordigen. Individuele of gezamenlijk handelende *bestuurders* van een vereniging of stichting zijn eveneens tot vertegenwoordiging bevoegd, indien dat uitdrukkelijk is bepaald in de statuten. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders van een vereniging of stichting kan voor wat betreft het verkrijgen en vervreemden van onroerend goed bovendien aan statutaire voorwaarden en beperkingen zijn gebonden (art. 2:45 lid 2 BW). Voor bestuurders van de nv en bv geldt het tegenovergestelde: zij zijn steeds ieder zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd, tenzij in de statuten anders is bepaald (art. 2:130 lid 2 en 240 lid 2 BW). De vertegenwoordigingsbevoegdheid van gevolmachtigden (procuratiehouders) ten slotte kan op tal van manieren zijn beperkt, zodat daarvoor steeds de desbetreffende volmacht moet worden bestudeerd.

Welke beperkingen gelden met betrekking tot het verkrijgen van onroerend goed door rechtspersonen? Onder de hierna te bespreken voorwaarden kan in beginsel iedere rechtspersoon onroerend goed verkrijgen en vervreemden, met uitzondering van de vereniging zónder notariële vastgelegde statuten (art. 2:30 BW). Voor de vereniging mét notariële statuten en de stichting geldt bovendien, dat uitdrukkelijk uit de statuten moet volgen dat zij onroerend goed kunnen verkrijgen en vervreemden (art. 2:44 lid 2 en 291 lid 2 BW). Daarnaast geldt voor alle rechtspersonen dat het verkrijgen en vervreemden van onroerend goed nooit in strijd mag zijn met het algemene statutaire doel van de rechtspersoon (art. 2:7 BW). Dit laatste is een enkele keer lastig te beoordelen. Een vennootschap die zich volgens haar statutaire doelstelling richt op de handel in exclusieve wijnen zal overeenkomstig haar doelstelling handelen bij het verkrijgen van een wijnkelder ten behoeve van opslag van haar handelswaar. Maar geldt dat ook voor het verkrijgen van de naastgelegen golfbaan, waarop cliënten en werknemers – de bestuurders voorop – zich aangenaam kunnen verpozen? De sanctie op overtreding van het verbod op doeloverschrijding is vernietigbaarheid van de verrichte rechtshandeling namens de rechtspersoon, zodat een foutieve beoordeling ingrijpende gevolgen kan hebben.

Er spelen nog meer zaken een rol bij de vertegenwoordiging van en het handelen met een rechtspersoon, maar die worden in het kader van dit boek niet nader behandeld.

Tot slot bestaat voor de nv en de bv een enkele maal het probleem van de 'nachgründung' (art. 2:94c en 2:204c BW). Samengevat betreft dit de situatie dat door een vennootschap binnen twee jaar na inschrijving van die vennootschap in het handelsregister onroerend goed wordt verkregen, dat één jaar voor de oprichting toebehoorde (voor wat betreft de nv) aan een oprichter dan wel (voor wat betreft de bv) aan een oprichter of aandeelhouder. Dergelijke transacties hebben op grond van het tegenstrijdig belang tussen de oprichter (en voor de bv tevens de aandeelhouder) enerzijds en de vennootschap anderzijds de schijn in zekere zin tégen. De oprichter of aandeelhouder zou immers geneigd kunnen zijn om met 'zijn' vennootschap transacties aan te gaan die voor hem uiterst gunstig kunnen zijn, maar voor de vennootschap zonder meer nadelig. Indien door een vennootschap in strijd met art. 2:94c respectievelijk 2:204c BW is gehandeld, kan een overeenkomst op grond waarvan door de vennootschap onroerend goed werd verkregen, door de vennootschap worden vernietigd. Dit kan zelfs nadat de verkrijgende vennootschap het onroerend goed weer aan derden heeft overgedragen, zodat problemen met betrekking tot nachgründung zich tot de verre toekomst kunnen uitstrekken.

Om te voorkomen dat in strijd met art. 2:94c respectievelijk 2:204c BW wordt gehandeld, dient daarom steeds de wettelijke regeling gevolgd te worden. De verkrijgende vennootschap kan goedkeuring aan de algemene vergadering van aandeelhouders vragen, nadat door de vennootschap een beschrijving van het onroerend goed wordt opgesteld conform de wettelijke bepalingen, dan wel dient een accountantsverklaring terzake de waarde van het onroerend goed te worden afgegeven.

### 1.3.3 **Vertegenwoordiging en de nader te noemen meester**

In plaats van zélf rechtshandelingen te verrichten, kan een partij bij het verrichten daarvan worden vertegenwoordigd door een ander. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging kan uit verschillende gronden voortvloeien, maar de belangrijkste is zonder meer de vertegenwoordiging uit hoofde van volmacht. *Volmacht* is de bevoegdheid die een volmachtgever verleent aan een ander om in zijn naam rechtshandelingen te verrichten (art. 3:60 BW). Voor zover de gevolmachtigde vervolgens handelt in naam van de volmachtgever en binnen de voorwaarden van de verleende volmacht, is deze rechtshandeling juridisch door de volmachtgever verricht en niet door de gevolmachtigde (art. 3:66 BW). De gevolmachtigde is in dat geval op geen enkele wijze partij bij de rechtshandeling of de daardoor eventueel ontstane overeenkomst. Indien de gevolmachtigde echter heeft gehandeld in strijd met de inhoud van de volmacht (of zelfs zónder dat sprake was van enige volmacht), dan raakt de volmachtgever in beginsel niet gebonden.

#### ■ **Voorbeeld**

De heer A verstrekt aan de heer B een volmacht tot verkoop van een perceel grond. Bij de volmachtverlening aan B is uitdrukkelijk bepaald, dat het perceel grond voor ten minste €20.000 aan derden dient te worden verkocht. B – handelend als gevolmachtigde van A – sluit uiteindelijk een koopovereenkomst met C, waarbij het perceel wordt verkocht voor €22.000. De koopovereenkomst komt zodoende rechtstreeks tot stand tussen A en C.

Stel dat B het perceel voor slechts €18.000 aan C heeft verkocht. B heeft dan een rechtshandeling verricht in strijd met de inhoud van de volmacht en is zodoende buiten zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid getreden. Een koopovereenkomst tussen A en C komt dan ook niet tot stand. Evenmin komt er een overeenkomst tussen B en C tot stand. B handelde jegens C immers uitdrukkelijk niet namens zichzelf. C staat echter niet helemaal met lege handen; B loopt het risico door C te worden aangesproken tot schadevergoeding, omdat B als gevolmachtigde dient in te staan voor het bestaan en de omvang van diens volmacht (art. 3:70 BW).

Slechts in zeldzame gevallen stelt de wet vormvoorschriften voor volmachtverlening (bijvoorbeeld in geval van hypotheekverlening, art. 3:260 lid 3 BW). Volmachtverlening kan dus meestal ook mondeling geschieden. Dat neemt niet weg dat een wederpartij steeds om bewijs van de volmacht kan vragen (art. 3:71 BW).

Een bijzondere vorm van vertegenwoordiging is de zogeheten *nader te noemen meester*. Een partij (bijvoorbeeld een koper van een onroerende zaak) treedt daarbij op als gevolmachtigde voor een andere partij, zonder dat voor de wederpartij (bijvoorbeeld de verkoper) direct duidelijk is wie de volmachtgever is. Op enig moment zal de gevolmachtigde aan de wederpartij kenbaar maken, namens wie hij de rechtshandeling heeft verricht en treden alle hiervoor beschreven gevolgen van de vertegenwoordiging in werking. Dit alles lijkt wellicht een enigszins geheimzinnige wijze van vertegenwoordiging, maar is in de commerciële-vastgoedpraktijk volstrekt gebruikelijk. Meestal liggen zeer pragmatische redenen ten grondslag aan deze wijze van vertegenwoordiging, bijvoorbeeld omdat een 'koper' een gekochte onroerende zaak wil laten leveren aan een nog onbekende vennootschap binnen zijn concern.

## 1.4 Koopovereenkomst

In deze paragraaf wordt de koopovereenkomst besproken. In 1.4.1 tot en met 1.4.5 behandelen we de *totstandkoming* van een rechtsgeldige koopovereenkomst en de juridische consequenties van eventuele gebreken in dit totstandkomingsproces. In 1.4.6 bespreken we vervolgens de mogelijke *inhoud* van een koopovereenkomst, zoals deze tussen partijen van kracht is geworden als gevolg van de door hen verrichte rechtshandelingen.

### 1.4.1 Sluiten van een koopovereenkomst

Het wettelijke uitgangspunt bij het sluiten van overeenkomsten is, dat het aangaan van overeenkomsten door de betrokken partijen *vormvrij* kan gebeuren. Dit wil zoveel zeggen als dat door de partijen, bijvoorbeeld een koper en een verkoper, geen formaliteiten hoeven te worden verricht om een rechtsgeldige overeenkomst tot stand te kunnen brengen. Het enige vereiste voor de totstandkoming van een overeenkomst is dat de ene partij een aanbod heeft gedaan, welk aanbod door de wederpartij is aanvaard (art. 6:217 BW). Een overeenkomst komt dus tot stand door het enkele feit dat een aanbod wordt aanvaard. De wijze waarop dit aanbod en deze aanvaarding kenbaar worden gemaakt aan

de wederpartij is echter vormvrij, zodat partijen alle denkbare manieren van communicatie kunnen gebruiken voor het tot stand brengen van een – bindende – overeenkomst. Dat geldt dus ook voor het mondelinge aanbod en de mondelinge aanvaarding daarvan. Het feit dat een mondelinge overeenkomst vervolgens vaak wordt uitgewerkt in een schriftelijke overeenkomst, neemt niet weg dat de mondelinge overeenkomst tussen partijen al bindend was.

Dit uitgangspunt – het aangaan van overeenkomsten is vormvrij – geldt in beginsel ook voor koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken. Sinds 1 september 2003 kent de wet voor de koop van woningen door particulieren echter een uitzondering op deze vormvrijheid : deze koopovereenkomst komt tot stand door middel van een schriftelijke overeenkomst. Het aanbod en de aanvaarding voor de particuliere woningkoop moeten dus in een schriftelijke koopovereenkomst worden opgenomen (zie 1.4.4), terwijl koopovereenkomsten met betrekking tot ander onroerend goed of met niet-particuliere kopers nog steeds vormvrij zijn.

#### ■ Voorbeeld

Verkoper A wenst zijn winkelpand te verkopen aan B. A doet aan B telefonisch het aanbod om het winkelpand voor €350.000 te kopen, welk aanbod B ook mondeling aanvaardt. Door het mondelinge aanbod van A en de mondelinge aanvaarding daarvan door B, komt tussen A en B een koopovereenkomst met betrekking tot het winkelpand tot stand. Vanzelfsprekend mógen A en B ook schriftelijk een koopovereenkomst aangaan (of de eerdere mondelinge overeenkomst in een schriftelijke overeenkomst neerleggen), maar een juridisch vereiste is dit niet.

Indien A echter geen winkelpand in de aanbieding heeft maar een woning, en B als particulier deze woning wil kopen, dan is het wettelijk verplicht een schriftelijke koopovereenkomst aan te gaan, bij gebreke waarvan geen overeenkomst tussen hen tot stand komt.

Vrijwel steeds zal tussen de partijen die een overeenkomst sluiten wilsovereenstemming bestaan. Een absolute voorwaarde voor de totstandkoming van een overeenkomst is een dergelijke wilsovereenstemming echter niet. Een voorbeeld daarvan is dat een koper abusievelijk mondeling of schriftelijk verklaart akkoord te gaan met een aanbod van een verkoper, terwijl de koper wilde verklaren *niet* akkoord te gaan. Indien het aanbod van de verkoper een reëel aanbod was en hij ook anderszins niet behoefde te twijfelen aan de aanvaarding door de koper, ontstaat een rechtsgeldige overeenkomst tussen partijen, ondanks dat er géén wilsovereenstemming bestond (art. 3:35 BW). Vanzelfsprekend is dit in de praktijk een zeldzame uitzondering.

### 1.4.2 Precontractuele fase en afgebroken onderhandelingen

Het in 1.4.1 beschreven wettelijke systeem van aanbod en aanvaarding van dat aanbod, om zodoende een overeenkomst te sluiten, is voor veel vastgoedovereenkomsten een sterke simplificatie van de werkelijkheid. Bij eenvoudige overeenkomsten, bijvoorbeeld de koop van een brood of dit boek, is dit systeem in het maatschappelijk verkeer nog wel als zodanig herkenbaar. Bij een complexe vastgoedovereenkomst bestaat de ‘deal’ echter uit zoveel verschillende onderdelen, dat vaak helemaal

niet zo duidelijk is op welk moment de overeenkomst daadwerkelijk tot stand is gekomen. Enerzijds zal overeenstemming moeten bestaan over een aantal essentiële onderdelen van de te sluiten overeenkomst, anderzijds hoeft niet ieder detail te zijn uitgewerkt voordat de overeenkomst tussen partijen ontstaat.

De vraag is dus wélke elementen van een (koop)overeenkomst zodanig essentieel zijn dat daarover overeenstemming moet bestaan voordat sprake is van een overeenkomst (de 'essentialia'). Voor (ver)koop van eenvoudig vastgoed zijn dat in elk geval de vaststelling welk object verkocht wordt en de koopsom daarvan, maar bij complexere transacties kunnen daar soms vele aspecten aan worden toegevoegd. Voor wat betreft de koopprijs wordt overigens incidenteel verdedigd dat vaststelling daarvan niet essentieel is voor de totstandkoming van een koopovereenkomst, omdat art. 7:4 BW in zijn algemeenheid bepaalt dat in dat geval door de koper een 'redelijke prijs' verschuldigd is. Bij vastgoed lijkt toepasselijkheid van dat artikel echter niet goed denkbaar.

Zolang de overeenkomst nog niet tot stand is gekomen, is sprake van de *precontractuele fase*. In deze fase onderhandelen partijen met elkaar en bestaat (nog) geen contractuele binding. Dat neemt niet weg dat op grond van jurisprudentie van onder meer de Hoge Raad het onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn om de onderhandelingen eenzijdig te beëindigen. Zeker in de situatie dat een van partijen er redelijkerwijs op mocht vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen, bestaat het risico dat deze partij zich terecht op onrechtmatig handelen van de wederpartij beroept, indien deze laatste de onderhandelingen zomaar afbreekt.

In de jurisprudentie en de rechtswetenschap worden voor (ingewikkelde) onderhandelingen de volgende drie precontractuele fasen onderscheiden:

- 1 Partijen worden het niet eens over de essentiële onderdelen van een te sluiten overeenkomst en kunnen dus ieder eenzijdig en zonder enige verplichting de onderhandelingen beëindigen.
- 2 Partijen hebben enige tijd met elkaar onderhandeld en een of beide partijen hebben in het kader daarvan ook kosten gemaakt. De partij die de onderhandelingen wenst af te breken dient vergoeding van de kosten van de wederpartij aan te bieden.
- 3 Partijen hebben zodanig onderhandeld, dat zij erop mochten vertrouwen dat er ten minste 'een' overeenkomst tot stand zou komen. De partij die de onderhandelingen wenst af te breken zal aan de wederpartij vergoeding van het positieve contractbelang (gederfde winst) moeten aanbieden.

Overigens valt op te merken dat in de rechtswetenschap onevenredig veel aandacht is besteed aan afgebroken onderhandelingen. Het aantal gevallen waarin op grond van de vorenomschreven *drie-fasenleer* daadwerkelijk een vorm van schadevergoeding door rechters is toegekend, lijkt minimaal. Ook de dagelijkse praktijk lijkt erop te wijzen dat – in ieder geval binnen het vastgoed – het uitkeren van enige vergoeding aan de wederpartij na het afbreken van onderhandelingen slechts uiterst incidenteel gebeurt.

### 1.4.3 Gebondenheid aan een aanbod

Door de aanvaarding van een aanbod komt tussen de desbetreffende partijen een overeenkomst tot stand. In hoeverre is een aanbod door – bijvoorbeeld – een verkoper vóór de aanvaarding door de (potentiële) koper eenzijdig bindend voor deze verkoper? Het kan bijvoorbeeld zijn dat de koper eendeloos treuzelt met de aanvaarding of afwijzing van het door de verkoper gedane aanbod. Wat is in dat geval de positie van de verkoper? Vanzelfsprekend geldt dezelfde vraag ook indien de (potentiële) koper een aanbod aan de verkoper heeft gedaan, bijvoorbeeld een bod op een te koop staand pand.

Zolang een aanbod *niet is aanvaard*, komt een reeds gedaan aanbod weer te vervallen door herroeping, tijdsverloop of verwerping van het aanbod door de wederpartij.

Een aanbod is steeds herroepelijk, tenzij partijen overeenkomen dat het aanbod onherroepelijk is (onherroepelijk aanbod, art. 6:219 BW). De herroeping van een aanbod is vormvrij, maar in verband met de latere bewijsbaarheid van de herroeping verdient een schriftelijke (en aangetekende) herroeping meestal de voorkeur.

Een aanbod vervalt tevens door tijdsverloop, maar de termijn waarop dit vervalt is enigszins afhankelijk van de wijze waarop het aanbod is gedaan:

- Een *mondeling* aanbod waarbij geen termijn van aanvaarding is genoemd vervalt, indien het niet direct door de andere partij wordt aanvaard (art. 6:221 BW).
- Een *schriftelijk* aanbod zonder termijn van aanvaarding vervalt daarentegen pas door tijdsverloop, indien het niet binnen een redelijke termijn wordt aanvaard. Wat redelijk is zal afhangen van de situatie, zodat terzake een enigszins vaag criterium geldt.
- Tot slot kan een mondeling of schriftelijk aanbod ook een uitdrukkelijke termijn bevatten, waarbinnen aanvaard kan worden. Bij het verstrijken van deze termijn eindigt het aanbod van rechtswege door tijdsverloop.

Vanzelfsprekend komt een aanbod ook te vervallen, doordat de wederpartij dit aanbod afwijst (art. 6:221 lid 2 BW). Een eenmaal afgewezen aanbod kan dus niet op een later moment alsnog worden aanvaard.

De wet beschouwt niet alleen de uitdrukkelijke afwijzing van een aanbod als een verwerping, maar tevens de van het aanbod afwijkende aanvaarding (art. 6:225 BW). De aanvaarding heeft in dat geval immers geen betrekking op het gedane aanbod, maar is in feite een nieuw aanbod.

#### ■ Voorbeeld

A doet aan B een aanbod om A's bedrijfspand voor €500.000 te kopen. B deelt aan A daarop schriftelijk mede, graag in te gaan op het aanbod van A en het bedrijfspand voor €450.000 te kopen. Een koopovereenkomst is niet tot stand gekomen, omdat de 'aanvaarding' door B van het aanbod van A afwijkt van het gedane aanbod. Wél heeft B een nieuw aanbod tot koop aan A gedaan, welk aanbod A op zijn beurt kan aanvaarden of verwerpen. Het aldus tot stand gekomen aanbod van B blijft van kracht totdat A het verwerpt, B het herroept óf het aanbod door tijdsverloop komt te vervallen. Omdat B zijn 'aanbod' schriftelijk aan A heeft gedaan, vervalt dit aanbod door middel van tijdsverloop pas na een termijn waarbinnen A redelijkerwijs had moeten aanvaarden.



Voor de vastgoedpraktijk is tot slot nog de vraag van belang, in hoeverre een advertentie waarin een onroerende zaak te koop wordt aangeboden als een aanbod geldt. Als dat immers het geval is, ontstaat een koopovereenkomst door de enkele aanvaarding door een (willekeurige) koper. Omdat een dergelijke advertentie vrijwel steeds het object en de vraagprijs bevat, lijken de essentialia voor het (kunnen) aangaan van een koopovereenkomst door aanvaarding van dit 'aanbod' aanwezig te zijn. De Hoge Raad heeft echter in het bekende arrest Hofland/Hennis (HR 10 april 1981, *NJ* 1981, 532) bepaald dat een dergelijke advertentie niet valt te beschouwen als een aanbod, maar als een uitnodiging om met de verkoper in onderhandeling te treden. De potentiële koper die bij de verkoper meldt akkoord te gaan met de genoemde vraagprijs, doet in feite een aanbod tot koop voor die prijs.

#### 1.4.4 **Schriftelijkheidsvereiste bij particuliere woningkoop**

Zoals in 1.4.1 al geschreven geldt ten aanzien van de koopovereenkomst van een woning met een particulier, dat deze schriftelijk dient te worden vastgelegd. Art. 7:2 lid 1 BW bepaalt immers:

'De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan'.

Deze verplichting geldt ongeacht de vraag of de verkoper wel of geen particulier is. Het door de wetgever beoogde doel van de verplicht schriftelijke koopovereenkomst is, tezamen met de in 1.4.5 te bespreken driedaagse bedenktijd, bescherming van de particuliere woningkoper. Deze combinatie van schriftelijkheidsvereiste en driedaagse bedenktijd zou in de visie van de wetgever, ook in kopersonvriendelijke tijden, voldoende bescherming aan de particuliere koper moeten bieden. Deze bescherming bestaat voornamelijk uit de bedenktijd, die enerzijds een zekere afkoelingsperiode biedt tegen overhaaste beslissingen en anderzijds enige tijd geeft om deskundig juridisch en bouwkundig advies in te winnen. Indien de koper zich gedurende deze termijn bedenkt, kan hij de koopovereenkomst zonder enige schadevergoeding of andere verplichtingen jegens de verkoper eenzijdig ontbinden. Het schriftelijkheidsvereiste is in de eerste plaats van belang om de datum vast te stellen waarop de driedaagse bedenktijd van de koper ingaat.

Deze wijze van bescherming is echter van verschillende zijden betwist op grond van zowel juridische als pragmatische argumenten. Voor wat betreft het eerste kunnen we constateren dat het vormvereiste van de (schriftelijke) koopovereenkomst een uitzondering vormt op het algemene uitgangspunt van zo min mogelijk formaliteiten in het overeenkomstenrecht. Het gevolg daarvan is onder meer dat een dergelijk vormvereiste onbedoeld een aantal – thans nog in de rechtspraak onbeantwoorde – juridische vragen oproept. Een voorbeeld daarvan is de hierna besproken vraag, wat de juridische positie van koper en verkoper is nádat zij mondeling overeenstemming hebben bereikt maar nog geen schriftelijke koopovereenkomst van kracht is. Kunnen zij elkaar verplichten tot het aangaan van een schriftelijke koopovereenkomst, of is de mondelinge overeenstemming niets meer dan een geheel vrijblijvend voornemen?



Ook meer praktische argumenten doen afbreuk aan de wettelijke bescherming. Men kan zich afvragen of de geboden bescherming wel beschermt tegen de werkelijke risico's van de koop van een woning. Het lijkt alleszins reëel dat het merendeel van de problemen bij woningkoop voortvloeien uit feitelijke gebreken aan de woning ten tijde van de koop, die de koper niet kende en redelijkerwijs ook niet kon kennen (non-conformiteit). Het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd helpen de koper nauwelijks daarbij. Hooguit heeft een koper iets meer tijd voor feitelijk onderzoek aan de gekochte woning.

Terug naar de inhoudelijke bespreking van de verplicht schriftelijke koopovereenkomst. Met de in dit wetsartikel bedoelde koper heeft de wetgever de particulier respectievelijk 'consument-koper' bedoeld, zodat deze wetsbepaling uitdrukkelijk geen betrekking heeft op professionele kopers. Deze laatste groep omvat *alle* niet-particuliere kopers, zodat bijvoorbeeld de koop van een woning als beleggingspand niet schriftelijk behoeft te worden aangegaan. Handelend als belegger is desbetreffende koper immers geen particuliere koper, hetgeen hij wél zou zijn indien hij de woning voor eigen gebruik kocht. Indien een rechtspersoon (vereniging, stichting, nv of bv) koper van een woning is, is nooit sprake van particuliere koop.

De koop door een particulier van een andere onroerende zaak dan een woning hoeft evenmin schriftelijk te worden aangegaan. De koop van een garage die niet bij een woning behoort, is derhalve vormvrij. Let wel, ook indien een schriftelijke koopovereenkomst niet wettelijk verplicht is, wordt vrijwel altijd een schriftelijke koopovereenkomst opgesteld. Het verschil tussen de situatie van de wél en de niet verplicht schriftelijke overeenkomst bestaat dan daaruit, dat in de situatie dat de koopovereenkomst niet verplicht schriftelijk hoeft te worden aangegaan een uitsluitend mondelinge overeenkomst reeds bindend is voor partijen. Bij de particuliere woningkoop ontstaan de verplichtingen tussen koper en verkoper daarentegen pas op het moment van ondertekening van de koopovereenkomst.

Of dit laatste juridisch helemaal juist is, is overigens nog maar de vraag en ten tijde van het schrijven van dit boek ook onderwerp van een aantal lopende rechtszaken. Indien alle verplichtingen tussen een koper en verkoper inderdaad pas ontstaan door ondertekening van een schriftelijke koopovereenkomst, heeft de eerdere mondelinge overeenstemming tussen partijen geen enkele juridische betekenis. Op zijn best hebben partijen op grond van de mondelinge overeenstemming dan niet-bindende goede voornemens tot het opstellen van een schriftelijke koopovereenkomst.

Het is echter de vraag in hoeverre mondelinge overeenstemming tussen een verkoper en een particuliere woningkoper niet tóch enige gebondenheid geeft. Voor wat betreft de koper is deze vraag niet van belang, omdat hij op grond van de hierna te bespreken driedaagse bedenktijd de (later op schrift gestelde en door partijen ondertekende) koopovereenkomst eenzijdig kan ontbinden. De verkoper heeft deze wettelijke mogelijkheid echter niet, zodat voor hem wel degelijk van belang is of hij op enigerlei wijze gehouden is aan een mondelinge afspraak met de koper. Voor de verkoper zou in dat geval een eenzijdige verplichting bestaan om medewerking te verlenen aan het opstellen en ondertekenen van de koopovereenkomst, gebaseerd op de eerdere

mondelinge overeenstemming met de koper. Blijkens de wetsgeschiedenis van art. 7:2 BW was de minister van mening dat een verkoper inderdaad gehouden is medewerking te verlenen na eerdere mondelinge overeenstemming. De thans door rechters gewezen vonnissen met betrekking tot deze vraag geven echter een wat gevarieerd beeld, zodat het wachten is op uitspraken in hoger beroep.

#### ■ Voorbeeld

Verkoper A en (particuliere) koper B hebben mondelinge overeenstemming bereikt over de hoogte van de koopsom met betrekking tot de door A aangeboden woning. Zónder het geldende schriftelijkheidsvereiste voor de koopovereenkomst zou tussen A en B een koopovereenkomst tot stand zijn gekomen, maar op grond van art. 7:2 BW is dat vooralsnog niet het geval. Stel dat A na de mondelinge overeenstemming met B maar vóór de ondertekening van de schriftelijke koopovereenkomst van ene C een beter bod op zijn woning krijgt. Kan A dit betere bod van C gewoon accepteren en iedere verdere medewerking aan een schriftelijke koopovereenkomst met B weigeren, of pleegt hij in dat geval wanprestatie jegens B, omdat hij een medewerkingsplicht heeft voor wat betreft het aangaan van een schriftelijke koopovereenkomst met B? Het definitieve antwoord op deze vraag zal ongetwijfeld in de komende jaren in de rechtspraak worden gegeven, maar thans is het nog gissen.

Voor de omgekeerde situatie – niet A wil van de overeenkomst af, maar B – bestaat wel duidelijkheid: B heeft na het ondertekenen van de koopovereenkomst met A tóch de mogelijkheid van ontbinding op grond van de driedaagse bedenktijd. Het heeft dus weinig zin om B na de mondelinge overeenstemming te houden aan een medewerkingsplicht ten aanzien van de schriftelijke koopovereenkomst.

#### 1.4.5 **Driedaagse bedenktijd voor de particuliere woningkoper**

De tweede (naast het schriftelijkheidsvereiste) door art. 7:2 BW aan een particuliere woningkoper geboden bescherming, is de reeds genoemde wettelijke bedenktijd van drie dagen. Samengevat heeft een particuliere koper van een woning gedurende drie dagen nadat hem de door de verkoper en koper ondertekende schriftelijke koopovereenkomst ter hand is gesteld, de gelegenheid om eenzijdig en zonder enige verdere verplichting de koopovereenkomst te ontbinden. Art. 7:2 lid 2 BW bepaalt dienaangaande:

‘De tussen partijen (verkoper en koper) opgemaakte akte of een afschrift daarvan (de schriftelijke koopovereenkomst) moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. ...’

De particuliere woningkoper heeft dus gedurende drie dagen een wettelijk ontbindingsrecht, ook zonder dat partijen dat overeenkomen. Het enige vereiste voor ontbinding door de koper is dat hij vóór 24.00 uur van de laatste dag van de bedenktijd bij de verkoper meldt te willen ontbinden. De koper heeft daarbij volledige vrijheid: een vormvereiste voor een beroep op ontbinding stelt de wet niet – zodat een dergelijk beroep ook mondeling kan geschieden – en de koper hoeft ook geen reden te geven voor het feit dat hij ontbindt. De enkele mondelinge of

schriftelijke mededeling door de koper is dus voldoende om de koopovereenkomst rechtsgeldig en zonder enige schadevergoedingsplicht jegens de verkoper te beëindigen. Vanzelfsprekend verdient het bewijsrechtelijk sterk de voorkeur een beroep op ontbinding schriftelijk en aangetekend te verzenden.

Net als de verplichting tot het aangaan van een schriftelijke koopovereenkomst, is ook de driedaagse bedenktijd van de koper van dwingend recht. Partijen kunnen dus bij het *aangaan* van de (schriftelijke) koopovereenkomst niet bepalen dat deze bedenktijd van de koper wordt bekort of geheel komt te vervallen. In hoeverre een koper *tijdens* de periode van drie dagen alsnog afstand kan doen van zijn rechten is enigszins discutabel, maar vooralsnog lijkt dit inderdaad mogelijk te zijn.

De driedaagse bedenktijd begint om 0.00 uur van de dag ná de terhandstelling van (een kopie van) de door beide partijen ondertekende koopovereenkomst aan de koper en eindigt om 24.00 uur van de derde dag. Voor een rechtsgeldig beroep op ontbinding door de koper moet de verklaring van de koper dus de verkoper uiterlijk om 24.00 uur van de derde dag hebben bereikt. Omdat op de wettelijke bedenktijd de Algemene Termijnenwet van toepassing is verklaard, komt het er overigens vaak op neer dat een koper langer dan drie dagen de tijd heeft om zich te bedenken. Op grond van de Algemene Termijnenwet mogen ten minste twee van de drie dagen geen zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn. Indien de laatste dag van de bedenktijd eindigt op een van deze dagen, wordt de bedenktijd eveneens verlengd, namelijk tot de eerstkomende dag die geen zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag is. Indien we de algemeen erkende feestdagen buiten beschouwing laten, varieert de 'driedaagse' bedenktijd dus tussen de drie en vijf dagen.

Het spreekt voor zich dat het voor een verkoper van wezenlijk belang is om op een later moment te kunnen bewijzen, dat de koper de ondertekende koopovereenkomst heeft ontvangen en op welke datum. Indien een koper zich op een later moment het standpunt zou stellen dat de koopovereenkomst hem nooit ter hand is gesteld, dan zou de driedaagse bedenktijd nooit zijn ingegaan en zou de koper dus op een veel later tijdstip alsnog kunnen ontbinden. Het valt dan ook sterk aan te bevelen om van de koper een gedateerd ontvangstbewijs te vragen, dan wel de koopovereenkomst per aangetekend schrijven en eventueel met handtekening retour te verzenden. In lagere rechtspraak is dan ook bepaald dat (verkopende) makelaars een zorgplicht hebben jegens verkopers om ervoor te zorgen dat kan worden vastgesteld op welke datum een koper de koopovereenkomst daadwerkelijk heeft ontvangen. Toezending van de koopovereenkomst aan uitsluitend de notaris, in plaats van tevens aan de koper, lijkt vooralsnog niet voldoende om de bedenktijd te doen ingaan.

De wettelijke bedenktijd voor de particuliere woningkoop is slechts in de volgende gevallen niet van toepassing:

- indien tussen dezelfde verkoper en particuliere koper met betrekking tot dezelfde woning wederom een koopovereenkomst tot stand komt, nadat deze koper op grond van de wettelijke bedenktijd binnen de voorafgaande periode van zes maanden een eerdere koopovereenkomst ten aanzien van deze woning had ontbonden;
- indien een woning gekocht wordt door middel van huurkoop of op een veiling ten overstaan van een notaris.

In reactie op het invoeren van de wettelijke bedenktijd voor de particuliere woningkoper zijn sommige makelaars overgegaan tot het opnemen in de koopovereenkomst van een *contractuele* bedenktijd voor de verkoper. Een dergelijke bedenktijd is dus uitsluitend gebaseerd op de contractuele verhouding tussen partijen en niet op enige wettelijke grondslag. Zelfs voor zover men een dergelijke contractuele gelijkschakeling van de rechten van de verkoper met die van de koper gerechtvaardigd zou achten, is het nog maar de vraag of een dergelijke contractuele bedenktijd juridisch mogelijk is.

Indien we een contractuele bedenktijd juridisch zouden moeten duiden, zijn er weinig andere mogelijkheden dan dat deze bedenktijd een ontbindende voorwaarde is. Zoals in 1.4.6 bij de ontbindende voorwaarde wordt besproken, is een ontbindende voorwaarde die uitsluitend afhankelijk is van de wil van een van partijen vaak niet mogelijk. De contractuele bedenktijd en de daaruit voortvloeiende ontbindingsmogelijkheid van de verkoper is echter juist van niets anders afhankelijk dan van diens wil. Daarmee is het zeer de vraag of de contractuele bedenktijd van de verkoper (of meer precies, een ontbinding door de verkoper gebaseerd op deze bedenktijd) in rechte houdbaar is. Dat de koper gedurende de wettelijke bedenktijd zonder enige twijfel over een rechtsgeldige ontbindingsmogelijkheid beschikt, is gelegen in het feit dat de wetgever nu eenmaal in staat is dergelijke regelgeving in te voeren – ook als daarmee strijd met een algemeen beginsel zou ontstaan. Voor de verkoper geldt echter dat een beroep op ontbinding op grond van zijn contractuele bedenktijd kan leiden tot een vordering van de koper op grond van wanprestatie door de verkoper, met aanzienlijke financiële risico's voor de verkoper.

#### 1.4.6 **Inhoud van de koopovereenkomst**

Hieronder behandelen we de onderwerpen die geregeld worden in de koopovereenkomst. Waar dat zinvol is, zijn losse modelbepalingen van de NVM-koopakte opgenomen.

##### **Object en koopsom**

Iedere koopovereenkomst met betrekking tot vastgoed bevat ten minste een omschrijving van het verkochte object en de koopsom. Zonder deze beide elementen kan nauwelijks sprake zijn van een geldige koopovereenkomst, omdat de essentialia voor een dergelijke overeenkomst zouden ontbreken (zie 1.4.2). Vanzelfsprekend verdient het de voorkeur dat de omschrijving van het verkochte object zo nauwkeurig mogelijk is, maar de omschrijving van een object is juridisch voldoende indien tussen partijen redelijkerwijs geen misverstand meer kan ontstaan met betrekking tot hetgeen is verkocht. Vaak zullen de adresgegevens van het verkochte object daarvoor afdoende zijn. Het kan echter zeker geen kwaad om tevens kadastrale gegevens, perceeloppervlakten en dergelijke te vermelden.

##### **Transportdatum en keuze van de notaris**

Partijen zullen vrijwel altijd een transportdatum (de datum waarop de juridische – notariële – levering van het verkochte aan de koper plaatsvindt) overeen willen komen. Een dergelijke datum hoeft geen vaste datum te zijn, maar kan bijvoorbeeld zijn 'uiterlijk drie weken nadat de bouwkundige oplevering van de nieuwbouw heeft plaatsgevonden'.

Veel koopovereenkomsten bevatten naast een nader genoemde transportdatum tevens de bepaling 'of zoveel eerder of later als partijen nader (lees: na het ondertekenen van de schriftelijke koopovereenkomst) overeen zullen komen'. De bedoeling van een dergelijke aanvullende bepaling is helder (namelijk: partijen kunnen op een later moment gezamenlijk een andere transportdatum kiezen) maar is ook volledig overbodig. Partijen kunnen namelijk altijd gezamenlijk de inhoud van hun koopovereenkomst wijzigen of aanvullen, ook zonder dat zij dat van tevoren overeengekomen zijn.

Meestal is het de koper die de notaris aanwijst, die de notariële akte van levering zal gaan passeren. Daar zit ook in die zin iets redelijks in, dat de koper op grond van art. 7:12 lid 2 BW de partij is die de notaris voor zijn diensten zal gaan betalen. Partijen mogen overigens ook anders overeen komen, zowel wat de notariskeuze betreft, als aangaande de betaling van de kosten van de notaris.

### **Betaling van de koopsom en verrekening van de lasten**

Vrijwel steeds zullen partijen overeenkomen dat de koopsom zal worden voldaan per de transportdatum door storting op de derdengeldenrekening van de (transporterende) notaris. Dit is ook conform het bepaalde in art. 7:26 lid 3 BW. Anders dan de redactie van dit wetsartikel doet vermoeden, is deze regeling niet van dwingend recht en kunnen partijen dus ook anders overeenkomen.

Of een andere betalingswijze verstandig is valt echter sterk te betwijfelen, bijzondere situaties of aanvullende juridische regelingen bij de levering daargelaten. De notaris zal er immers voor zorgdragen dat hij de akte van levering niet eerder passeert en inschrijft in de openbare registers, dan nadat de koper volledig aan zijn betalingsverplichtingen heeft voldaan. De positie van de verkoper is dus voor wat betreft de betalingsverplichtingen van de koper zodanig gewaarborgd, dat de overdracht geen doorgang vindt zolang de koper niet volledig voldaan heeft. Ook de positie van de koper is in die zin gewaarborgd, dat de notaris de koopsom pas aan de verkoper zal uitbetalen nadat aan de notaris door middel van controle van de openbare registers is gebleken, dat de levering aan de koper juist en volledig heeft plaatsgevonden. De koper loopt dus niet het risico dat aan de juridische levering gebreken blijken te kleven, terwijl de koopsom al in de macht van verkoper is. Tot slot zijn verkoper en koper wettelijk beschermd tegen het – zeer zeldzame – geval van faillissement van de notaris.

Het is gebruikelijk om allerlei periodieke (financiële) lasten met betrekking tot het verkochte tussen verkoper en koper te verrekenen. Te denken valt bijvoorbeeld aan rioolrecht, precariorechten en niet-afgekochte en over het betreffende tijdvak verschuldigde canon bij erfpacht, die per de transportdatum en naar tijdsgelang kunnen worden verrekend. Partijen zijn echter volledig vrij in wat ze willen verrekenen. Een dergelijke verrekening verloopt meestal ook via de derdengeldenrekening van de notaris, die de te verrekenen lasten dan opneemt in de door hem op te stellen nota van afrekening.

### **Overgang van het risico**

Bij de uitvoering van iedere koopovereenkomst zal op enig moment het risico met betrekking tot de verkochte onroerende zaak moeten

overgaan van de verkoper op de koper. Wat is bedoeld met dit 'risico'? In ieder geval zijn bedoeld de feitelijke risico's van beschadiging of zelfs geheel tenietgaan van de verkochte onroerende zaak, bijvoorbeeld ten gevolge van brand. Maar ook juridische risico's zullen op zeker moment op de koper overgaan, zoals het van toepassing worden van publiekrechtelijke beperkingen op de verkochte zaak. Ook de kans van waardeverandering is een risico, zeker waar het de kans op een waardevermindering betreft.

Het wettelijk uitgangspunt is dat het risico van een verkochte zaak op de koper overgaat op het moment dat deze zaak aan de koper wordt afgeleverd (art. 7:10 lid 1 BW). Met de term 'afleveren' bedoelt de wet niet de juridische levering, maar het feitelijk ter beschikking stellen van de verkochte onroerende zaak aan de koper. Op grond van de wet kan het risico met betrekking tot een verkochte onroerende zaak dus eerder op een koper overgaan, dan op het moment van juridische levering aan deze koper. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn, indien de verkoper aan de koper toestaat dat de laatste de verkochte (maar nog niet geleverde) woning gaat verbouwen. In de vastgoedpraktijk met betrekking tot bestaande woningen valt het moment van juridische levering en de feitelijke terbeschikkingstelling (bijvoorbeeld door overhandiging van de sleutels) vaak samen.

Bij nieuwbouw is dit echter juist niet vaak het geval, tenzij er sprake is van een turn key-koopovereenkomst en niet van een te onderscheiden koop- en aanneemovereenkomst.

Koopovereenkomsten bevatten bijna altijd een regeling met betrekking tot de risico-overgang. De wettelijke regeling is van aanvullend recht, zodat partijen bij een koopovereenkomst ook een moment van risico-overgang overeen kunnen komen dat sterk afwijkt van het wettelijk uitgangspunt. De praktijk leert echter dat ook dergelijke bepalingen in koopovereenkomsten nauw aansluiten op de wettelijke regeling van art. 7:10 BW. Het NVM-model bepaalt bijvoorbeeld ter zake:

'De onroerende zaak is met ingang van het moment van tekenen van de akte van levering voor risico van koper, tenzij de feitelijke levering eerder plaatsvindt, in welk geval het risico met ingang van die dag overgaat op koper.'

Het spreekt voor zich dat waar de wet en het NVM-model koopovereenkomst de term 'risico' gebruiken, niet alle hiervoor genoemde risico's bedoeld zijn. Het risico van waardeverandering van een verkochte onroerende zaak gaat bijvoorbeeld al op de koper over bij het aangaan van de koopovereenkomst. Een waardestijging of daling ná het aangaan van de koopovereenkomst maar vóór het passeren van de akte van levering of de aflevering aan koper – dus vóór het moment van de bedoelde risico-overgang – is niettemin voor rekening en risico van de koper; de te vergoeden koopsom wijzigt immers niet ten gevolge van deze waardeverandering. Andersom blijven bepaalde risico's soms ná een risico-overgang voor rekening van de verkoper. Indien een onroerende zaak bijvoorbeeld feitelijk ter beschikking is gesteld aan de koper (derhalve een risico-overgang op koper) zou een besluit als bedoeld in de Wet Voorkeursrecht Gemeenten genomen kunnen worden, waardoor de desbetreffende onroerende zaak niet (zonder meer) aan de

koper juridisch geleverd kan worden. Een dergelijk risico kan dan nauwelijks (volledig) voor rekening van de koper komen, omdat de verkoper niet meer aan zijn hoofdverplichting van eigendomsverschaffing kan voldoen.

Indien de risico-overgang op de koper op grond van de wet of een bepaling in de koopovereenkomst plaatsvindt op een *ander* moment dan het passeren van de akte van levering, dienen de betrokken partijen zich afdoende bewust te zijn van twee wezenlijke consequenties. Vrijwel altijd zal alsdan immers sprake zijn van een (fiscale) levering van economische eigendom, zodat er een aanzienlijke kans bestaat dat ten gevolge daarvan overdrachtsbelasting (en/of omzetbelasting) verschuldigd is. Een tweede gevolg van een dergelijke risico-overgang is dat de koper, in ieder geval jegens de verkoper, het risico draagt van het ontstaan van feitelijke gebreken. De koper zal derhalve vanaf het moment van risico-overgang moeten zorgdragen voor afdoende verzekering van de onroerende zaak, althans voor zover partijen niet anders overeenkomen.

#### **Praktische adviezen:**

- Indien op grond van een risico-overgang op een ander moment dan het passeren van de (notariële) akte van levering eventueel sprake is van een (fiscale) levering van economische eigendom, dienen partijen zich goed te beraden op de consequenties voor de overdrachtsbelasting en omzetbelasting.
- Eén van de belangrijkste gevolgen van een risico-overgang is dat de koper zal moeten zorgdragen voor afdoende verzekering van de onroerende zaak voor wat betreft beschadiging en wettelijke aansprakelijkheid. Dit geldt onverkort bij een risico-overgang vóór het moment van juridische levering.

#### **Verklaringen en garanties**

In de praktijk bevat iedere schriftelijke koopovereenkomst wel een aantal verklaringen en/of garanties van de verkoper ten behoeve van de koper. Dergelijke verklaringen of garanties van de verkoper kunnen betrekking hebben op zeer verschillende aspecten van het verkochte object, maar hebben vaak betrekking op de feitelijke en juridische staat, alsmede op het huidige of toekomstige gebruik van de onroerende zaak. De koper daarentegen verklaart of garandeert slechts in bijzondere gevallen iets ten behoeve van de verkoper. Dit verschil is eenvoudig te verklaren.

Als we de verplichtingen van de verkoper en koper uit hoofde van een koopovereenkomst met elkaar vergelijken, dan blijken de verplichtingen van de koper in aantal zeer beperkt en voor wat betreft de wijze van nakoming eenvoudig. Op de koper rusten in beginsel immers geen andere verplichtingen dan tijdige voldoening van de volledige koop-som en tijdige afname van het verkochte. De inhoudelijke verplichtingen van koper zijn dus duidelijk en niet-nakoming van deze verplichtingen is eenvoudig aantoonbaar. Het is daarom meestal weinig zinvol om verklaringen of garanties van de koper ten behoeve van de verkoper overeen te komen.

Voor wat betreft de verplichtingen van verkoper uit hoofde van de koopovereenkomst ligt dat anders. De juridische levering van het verkochte object is tenslotte maar één van de verplichtingen van verkoper. De (leverings)verplichting van verkoper bestaat immers niet uit de juri-



dische levering van een willekeurig object in een willekeurige staat, maar hij dient een specifiek object in een impliciet of expliciet overeengekomen feitelijke en juridische staat te leveren. Een woning moet bijvoorbeeld feitelijk en juridisch ook bruikbaar zijn als woning, en een nieuw gebouwd pand moet gerealiseerd zijn overeenkomstig de bouwvergunning. Samengevat: de verkoper heeft met betrekking tot het te leveren object veel verplichtingen, ten aanzien waarvan hij geheel of gedeeltelijk wanprestatie jegens de koper kan plegen.

De in een koopovereenkomst opgenomen verklaringen en garanties van de verkoper ten behoeve van de koper dienen dan ook twee doelen. In de eerste plaats bevatten de verklaringen en garanties een nadere invulling of aanvulling van de verplichtingen van de verkoper. Tussen partijen wordt daarmee duidelijker wát de verkoper feitelijk en juridisch aan de koper dient te leveren. Indien bijvoorbeeld een koper een woning koopt, dan mag hij ervan uitgaan dat het dak van de woning waterdicht is. Blijkt na de levering aan de koper dat het dak toch lekt, dan zal vrijwel altijd sprake zijn van een toerekenbare niet-nakoming (wanprestatie) door de verkoper. Heeft de verkoper bij het sluiten van de koopovereenkomst echter jegens de koper verklaard dat het dak van het betreffende pand ernstig lekt, dan is mét deze verklaring de inhoud van de verplichtingen van verkoper gewijzigd. De koper heeft dan immers een woning gekocht, waarvan hij wist dat er sprake was van lekkage. De leveringsverplichting van de verkoper is daarmee *beperkt* tot een woning met lekkend dak.

Vanzelfsprekend kan de inhoud van de leveringsverplichting van een verkoper ook worden *uitgebreid* door een verklaring of garantie. Indien bijvoorbeeld een woning wordt verkocht, mag een koper er redelijkerwijs van uitgaan dat het betreffende pand ook feitelijk en juridisch geschikt is als woning. Indien de koper de woning echter als bedrijfspand wil gaan gebruiken, is het risico dat dit voorgenomen (gewijzigde) gebruik feitelijk of publiekrechtelijk niet is toegestaan voor de koper. In het geval de verkoper echter heeft verklaard of zelfs gegarandeerd dat de woning óók als bedrijfspand kan worden gebruikt, draagt in beginsel de verkoper het risico dat deze verklaring onjuist blijkt te zijn. Ten gevolge van de verklaring of garantie van verkoper is de inhoud van hetgeen hij dient te leveren – een woning tevens bruikbaar als bedrijfspand – uitgebreider dan hetgeen hij zou hebben moeten leveren zónder een dergelijke verklaring of garantie.

Naast deze functie van nadere invulling van verplichtingen van partij en kan een garantie nog een tweede doel dienen. Voor het kunnen vorderen van schadevergoeding bij tekortschieten in de nakoming van een verplichting is het vereist, dat sprake is van een *toerekenbaar* tekortschieten (wanprestatie). Indien dus een wederpartij tekortschiet in de nakoming van haar verplichting, wil dat nog niet zeggen dat ook sprake is van een *toerekenbaar* tekortschieten. Bij de desbetreffende wederpartij kan immers sprake zijn van overmacht, waardoor ze buiten haar schuld niet kan nakomen. Indien echter de niet-nagekomen verplichting door deze wederpartij was gegarandeerd, dan is eventuele overmacht van geen belang. Het enkele feit dat een gegarandeerde verplichting niet is nagekomen, zal wanprestatie jegens de wederpartij opleveren en daarmee in beginsel de mogelijkheid scheppen tot het vorderen van schadevergoeding. De positie van een partij verbetert dus als



een verplichting door de wederpartij wordt gegarandeerd; een eventueel toekomstig beroep op overmacht door de wederpartij zal immers niet slagen en daarmee vergroot men de kans op het verkrijgen van schadevergoeding.

Tot slot een enkel woord over de zogeheten onbekendheidsverklaringen in overeenkomsten. Vergelijk de volgende verklaringen:

- a* 'Verkoper verklaart dat de verkochte onroerende zaak ten tijde van het ondertekenen van deze koopovereenkomst geschikt is voor het door koper voorgenomen gebruik als bedrijfsruimte.'
- b* 'Verkoper verklaart dat hem niet bekend is dat er feiten en omstandigheden zijn ten gevolge waarvan de verkochte onroerende zaak ten tijde van het ondertekenen van deze koopovereenkomst niet geschikt is voor het door koper voorgenomen gebruik als bedrijfsruimte.'

De verklaring onder *a* is inhoudelijk eenvoudig te duiden: de verkoper zal een onroerende zaak leveren die geschikt is als bedrijfsruimte. Als in de toekomst blijkt dat het verkochte object uitsluitend als woning kan worden gebruikt, dan is de verkoper tekortgeschoten in de nakoming van deze verplichting.

De juridische betekenis van de verklaring onder *b* (een onbekendheidsverklaring) is wellicht minder duidelijk. Veel modelkoopovereenkomsten zijn ruimschoots voorzien van dergelijke verklaringen en ook overigens worden deze in de praktijk veel gebruikt. Het risico bij dergelijke verklaringen is dat deze door de niet-oplettende lezer worden opgevat als een verklaring als onder *a*. Dat is echter een forse misvatting. De strekking van de onbekendheidsverklaring als onder *b* is namelijk juist niet dat het pand geschikt is voor het voorgenomen gebruik, maar slechts dat de verkoper niet over kennis beschikt waaruit zou volgen dat het pand niet geschikt is voor dit voorgenomen gebruik. De verkoper doet daarmee geen inhoudelijke uitspraak over de gebruiksmogelijkheden van de onroerende zaak. Een dergelijke onbekendheidsverklaring strekt daarmee uitsluitend in het voordeel van de koper, indien deze in de toekomst het – zeer lastige – bewijs zou kunnen leveren dat de verkoper wél over dergelijke kennis beschikte. In dát bijzondere geval zal sprake zijn van wanprestatie van de verkoper. Een dergelijke onbekendheidsverklaring suggereert daarmee dat de koper meer zekerheid verkrijgt, maar in de praktijk zal dit nauwelijks van enig nut voor een koper zijn.

### **Ontbindende voorwaarden**

Een *ontbindende voorwaarde* is een tussen partijen overeengekomen afspraak op grond waarvan een overeenkomst zal worden ontbonden, indien een toekomstige en onzekere gebeurtenis intreedt. Het overeenkomen en vervolgens intreden van een ontbindende voorwaarde is dus een wijze van ontbinding van overeenkomsten.

We gaan hier in op:

- het verschil tussen de ontbindende voorwaarde en overige gronden van ontbinding;
- de meest voorkomende ontbindende voorwaarde: de ontbindingsmogelijkheid voor het niet-verkrijgen van financiering door de koper;

- de vereisten aan de inhoud van ontbindende voorwaarden;
- de gevolgen van het intreden van de ontbindende voorwaarde;
- goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde.

#### *Verschillen tussen de ontbindende voorwaarde en overige gronden van ontbinding*

Het intreden van een ontbindende voorwaarde is een wijze van ontbinding van overeenkomsten (art. 6:22 jo. 6:24 BW), naast bijvoorbeeld ontbinding op grond van tekortschieten in de nakoming (art. 6:265 BW) of onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW).

Het eerste wezenlijke verschil tussen deze overige gronden van ontbinding en de ontbindende voorwaarde is dat de overige gronden voor ontbinding ten tijde van de contractering door partijen onvoorzien zijn. Het zijn eerder 'ongelukken' bij de uitvoering van de tussen partijen geldende overeenkomst. Bij de ontbindende voorwaarde daarentegen hebben partijen juist de bedoeling van ontbinding in geval van het intreden van een specifiek overeengekomen omstandigheid. Partijen scheppen daarmee als het ware een stukje onzekerheid in hun rechtsverhouding, doordat zij vooralsnog geen van beide weten of de voorwaarde zal intreden en de overeenkomst daardoor zal worden ontbonden.

Het tweede belangrijke verschil tussen de overige ontbindingsgronden en ontbindende voorwaarde is dat de tussen partijen overeengekomen omstandigheden waaronder een ontbindende voorwaarde intreedt meestal geen reden voor ontbinding zouden zijn geweest op grond van de overige ontbindingsgronden. De ontbindende voorwaarde waarbij een koopovereenkomst met betrekking tot een villa ontbonden wordt indien de koper niet binnen een jaar de Staatsloterij wint, is volstrekt rechtsgeldig. Het niet-winnen van de Staatsloterij door deze koper zou echter nooit een reden zijn geweest voor ontbinding op grond van tekortschieten in de nakoming of onvoorziene omstandigheden.

Het derde wezenlijke verschil tussen de overige ontbindingsgronden en ontbindende voorwaarden is gelegen in de zogeheten goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarden. Samengevat komt deze goederenrechtelijke werking daarop neer dat de onder een ontbindende voorwaarde verkregen eigendom (of ander recht) uitsluitend voortbestaat zolang de voorwaarde niet intreedt. Bij het intreden van de ontbindende voorwaarde verliest de nieuwe eigenaar van rechtswege (dus zonder enige rechtshandeling) zijn eigendom en herkrijgt de vorige eigenaar – eveneens van rechtswege – deze eigendom.

Gezien het grote belang voor de vastgoedpraktijk, maar ook gezien de juridische risico's van ontbindende voorwaarden, besteden we hieraan uitgebreid aandacht.

#### *Ontbindingsmogelijkheid voor het niet-verkrijgen van financiering door de koper*

De in de praktijk meest voorkomende ontbindende voorwaarde in koopovereenkomsten is de ontbindingsmogelijkheid voor het niet-verkrijgen van (hypothecaire) financiering door de koper voor de voldoening van de koopsom. Het NVM-model koopovereenkomst (bestaande eengezinswoning, juli 2004) omschrijft een dergelijke voorwaarde als volgt:

Deze overeenkomst kan door koper worden ontbonden indien uiterlijk op [datum] koper voor de financiering van de onroerende zaak voor een bedrag van minimaal [bedrag] zegge [ ] euro geen hypothecaire geldlening of het aanbod daartoe van een erkende geldverstrekker heeft verkregen, zulks tegen geen hogere bruto jaarlast dan [bruto jaarlast] zegge [ ] euro, of een rentepercentage niet hoger dan [rentepercentage], bij de volgende hypotheekvorm: [ ] of normaal gebruikelijke voorwaarden en tarieven.

Partijen verplichten zich over en weer al het redelijk mogelijke te doen teneinde de hierboven bedoelde vergunning en/of financiering en/of Nationale Hypotheek Garantie en/of toezegging(en) en/of andere zaken te verkrijgen. De partij die de ontbinding inroept dient er zorg voor te dragen, dat de mededeling dat de ontbinding wordt ingeroepen, uiterlijk op de tweede werkdag na de datum waarvan in de betreffende ontbindende voorwaarde sprake is door de wederpartij of diens makelaar is ontvangen. Deze mededeling dient goed gedocumenteerd te geschieden bij 'aangetekende brief met bericht handtekening retour' of 'telefaxbericht met verzendbevestiging'. Alsdan zijn beide partijen van deze overeenkomst bevrijd. De door koper reeds gedane stortingen worden vervolgens gerestitueerd.

Degenen die deze stortingen onder zich hebben worden daartoe bij deze verplicht, en voor zover nodig onherroepelijk gemachtigd.

De elementen waaruit de ontbindende voorwaarde van financiering is opgebouwd zijn:

- *Is inderdaad sprake van een ontbindende voorwaarde:* de tekst bepaalt uitdrukkelijk dat er een ontbindingsmogelijkheid is.
- *Welke partij kan een beroep op de voorwaarde doen:* uitsluitend de koper en derhalve niet (ook) de verkoper.
- *Wat is de inhoud van de ontbindende voorwaarde:* het niet-verkrijgen van hypothecaire financiering onder de gespecificeerde voorwaarden.
- *Heeft een partij een verplichting om zo veel mogelijk te voorkomen dat de ontbindende voorwaarde intreedt:* de koper heeft een inspanningsverplichting om de bedoelde financiering ook daadwerkelijk te verkrijgen.
- *Moet er een beroep op het intreden worden gedaan en zo ja, op welke wijze:* de koper dient een beroep te doen per brief of fax gericht aan de verkoper of makelaar en uiterlijk binnen twee werkdagen na de in de ontbindende voorwaarde vermelde termijn.
- *Wat zijn de gevolgen van de ontbinding:* de rechten en verplichtingen uit de koopovereenkomst komen te vervallen (hetgeen overigens zonder een dergelijke bepaling eveneens het geval zou zijn). Tevens dienen de reeds door de koper verrichte stortingen (vrijwel steeds is de waarborgsom bedoeld die de koper onder de notaris heeft gestort) aan de koper gerestitueerd te worden (hetgeen zonder een dergelijke bepaling eveneens het geval zou zijn).

Deze (cursieve) elementen zijn vrijwel altijd onderdeel van een ontbindende voorwaarde, ongeacht de verschillende inhoud van ontbindende voorwaarden.

#### *Vereisten aan de inhoud van ontbindende voorwaarden*

In de praktijk ziet men talloze, inhoudelijk sterk verschillende ontbindende voorwaarden, zoals een negatieve uitkomst van een bouwkundi-

ge keuring, het niet-verkrijgen van een bouwvergunning of het niet-verkrijgen van toestemming van een raad van commissarissen. Met betrekking tot de inhoud van ontbindende voorwaarden hebben partijen dan ook een grote mate van vrijheid. Afgezien van een verbod op strijd met een wettelijke bepaling, de goede zeden of de openbare orde stelt de wet slechts twee vereisten aan de inhoud van voorwaarden:

- 1 De gebeurtenis waarvan het voortbestaan van de overeenkomst afhankelijk is (bijvoorbeeld het verkrijgen van financiering door de koper) dient in de toekomst plaats te vinden.
- 2 Het al dan niet intreden van de toekomstige gebeurtenis dient onzeker te zijn (bijvoorbeeld het winnen van de Staatsloterij).

De vereisten van toekomstigheid en onzekerheid leiden in de praktijk slechts zeer zelden tot problemen. Indien bijvoorbeeld een ontbindende voorwaarde met betrekking tot een bouwkundige keuring overeengekomen is, kan men wellicht denken dat eventuele gebreken aan het betreffende gebouw ten tijde van de contractsluiting al bestonden en daarom niet toekomstig zijn. Dat is echter een te restrictieve uitleg; een dergelijke voorwaarde is zonder meer mogelijk.

Ook het vereiste van de onzekerheid moet niet te beperkt worden opgevat. Het feit dat een partij enige of zelfs redelijke invloed op het intreden van een voorwaarde kan uitoefenen, bijvoorbeeld het doen van een beroep op het intreden van een gebeurtenis, is geen enkel beletsel voor de kwalificatie als (ontbindende) voorwaarde. De enige inhoudelijke beperking die hierbij bestaat, geldt voor de ontbindende voorwaarde die *uitsluitend* van de wil (lees: willekeur) van een van partijen afhankelijk is. Een dergelijke 'potestatieve' voorwaarde is in de meeste gevallen niet mogelijk.

Het doen van beroep op het intreden van de onzekere gebeurtenis als onderdeel van de ontbindende voorwaarde is overigens een zinvolle aanvulling van vrijwel iedere voorwaarde. Indien dit niet tussen partijen overeen gekomen is, werkt een voorwaarde van rechtswege (dus zonder dat daarop een beroep wordt gedaan), hetgeen partijen voor ongewenste verrassingen kan stellen.

#### ■ Voorbeeld

A verkoopt een perceel grond aan B onder de ontbindende voorwaarde dat uit een door B te verrichten bodemonderzoek ernstige bodemverontreiniging zal blijken. Indien uit dit (door derden in opdracht van B verrichte) onderzoek vervolgens blijkt dat inderdaad sprake is van ernstige verontreiniging, dan is de koopovereenkomst van rechtswege ontbonden, zélf als A en B nog van niets weten. Een dergelijke strikte werking van de ontbindende voorwaarde zal wellicht niet stroken met de bedoelingen van partijen. Misschien dat partijen met de verkregen kennis uit het bodemonderzoek toch nog tot (aanvullende) overeenstemming over de gesloten koopovereenkomst kunnen komen. Het ligt dan ook meer voor de hand dat B jegens A een beroep moet doen op het feit dat uit het bodemonderzoek ernstige verontreiniging is gebleken. Dat geeft partijen in elk geval de gelegenheid om binnen de kaders van de reeds gesloten koopovereenkomst tot een oplossing te zoeken.

#### *Gevolgen van het intreden van de ontbindende voorwaarde*

Een (koop)overeenkomst met een ontbindende voorwaarde heeft tussen partijen volledige werking tot het moment dat de voorwaarde in-

treedt. Alle rechten en verplichtingen tussen partijen zijn dan ook afdwingbaar (voor zover deze tenminste al opeisbaar zijn), ook al bestaat de kans dat de overeenkomst zal worden ontbonden. Indien bijvoorbeeld een koper een waarborgsom bij de notaris moet storten voordat zeker is of de ontbindende voorwaarde van financiering zal intreden, zal hij desondanks de waarborgsom tijdig moeten storten. Doet de koper dat niet of niet tijdig in afwachting van het al dan niet verkrijgen van financiering en het zodoende eventueel intreden van de ontbindende voorwaarde, dan pleegt hij jegens de verkoper wanprestatie. Voor zover ten tijde van het intreden van een ontbindende voorwaarde al prestaties zijn verricht, dienen deze ten gevolge van de ontbinding weer ongedaan te worden gemaakt (art. 6:24 BW), tenzij uit de inhoud of strekking van de overeenkomst anders voortvloeit. Een door de koper gestorte waarborgsom zal bijvoorbeeld gerestitueerd moeten worden en de koper zal een reeds verkregen set sleutels aan de verkoper moeten retourneren. Sommige verplichtingen lenen zich echter nauwelijks of niet voor ongedaanmaking, zoals een in het kader van een verkoop reeds verricht bodemonderzoek. Voor dit soort prestaties dienen dan ook duidelijke afspraken te worden gemaakt over welke partij de kosten zal dragen in geval van het intreden van de ontbindende voorwaarde.

#### *Goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden*

Tot slot besteden we nog aandacht aan de hiervoor reeds vermelde goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden. Deze goederenrechtelijke werking van ontbindende voorwaarden kan intreden, indien een onroerende zaak (in eigendom, erfpacht, vruchtgebruik of als opstalrecht) onder een ontbindende voorwaarde is geleverd. Ten gevolge van deze levering onder ontbindende voorwaarde verkrijgt – bijvoorbeeld – een koper de eigendom van een woning, maar de koper is slechts eigenaar zolang de ontbindende voorwaarde niet is ingetreden. Zodra de ontbindende voorwaarde echter intreedt, verliest deze koper respectievelijk eigenaar van de woning van rechtswege zijn eigendom en herkrijgt op hetzelfde moment de vorige eigenaar de eigendom van deze woning. Indien dus de ontbindende voorwaarde intreedt, vindt een eigendomsovergang plaats zónder dat er enige nadere (rechts)handeling is vereist, zoals het passeren van een notariële leveringsakte. Deze eigendomsovergang bij het intreden van de voorwaarde wordt de goederenrechtelijke werking genoemd.

Ook indien de betreffende koper zijn woning al heeft doorgeleverd aan een derde of al heeft bezwaard met bijvoorbeeld een hypotheekrecht, dan blijft de goederenrechtelijke werking volledige werking behouden. Indien de ontbindende voorwaarde ná levering aan de derde of bezwaring met het hypotheekrecht alsnog intreedt, verliest ook deze derde de eigendom van de woning respectievelijk eindigt het hypotheekrecht. Ook deze eigendom en dit hypotheekrecht bestaan immers slechts onder de ontbindende voorwaarde en vervallen zodra de ontbindende voorwaarde intreedt. Door deze goederenrechtelijke werking is de ontbindende voorwaarde weliswaar een krachtig, maar ook risicovol juridisch instrument.

### Praktische adviezen:

- Het redigeren van een ontbindende voorwaarde kan lastig zijn. Over het algemeen dient een ontbindende voorwaarde echter de hiervoor omschreven zes elementen te bevatten, die derhalve als 'checklist' zijn te gebruiken.
- In zijn algemeenheid is het beter ontbindende voorwaarden zodanig te redigeren, dat op het intreden van de voorwaarde door een partij bij de wederpartij een beroep moet worden gedaan. Het alternatief – de voorwaarde treedt van rechtswege in werking – kan tot negatieve verrassingen leiden, bijvoorbeeld door onbekendheid met het feit dat de voorwaarde is ingetreden. Indien inderdaad een beroep op een voorwaarde dient te worden gedaan, moet expliciet zijn opgenomen wélke partij(en) een beroep op de voorwaarde kan (kunnen) doen.
- In het bijzondere geval dat ook een levering dient te geschieden onder ontbindende voorwaarde, dient goed doordacht te worden wat de financiële risico's zijn bij het intreden van deze voorwaarde. Vrijwel altijd zal voorkomen moeten worden dat ten gevolge van het intreden van een ontbindende voorwaarde de (reeds betaalde) koopsom en de eigendom (of ander recht) in het vermogen van dezelfde partij vallen.

### Kosten en belastingen

Met de verkoop en levering van een onroerende zaak zijn vanzelfsprekend kosten gemoeid. Te denken valt aan kosten van de makelaar en de notaris, de overdrachtsbelasting of omzetbelasting en de kosten van het kadaster. De wet bepaalt in art. 7:12 lid 2 BW dat, overeenkomstig de bestaande praktijk, de kosten van de koopakte en de overdracht voor rekening van de koper zijn (*kosten koper*). Ook deze wettelijke regeling is echter van aanvullend recht, zodat partijen met betrekking tot deze kosten ook andere afspraken kunnen maken. Een veel voorkomende afwijking is de verkoop van nieuwbouwwoningen *vrij op naam*, waarbij de verkoper respectievelijk ontwikkelaar van deze nieuwbouw alle kosten (waaronder de verschuldigde overdrachts- en/of omzetbelasting) voor zijn rekening neemt en een koper uitsluitend de koopsom behoeft te voldoen.

### Tekortschieten en boete

Elk van de partijen bij een koopovereenkomst heeft een aantal verplichtingen jegens de wederpartij. De voornaamste verplichtingen van de koper bestaan uit de tijdige juridische aanvaarding van de te leveren onroerende zaak en vanzelfsprekend de tijdige en volledige voltooing van de koopsom. De voornaamste verplichting van de verkoper bestaat uit de tijdige levering van de verkochte onroerende zaak in de staat en onder de voorwaarden zoals tussen partijen overeen is gekomen.

We bespreken hier:

- de tekortkoming in de nakoming door één van de partijen;
- de schadevergoeding in geval van tekortkoming in de nakoming;
- de boete in geval van tekortkoming in de nakoming en het boetebeding.

#### *Tekortkoming in de nakoming*

Uiteraard is het mogelijk dat een partij haar verplichtingen niet tijdig of volledig, dan wel ondeugdelijk nakomt. De koper voldoet bijvoorbeeld de koopsom niet door tijdige storting op de derdengeldenreke-

ning van de notaris of de verkoper levert, in strijd met hetgeen hij verplicht is, een woning met een gebrekkige fundering. In dergelijke gevallen is sprake van een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van deze partij. Let wel: het feit dat een woning een gebrekkige fundering heeft, wil nog niet zeggen dat sprake is van een tekortkoming. De koper die willens en wetens een pand met een gebrekkige fundering koopt, kan later niet stellen dat de verkoper tekortschiet. Uitsluitend indien de koper ervan uit mocht gaan dat een dergelijk gebrek afwezig was, zal sprake zijn van een tekortschieten aan de zijde van de verkoper.

Of dan ook sprake is van een *toerekenbare* tekortkoming in de nakoming – en derhalve sprake is van wanprestatie – hangt af van de vraag of al dan niet sprake is van overmacht aan de zijde van de verkoper. Een tekortkoming die op grond van overmacht niet toerekenbaar is aan de partij die tekortschiet, blijft vanzelfsprekend een tekortkoming, maar levert geen wanprestatie door deze partij op. Het verschil in juridische gevolgen tussen een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) en een niet-toerekenbare tekortkoming is, dat bij wanprestatie de wederpartij zowel schadevergoeding als ontbinding van de koopovereenkomst kan vorderen. Bij een niet-toerekenbaar tekortschieten kan de wederpartij slechts ontbinding van de koopovereenkomst vorderen. Overmacht zal zich echter slechts in zeldzame gevallen voordoen, zoals bij een langdurige storing van het geldverkeer tussen banken waardoor de koper niet in staat is tijdig de koopsom te storten. In het merendeel van de gevallen van tekortschieten in contractuele verplichtingen dreigt dus de vordering tot schadevergoeding.

In de meeste gevallen moet een wederpartij de tekortschietende partij in de gelegenheid stellen om alsnog haar verplichtingen na te komen. Mocht bijvoorbeeld de ochtend vóór het passeren van de akte van levering een ruit van de verkochte woning zijn gebroken, dan zal dit feitelijke gebrek aan de woning een tekortkoming in de verplichtingen van de verkoper betekenen. Indien de ruit niet voor het passeren van de akte van levering gerepareerd kan worden, kan de koper de verkoper in gebreke stellen door middel van een schriftelijke aanmaning (tot reparatie van de ruit) binnen een redelijke termijn. Voldoet de verkoper hieraan binnen de redelijke termijn, dan is hij alsnog zijn verplichtingen juist nagekomen. Voldoet hij echter niet, dan pleegt hij wanprestatie.

#### *Schadevergoeding*

Het wettelijke systeem met betrekking tot tekortschieten in verplichtingen, het al dan niet verplicht uitbrengen van een ingebrekestelling, eventuele overmacht en de juridische gevolgen van al deze kwesties is zeer genuanceerd en aanzienlijk ingewikkelder dan hiervoor is geschetst. Ook hanteert de wet enigszins vage termen, zoals de ‘redelijke termijn’ waarbinnen een partij na ingebrekestelling alsnog kan nakomen. Tot slot heeft een partij die schadevergoeding vordert op grond van wanprestatie door de wederpartij het probleem, dat het vaak moeilijk is om te bewijzen wat de nauwkeurige omvang van die schade is. Dit laatste is, zónder een aanvullende regeling in de koopovereenkomst, echter een vereiste voor het toegewezen kunnen krijgen van schadevergoeding door een rechter.

In koopovereenkomsten wordt daarom vaak een contractuele regeling opgenomen, die de wettelijke regeling gedeeltelijk vervangt en aanvult.



Het NVM-model koopakte (bestaande eengezinswoning, juli 2004) bepaalt bijvoorbeeld:

#### Ingebrekestelling, ontbinding

- 10.1 Indien één van de partijen, na in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen nalatig is of blijft in de nakoming van één of meer van haar uit deze overeenkomst voortvloeiende verplichtingen, kan de wederpartij van de nalatige deze overeenkomst zonder rechterlijke tussenkomst ontbinden door middel van een schriftelijke verklaring aan de nalatige.
- 10.2 Ontbinding op grond van tekortkoming is slechts mogelijk na voorafgaande ingebrekestelling. Bij ontbinding van de overeenkomst op grond van toerekenbare tekortkoming zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij een zonder rechterlijke tussenkomst terstond opeisbare boete van [ ], zegge [ ] euro verbeuren, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding en vergoeding van kosten van verhaal.
- 10.3 Indien de wederpartij geen gebruik maakt van zijn recht de overeenkomst te ontbinden en nakoming verlangt, zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij na afloop van de in 10.1 vermelde termijn van acht dagen voor elke sedertdien verstreken dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd zijn van drie mille van de koopprijs, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding en vergoeding van kosten van verhaal. Indien de wederpartij na verloop van tijd de overeenkomst alsnog ontbindt dan zal deze boete verschuldigd zijn voor elke na afloop van de in 10.1 vermelde termijn van acht dagen verstreken dag tot aan de dag waarop de overeenkomst ontbonden is.
- 10.4 Indien de nalatige partij na in gebreke te zijn gesteld binnen de vermelde termijn van acht dagen alsnog zijn verplichtingen nakomt, is deze partij desalniettemin gehouden aan de wederpartij diens schade als gevolg van de niet-tijdige nakoming te vergoeden.
- 10.5 [...]

Deze bepaling regelt contractueel een aantal kwesties in geval van een tekortkoming in de nakoming van verplichtingen, maar wijkt daarbij ook gedeeltelijk af van de wettelijke regeling.

De belangrijkste consequenties van deze contractuele regeling zijn de volgende.

Voordat de koopovereenkomst door een partij kan worden ontbonden, is blijkens de NVM-bepaling steeds éérst een schriftelijke ingebrekestelling vereist. De wet kent op dit uitgangspunt een aantal uitzonderingen, bijvoorbeeld ingeval op een overeengekomen termijn (zoals de datum van notariële levering) niet wordt nagekomen. Bij onroerend goed verdient de NVM-bepaling mijns inziens echter in de meeste gevallen de voorkeur. Daarnaast vult de NVM-bepaling de wettelijke regeling aan door de 'redelijke termijn' waarbinnen door een partij alsnog nagekomen dient te worden vast te stellen op acht dagen, waarna de wederpartij de mogelijkheid tot ontbinding van de koopovereenkomst verkrijgt.

De contractuele mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding wijkt in het NVM-model sterk af van het wettelijke systeem. Deze afwijkingen betreffen zowel de *omvang* van de schadevergoeding, als het



*moment* waarop een verplichting tot schadevergoeding ontstaat. De omvang van de schadevergoeding is te onderscheiden in de volgende drie delen:

- Art. 10.2: In geval van ontbinding is de partij die wanprestatie pleegt aan de wederpartij een boete (zie hierna voor dit begrip) verschuldigd van (meestal) tien procent van de koopprijs, alsmede eventueel aanvullende schadevergoeding en vergoeding van de kosten van verhaal.
- Art. 10.3: Ingeval de wederpartij géén ontbinding van de koopovereenkomst vordert maar juiste nakoming van de verplichtingen door de andere partij, dan is de andere partij een boete verschuldigd van drie mille van de koopprijs na verloop van de termijn van acht dagen na ingebrekestelling tot aan de dag van (juiste) nakoming. Ook deze boete kan verhoogd worden met aanvullende schadevergoeding en vergoeding van kosten van verhaal. Overigens noemt art. 10.3 niet dat deze boete en aanvullende schadevergoeding uitsluitend verschuldigd zijn in geval van *toerekenbare* tekortkoming (wanprestatie), maar redelijke uitleg van deze bepaling in combinatie met art. 10.2 brengt dit wel met zich mee.
- Art. 10.4: Ingeval een partij in gebreke wordt gesteld en deze partij alsnog haar verplichtingen juist nakomt binnen de ‘redelijke’ termijn van acht dagen, dient deze tóch de schade van de wederpartij te vergoeden ten gevolge van de eerdere niet-nakoming. Deze contractuele bepaling wijkt daarmee sterk af van de wettelijke regeling, waar juist het uitgangspunt is dat een partij een redelijke termijn krijgt om gemaakte fouten te herstellen zónder verdere gevolgen.

#### *Boete en boetebeding*

In de genoemde NVM-bepaling worden de termen schadevergoeding en boete gebruikt. Van de betekenis van ‘schadevergoeding’ heeft iedereen een redelijk beeld, maar voor het begrip ‘boete’ ligt dat wellicht anders. Dat laatste is ook in die zin begrijpelijk, omdat het begrip boete twee inhoudelijk verschillende betekenissen heeft. Enerzijds wordt de term boete gebruikt als sanctie om de andere partij te verleiden tijdig en juist na te komen. De boete vormt als het ware een ‘stok achter de deur’ voor het geval deze partij tekort zou (willen) schieten in haar verplichtingen, *ongeacht* of sprake is van schade bij de wederpartij.

Anderzijds wordt de term boete gebruikt voor de (geheel of gedeeltelijk) gefixeerde schadevergoeding. Déze boete is wel degelijk bedoeld ter compensatie van geleden schade door de wederpartij. De reden om deze schadevergoeding te fixeren is dat het in geval van wanprestatie vaak moeilijk is vast te stellen wat de omvang van de geleden schade precies is. De boete als gefixeerde schadevergoeding is de boete zoals bedoeld in de wettelijke regeling van art. 6:92 t/m 94 BW. Deze wetsartikelen vormen overigens een aanvullende regeling, zodat het partijen vrijstaat hiervan af te wijken (met uitzondering van art. 6:94 lid 1 BW inzake het rechterlijk matigingsrecht van de omvang van de boete).

Gezien de verschillende betekenissen van het begrip boete – ‘stok achter de deur’ of gefixeerde schadevergoeding – is het wezenlijk dat uit overeenkomsten met boetebedingen duidelijk blijkt wélk type boete partijen op het oog hebben. Voormelde art. 10.2 en 10.3 van het NVM-model zijn een mengeling van beide soorten boetes. Dat blijkt daaruit, dat náást de boete (in de betekenis van ‘stok achter de deur’) tevens *aanvullende* schadevergoeding gevorderd kan worden.

Tot slot een woord van waarschuwing met betrekking tot contractuele boetes. Boetebedingen kunnen zonder meer zinvol zijn, zeker tussen professionele partijen of als 'stok achter de deur'. Tussen particuliere partijen kunnen boetebedingen echter relatief eenvoudig tot onredelijke consequenties leiden. Slechts weinig particuliere verkopers zullen bijvoorbeeld beseffen dat ook zij met een dergelijk boetebeding geconfronteerd kunnen worden; de meeste particuliere partijen beleven een boetebeding toch als een instrument dat tegen een wanpresterende koper kan worden ingezet. Het genoemde art. 10.3 van de NVM-koopovereenkomst met een boetebedrag per verstreken dag kan echter zeer wel door een koper tegen de verkoper worden ingeroepen, bijvoorbeeld indien de koper meent dat bij de gekochte woning sprake is van een feitelijke gebrek (non-conformiteit) in enig opzicht. Tegen de tijd dat een rechter de koper in het gelijk heeft gesteld, is de door de verkoper verschuldigde boete torenhoog. Enige terughoudendheid bij het opnemen van boeteclausules in koopovereenkomsten is derhalve gepast.

#### **Praktisch advies:**

Uit een overeenkomst met boetebeding dient helder te blijken of sprake is van gefixeerde schadevergoeding of een 'stok achter de deur'. Partijen dienen in elk geval te beseffen, dat ook een relatief kleine niet-nakoming tot verschuldigdheid van de gehele boete kan leiden (echter onverminderd de mogelijkheid van rechterlijke matiging).

#### **Waarborgsom en bankgarantie**

Zowel bij de particuliere als de professionele (ver)koop van vastgoed is het gebruikelijk door de koper een waarborgsom te laten storten, nadat de koopovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Storting van een waarborgsom vindt in de praktijk steeds plaats op de derden-geldenrekening van een notaris. De achterliggende reden voor het overeenkomen van storting van een waarborgsom door de koper is het creëren van aanvullende (financiële) zekerheid voor de verkoper. Mocht de koper zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst niet nakomen, dan is de koper meestal de hiervoor besproken (contractuele) boete en/of aanvullende schadevergoeding aan de verkoper verschuldigd. De vordering uit hoofde van de (opeisbare) boete of schadevergoeding is vanzelfsprekend óók opeisbaar indien door de koper geen waarborgsom gestort is, maar de verkoper kan dan wel een incassoprobleem hebben indien de koper niet kan of wil betalen. Indien de koper echter een waarborgsom heeft gestort, strekt deze som tot direct verhaal door de verkoper.

Een in de praktijk gebruikelijk alternatief voor de waarborgsom vormt de bankgarantie. Bij een *bankgarantie* stelt een bank ten behoeve van de verkoper een schriftelijke garantie, dat de bank op eerste verzoek van de notaris de (gewaarborgde) som zal uitkeren aan de koper. De notaris houdt als zekerheid voor de verkoper dus geen geld onder zich, maar een schriftelijke garantie van een bank. Het staat partijen vrij al dan niet storting van een waarborgsom of het stellen van een bankgarantie overeen te komen. Ook de hoogte van de waarborgsom of bankgarantie staat in beginsel ter vrije bepaling van partijen, maar de particuliere woningkoper hoeft nooit meer zekerheid te stellen dan tien procent van de koopprijs (art. 7:26 lid 4 BW).

### **Uitsluiten van een toekomstige ontbinding**

Indien een partij bij een overeenkomst wezenlijk tekortschiet in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen – meestal is sprake van wanprestatie, maar ook in geval van overmacht bij de tekortschietende partij – heeft de wederpartij het recht de overeenkomst te ontbinden. Dit ontbindingsrecht bestaat dus náást een eventuele vordering tot schadevergoeding door de wederpartij.

Bij een onjuiste of slechts gedeeltelijke nakoming van een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak kan deze koopovereenkomst zowel vóór als ná de juridische levering worden ontbonden. Het feit dat de juridische levering heeft plaatsgevonden, is daarom (nauwelijks) van belang voor de mogelijkheid van toekomstige ontbinding bij een pas later blijkend tekortschieten door een partij bij die koopovereenkomst. Het juridische gevolg van een rechtsgeldige ontbinding van een koopovereenkomst is onder meer, dat reeds verrichte prestaties (meestal) ongedaan gemaakt moeten worden. Indien bijvoorbeeld al juridisch geleverd is, moet de geleverde onroerende zaak weer teruggeleverd worden aan de oorspronkelijke verkoper en moet deze verkoper de door de koper betaalde koopsom ook weer retourneren. Dergelijke ongedaanmakingsverplichtingen kunnen voor een partij echter zeer negatieve gevolgen hebben.

#### **■ Voorbeeld**

De heer A verkoopt zijn woning met tuin aan mevrouw B. Na de juridische levering van de woning aan B ontdekt zij dat de grond onder de woning en de tuin ernstig verontreinigd zijn door een vroeger op het perceel aanwezige stomerij. De woning en tuin zijn zonder ingrijpende bodemsanering niet als zodanig te gebruiken. B ontdekt tevens dat A vóór het aangaan van de koopovereenkomst al van dit alles op de hoogte was. A heeft jegens B echter in alle toonaarden gezwegen over de vervuiling. B stelt jegens A bij de rechter een vordering in tot ontbinding van de koopovereenkomst op grond van non-conformiteit. De rechter wijst de vordering toe en de koopovereenkomst is daarmee ontbonden. In ieder geval ontstaan met deze ontbinding de ongedaanmakingsverplichtingen tot teruglevering van de woning door B aan A en tot terugstorting van de (door B betaalde koopsom) door A aan B. Als door B al een hypotheekrecht op de woning is gevestigd, ontstaat voor B tevens de verplichting dit hypotheekrecht uiterlijk bij de teruglevering aan A te laten vervallen.

Zoals uit het voorbeeld blijkt, kunnen bij een ontbinding van de koopovereenkomst omvangrijke ongedaanmakingsverplichtingen ontstaan. Niet alleen wat betreft het aantal, maar ook inhoudelijk kan dat partijen voor ernstige problemen stellen. Als de verkoper de koopsom moet retourneren aan de koper, terwijl hij deze koopsom intussen gebruikt heeft voor de koop van een nieuwe woning, ontstaat bij hem een ernstig financieel probleem. Als de koper de woning heeft verhuurd aan derden, blijft deze huurovereenkomst bij teruglevering aan de verkoper in stand. In beginsel is de koper echter verplicht de woning onverhuurd aan de verkoper terug te leveren, zodat ook hij ten gevolge van de ongedaanmakingsverplichting een lastig probleem heeft.

Om dergelijke problemen ten gevolge van ongedaanmakingsverplichtingen te voorkomen, kunnen partijen in de koopovereenkomst overeenkomen om de mogelijkheid van toekomstige ontbinding uit te sluiten. De partij die tekortschiet in de nakoming van de koopover-

eenkomst kan dan in de toekomst uitsluitend nog geconfronteerd worden met een vordering tot schadevergoeding, maar niet meer met een ontbinding. Ongedaanmakingsverplichtingen uit hoofde van een ontbinding van de koopovereenkomst kunnen dus niet meer ontstaan.

#### **Praktische adviezen:**

- Tot het moment van levering zal – wellicht zeer bijzondere omstandigheden daargelaten – geen van partijen behoefte hebben aan uitsluiting van ontbinding in de koopovereenkomst. Beide partijen moeten immers kunnen ontbinden zolang aan de hoofdverbintenissen van partijen (levering van de onroerende zaak en betaling van de koopsom) nog niet is voldaan.
- Ook ná de juridische levering zal voor de koper zelden een reden bestaan om de mogelijkheid van ontbinding uit te willen sluiten. Een dergelijke uitsluiting beperkt de koper in zijn toekomstige rechtsmiddelen in geval van niet-volledige dan wel anderszins gebrekkige nakoming door de verkoper. Voor de koper is daarom in beginsel het advies de ontbindingsmogelijkheid niet uit te sluiten.
- Indien de verkoper in de toekomst uitsluitend geconfronteerd wenst te worden met een vordering tot schadevergoeding (en niet het teruggeleverd krijgen van het onroerend goed naar aanleiding van een ontbinding door de koper), is het voor de verkoper zinvol om ontbinding juist wel uit te sluiten. Indien de koper in de toekomst alsnog zou willen ontbinden en de verkoper vergoeding van aanvullende schadevergoeding alsnog wenst te vermijden, kunnen partijen alsdan anders overeenkomen.
- In de verhouding tussen een professionele verkoper en een consument-koper dient vrijwel nooit uitsluiting te worden opgenomen, mede gezien eventuele rechtstreekse of analoge toepassing van de zogeheten 'zwarte lijst' met verboden algemene voorwaarden (art. 6:236 sub b BW).
- Gezien de vrij sterke belangentegenstelling van partijen is de vraag naar het uitsluiten van ontbinding niet zozeer juridisch van aard, maar eerder van commerciële aard – althans voor zover zowel verkoper als koper een professionele partij is. Voor professionele partijen een mogelijke punt van onderhandeling derhalve.

#### **Inschrijving van de koopovereenkomst bij het kadaster**

Sinds 1 september 2003 bestaat de wettelijke mogelijkheid om een gesloten koopovereenkomst in de openbare registers (kadaster) in te schrijven (art. 7:3 BW). De achtergrond van deze mogelijkheid is, overeenkomstig de driedaagse bedenktijd van de particuliere woningkoper, juridische bescherming van de koper van onroerend goed. Anders dan bij de driedaagse bedenktijd is inschrijving van een koopovereenkomst ook mogelijk bij ander onroerend goed dan woningen en in geval van een niet-particuliere (dus professionele) koper. Daarmee is het toepassingsbereik van art. 7:3 BW aanzienlijk ruimer dan de driedaagse bedenktijd van art. 7:2 BW. Overigens bestaat ter zake nog steeds één verschil tussen de particuliere en de professionele koper. Voor de particuliere woningkoper is de inschrijvingsmogelijkheid van dwingendrechtelijke aard. Een afwijkend beding in dergelijke koopovereenkomsten ten nadele van de koper is dus nietig. Met een professionele koper kan daarentegen rechtsgeldig overeengekomen worden dat de koopovereenkomst niet zal worden ingeschreven.

Waaruit bestaat de bescherming die een koper verkrijgt vanaf het moment van inschrijving? Samengevat is de koper vanaf het moment van inschrijving en gedurende een maximale termijn van zes maanden be-

schermde tegen tal van mogelijke juridische gebreken die gedurende deze termijn aan de zijde van verkoper kunnen intreden. Een aansluitende verlenging van de eerste inschrijving van de koopovereenkomst is overigens niet mogelijk. Art. 7.3 lid 3 BW geeft een limitatieve opsomming van de 'gebreken' waartegen de koper alsdan is beschermd, welke onder meer zijn:

- overdracht of bezwaring met een beperkt recht (erfpachtrecht, vruchtgebruik, hypotheek) van het verkochte aan respectievelijk ten behoeve van een derde;
- verhuuring of verpachting van het verkochte, voor zover tot stand gekomen na de inschrijving van de koopovereenkomst;
- executoriaal of conservatoir beslag op het verkochte voor zover het proces-verbaal in de openbare registers ingeschreven ná de inschrijving van de koopovereenkomst;
- faillissement, surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, voor zover uitgesproken ná de dag van inschrijving van de koopovereenkomst.

#### ■ Voorbeeld

De heer A verkoopt een perceel bouwterrein aan ontwikkelaar B, waarbij overeenkomen dat de notariële levering zal plaatsvinden zodra B de financiering heeft geregeld. De koopovereenkomst wordt de dag na de ondertekening door middel van tussenkomst van de notaris ingeschreven in de openbare registers. Vóórdat het echter tot levering van het bouwterrein komt, wordt de heer A failliet verklaard. Dit faillissement staat de levering aan B echter niet in de weg. B kan nog steeds het bouwterrein geleverd krijgen, ondanks het faillissement van A en ook indien de curator geen medewerking wil verlenen. Indien echter verzuimd is de koopovereenkomst in te schrijven, heeft B daarentegen een ernstig probleem. In dat geval is hij immers afhankelijk van de medewerking van de curator voor de levering, waarbij nog maar moet blijken of de curator inderdaad de verplichting tot levering wil nakomen.

De voordelen van inschrijving voor de particuliere of professionele koper zijn evident. De koper verkrijgt een hoge mate van zekerheid dat in de periode tussen het inschrijven van de koopovereenkomst en de juridische levering geen juridische beperkingen zullen ontstaan, die de levering in de weg kunnen staan of anderszins een juridische beperking op het gekochte onroerend goed kunnen betekenen.

Voor de positie van de verkoper lijkt inschrijving van de koopovereenkomst daarentegen nadelig. Juridische bescherming krijgt de verkoper door de inschrijving nauwelijks, maar hij ondervindt wel een aantal nadelen. De twee voornaamste nadelen van inschrijving voor de verkoper zijn de volgende. Ten eerste wordt de koopovereenkomst door inschrijving in de registers openbaar. De registers zijn immers algemeen toegankelijk, zodat derden kennis kunnen nemen van het bestaan en de inhoud van de koopovereenkomst (waaronder de hoogte van de koopsom en de overeengekomen voorwaarden). Dit nadeel van openbaarheid kan overigens sterk worden beperkt door niet de hele koopovereenkomst in te laten schrijven, maar een uittreksel daarvan.

Ten tweede heeft de verkoper in beginsel niet langer de mogelijkheid om een hypothecaire financiering op de verkochte onroerende zaak aan te gaan. Een hypotheekverstrekker wenst immers afdoende zeker-

heid dat de geleende som zal worden terugbetaald, bij gebreke waarvan hij zich wil verhalen op de onroerende zaak waarop hij een hypotheekrecht heeft verkregen. Een koper hoeft een dergelijk hypotheekrecht bij de levering van de onroerende zaak echter niet tegen zich te laten gelden; het hypotheekrecht zal bij de levering komen te vervallen, óók indien de lening niet of slechts gedeeltelijk door de verkoper wordt afgelost. Een hypotheekverstrekker zou derhalve een uiterst onzeker hypotheekrecht verkrijgen en dus nauwelijks of niet bereid zijn een (hypothecaire) lening te verstrekken met de verkochte onroerende zaak als onderpand. Dit probleem ontstaat voornamelijk bij de zogeheten overbruggingshypotheken.

Voor de verkoper (en overigens ook de koper) bestaat overigens één duidelijk voordeel bij inschrijving van de koopovereenkomst, namelijk indien deze inschrijving mede geschiedt in het kader van de Wet Voorkoepsrecht Gemeenten (WVG). Een WVG-besluit ná een dergelijke inschrijving kan aan partijen niet worden tegengeworpen en dus kan ondanks dit WVG-besluit aan de koper worden geleverd (mits de levering plaatsvindt binnen zes maanden na inschrijving van de koopovereenkomst).

In de volgende gevallen is inschrijving echter (nog) niet mogelijk:

- Indien een verkoper een onroerende zaak heeft verkocht waarvan hij nog niet de rechthebbende is (hij is bijvoorbeeld nog geen eigenaar of erfpachter). Dit laatste is vooral van belang bij ABC-transacties, waarbij A (rechthebbende) een koopovereenkomst met B sluit en B de (nog niet aan hem geleverde) onroerende zaak doorverkoopt aan C. De koopovereenkomst A-B is inschrijfbaar, maar de koopovereenkomst B-C niet.
- De koopovereenkomst van een particuliere woningkoop is in beginsel pas inschrijfbaar na verloop van de wettelijke bedenktijd van drie dagen (art. 7:3 lid 2 jo. 7:2 lid 2 BW).
- De periode waarin een koper de bescherming van art. 7:3 BW verkrijgt, is beperkt tot maximaal zes maanden na de inschrijving dan wel de eerdere levering aan koper van de verkochte onroerende zaak. Nadat de termijn van zes maanden is verlopen zonder een levering aan koper, kan gedurende zes maanden na verloop van deze termijn niet wederom een koopovereenkomst tussen dezelfde partijen en met betrekking tot dezelfde onroerende zaak worden ingeschreven.

De feitelijke inschrijving van een koopovereenkomst in de openbare registers geschiedt door middel van een notariële kadasterverklaring. De notaris stelt daarvoor een verklaring op, waaraan (een kopie van) de koopovereenkomst of een uittreksel van de koopovereenkomst is gehecht. De notaris die de inschrijving verricht, moet in de verklaring opnemen dat hem is gebleken van de totstandkoming van de koopovereenkomst. Vervolgens wordt de verklaring door de notaris bij de openbare registers aangeboden en ingeschreven.

#### **Praktische adviezen:**

- Gezien de wezenlijke juridische bescherming van een koper, zal het meestal aanbeveling verdienen een koopovereenkomst in de openbare registers in te schrijven.
- In verband met de eventuele toekomstige positie van de verkoper in het geval ná de inschrijving alsnog geen overdracht zou plaatsvinden, heeft het de voorkeur een uittreksel van de koopovereenkomst in te schrijven.

#### **Vereiste van toestemming van de echtgenoot/geregistreerde partner bij verkoop van de echtelijke woning**

Zoals in 1.3.1 is beschreven, vereist de wet dat een echtgenoot toestemming verleent aan de andere echtgenoot voor het aangaan van overeenkomsten die strekken tot het vervreemden, bezwaren of in gebruik geven van een door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot alleen bewoonde woning (art. 1:88 BW). Gezien de sanctie van vernietigbaarheid bij het ontbreken of het niet schriftelijk verlenen van deze toestemming is het essentieel, dat ten tijde van de ondertekening van de schriftelijke koopovereenkomst met betrekking tot de echtelijke woning de vereiste toestemming wordt verleend. Indien deze ten tijde van de (beoogde) levering nog ontbreekt, zal de betrokken notaris overigens terecht weigeren de akte van levering te passeren.

### **1.5 Juridische levering van onroerend goed**

Zoals in 1.1 reeds is geschetst, dient voor een rechtsgeldige overdracht te worden voldaan aan de vereisten van een geldige titel, beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder en (het verrichten van) een leveringshandeling. De leveringshandeling omvat de uitvoering van de titel, die immers tot eigendomsoverdracht verplicht, en is hét moment waarop de eigendom (of ander te leveren recht) daadwerkelijk van de vervreemder op de verkrijger overgaat. Het verrichten van een leveringshandeling is dan ook vooral van belang voor het vaststellen van het moment waarop eigendomsovergang plaatsvindt. Op zich is een overdracht zonder leveringsvereiste best denkbaar, maar het belang om het precieze moment van eigendomsovergang vast te kunnen stellen wordt algemeen als wezenlijk beschouwd. Vrijwel alle continentale rechtssystemen kennen dan ook een systeem van overdracht met leveringsvereiste. Het vereiste van een levering ten behoeve van het voltooien van een overdracht is in de wet voor verschillende soorten goederen aan verschillende formaliteiten verbonden. Voor onroerend goed bestaat deze leveringshandeling uit het passeren van een leveringsakte met de in 1.5.2 beschreven inhoud door een notaris en de inschrijving van deze akte in de openbare registers (kadaster). De functie van de notaris en de inhoud van de leveringsakte vormen daarmee het slot van het privaatrechtelijke traject van onderhandelingen, (ver)koop en – uiteindelijk – levering van onroerend goed, met als doel de eigendom of andere rechten op onroerend goed over te dragen.

Met betrekking tot de juridische levering van eigendom, komen aan de orde:

- de rol van de notaris (1.5.1); en
- de notariële leveringsakte (1.5.2).



### 1.5.1 **Rol van de notaris**

De juridische levering van eigendom van en beperkte rechten op onroerende zaken kan uitsluitend geschieden door middel van het passeren van een notariële akte van levering, gevolgd door inschrijving van een afschrift van die akte in de openbare registers (kadaster). Zeer gesimplificeerd weergegeven is dát de rol van de notaris. De werkelijkheid van de notariële vastgoedpraktijk is echter een volstrekt andere. Vanzelfsprekend is het opstellen en passeren van leveringsakten een essentieel onderdeel van de taken van het notariaat. Daarnaast verricht de notaris bij iedere individuele levering echter een lange lijst van andere werkzaamheden ten behoeve van een zo probleemloos mogelijke en in ieder geval rechtsgeldige overdracht. De achterliggende reden daarvoor is duidelijk: onroerend goed is normaal gesproken dermate kostbaar, dat geen enkele partij zich wezenlijke fouten bij de overdracht daarvan kan veroorloven.

Welke taken neemt de notaris bij een overdracht op zich? In de eerste plaats verricht hij een serie van controlerende werkzaamheden. Is de verkoper wel beschikkingsbevoegd (zie 1.1.2)? Kan de onroerende zaak inderdaad worden geleverd of zijn er problemen dienaangaande, zoals beslagen, inschrijvingen op grond van de Wet Voorkeursrecht Gemeenten of uit de openbare registers blijkende rechten van derden? Ook zal de notaris controleren of de eerder tussen partijen opgestelde koopovereenkomst afdoende is om tot levering te kunnen overgaan.

Naast deze controlerende taken regelt de notaris ook vrijwel altijd het geldverkeer tussen partijen en draagt hij zorg voor de inning en voldoening van overdrachtsbelasting. Ten behoeve daarvan worden aflossingsnota's opgevraagd bij eventuele hypothecaire geldverstrekkers en worden voor partijen nota's van afrekening opgesteld. Na inschrijving in de openbare registers controleert de notaris of de levering juist is verlopen – zijn er bijvoorbeeld geen tussentijdse beslagen op de geleverde onroerende zaak gelegd – en pas daarna worden gelden aan de rechtshabbers uitbetaald. Bij dit geldverkeer vervult de zogeheten notariële derdengeldenrekening een bijzondere functie (art. 25 Wet op het Notarisambt). Deze bankrekening staat op naam van de notaris, maar de gelden die daarop zijn gestort – bijvoorbeeld door een koper van een onroerende zaak – vallen niet in het vermogen van de notaris. Schuld-eisers van een notaris kunnen zich dus nooit verhalen op deze gelden, zelfs niet in het zeer uitzonderlijke geval van faillissement van de notaris. Ook tussen de betrokken partijen geeft de derdengeldenrekening een hoge mate van zekerheid. Geen van hen kan immers zelf beschikken over deze gelden. Uitsluitend de notaris kan opdracht aan de bank verlenen tot overboeking.

Tot slot is het uiteraard de notaris die de akte van levering opstelt, passeert en inschrijft in de openbare registers. Voor zover nodig regelt de notaris de vereiste toestemmingen (bijvoorbeeld bij overdracht van erfpachtrechten) en de benodigde volmachten. Ondanks dat de notariële akte van levering bij de overdracht van onroerend goed de wettelijke kerntaak van de notaris is, kunnen we dus vaststellen dat deze slechts een bescheiden onderdeel vormt van de werkzaamheden die het notariaat bij een overdracht dient te verrichten.



Gezien de omschreven taken van de notaris en de doelstelling waarvoor hij bij iedere levering wettelijk verplicht moet worden ingeschakeld (rechtszekerheid bij de overdracht van onroerend goed), wordt hij in de praktijk soms als lastig en als dwarsligger beschouwd. Veel kwesties die in een eerder stadium van de overdracht, bijvoorbeeld bij het sluiten van een koopovereenkomst, over het hoofd zijn gezien of met de mantel der liefde zijn bedekt, komen immers alsnog boven water bij het inschakelen van de notaris. Het ontbreken van een vereiste 1:88 BW-verklaring of het niet-naleven door een van partijen van andere verplichtingen jegens derden zijn voor de passerend notaris serieuze beletsels. Nog afgezien van eventuele morele bezwaren bij de notaris kan hij dergelijke zaken ook op grond van het notariële tuchtrecht en het civiele (aansprakelijkheids)recht niet links laten liggen.

### 1.5.2 Notariële leveringsakte

Juridische levering van onroerend goed – uitdrukkelijk te onderscheiden van de (gehele) *overdracht* waar de levering deel van uitmaakt – kan uitsluitend plaatsvinden bij notariële akte en inschrijving in de openbare registers. Iedere leveringsakte (ook wel transportakte) dient wettelijk verplicht een aantal elementen te bevatten. De notaris verklaart op welke datum welke personen voor hem verschijnen en in welke hoedanigheid respectievelijk ten behoeve van welke partijen zij handelen. De akte vermeldt steeds de titel ter uitvoering waarvan de levering plaatsvindt (art. 3:89 lid 2 BW, zie 1.1). Ook wordt steeds de tegenprestatie (koopsom) vermeld (art. 46 Wet op het Notarisambt). In de akte kan de verkoper kwijting aan de koper verlenen voor de voldoening van de koopsom (hetgeen gebruikelijk is), maar een verplichting is dat niet. Vanzelfsprekend is in de leveringsakte een nauwkeurige omschrijving van het te leveren onroerend goed opgenomen met een nadere beschrijving van de te leveren zaak (bijvoorbeeld woonhuis met tuin en garage), het feitelijk adres, kadastrale gegevens en een aanduiding van de oppervlakte van het perceel.

In de akte van levering zal de notaris verklaren of een voorkeursrecht als bedoeld in de Wet Voorkeursrecht Gemeenten van kracht is met betrekking tot deze onroerende zaak. In de praktijk is deze verklaring vrijwel steeds negatief, omdat bij een gevestigd voorkeursrecht slechts in uitzonderingsgevallen een levering kan plaatsvinden aan anderen dan de desbetreffende gemeente. Tot slot stelt de notaris een zogeheten *voetverklaring* op ten behoeve van de belastingdienst, waaruit blijkt hoeveel overdrachtsbelasting (eventueel) verschuldigd is ten gevolge van de onderhavige overdracht.

Op grond van het vorenstaande kan een leveringsakte in feite zeer kort en bondig zijn. Zeker in een situatie waarin een degelijke schriftelijke koopovereenkomst is opgesteld, is het niet ongebruikelijk de leveringsakte te beperken tot de verplichte onderdelen, eventueel aangevuld met een enkele garantie van de verkoper. Dat heeft tevens het ‘voordeel’ dat na inschrijving in de openbare registers niet aan derden zal blijken, welke bijzondere bepalingen tussen partijen overeen zijn gekomen. Een koper behoudt zodoende zijn onderhandelingspositie bij toekomstige verkoop van de verkregen onroerende zaak. Desondanks worden in de praktijk ook uitgebreide leveringsakten opgesteld en ingeschreven. Dat kan bijvoorbeeld zinvol zijn bij het ontbreken van een

afdoende koopovereenkomst, maar ook met het oog op kenbaarheid van specifieke bepalingen ten behoeve van derden. Aanbiedingsverplichtingen, kettingbedingen (zie 1.2.7) en dergelijke winnen zelfs aanzienlijk aan juridische kracht als zij blijken uit de openbare registers.