

# Jurisprudentie- en actualiteitenoverzicht 2009 (civiel recht)

BW / FW / Rv

## INLEIDING

In 2009 heeft de Hoge Raad een aantal belangrijke arresten gewezen voor de vastgoedpraktijk. Allereerst wordt een tweetal arresten besproken over de (beschermde) positie van de beslaglegger en de koper die de koopovereenkomst heeft ingeschreven bij het kadaster. Vervolgens komen aan de orde een aantal voor de huurrechtpraktijk van belang zijnde uitspraken en uitspraken waarbij de vraag centraal staat of de overheid onrechtmatig heeft gehandeld. Tot besluit staan we nog kort stil bij het Wetsvoorstel inzake gemeentelijke inmenging bij V.v.E.'s en het Wetsvoorstel Kraken en Leegstand.



mr. J.W.A.  
Hockx



mr. M. Guerand

## 1. POSITIE BESLAGLEGGER BIJ FAILLISSEMENT SCHULDENAAR EN DERDEVERKRIJGER NA VERVREEMDING

### Casus

In 1996 en 1997 heeft de Ontvanger van de Belastingdienst (hierna: 'Ontvanger') ten laste van De Biltse Instrumentenfabriek B.V. (hierna: 'DBI') executoriaal beslag gelegd op een aantal machines die eigendom waren van holdingmaatschappij Rodem Beheer B.V. (hierna: 'Rodem') Werkmaatschappij DBI wordt in mei 1996 voorlopige surséance van betaling verleend. De bedrijfsactiviteiten worden voortgezet door Rodem. In maart 1998 legt de Ontvanger executoriaal beslag ten laste van Rodem op de machines. Kort daarna verkoopt en levert Rodem de machines aan Maico Motorcycles N.V. (hierna: 'Maico'), waarbij Rodem de machines onder zich blijft houden. Eind 1998 worden DBI, Rodem en Maico failliet verklaard. De machines worden begin 1999 in het openbaar verkocht in opdracht van de curator. Er is sprake van beslag op roerende zaken. Omdat voor onroerende zaken dezelfde regeling geldt bij beslag is het hierna te bespreken arrest ook van belang voor de vastgoedpraktijk.

### Beschikkings(on)bevoegdheid na beslag

In haar arrest van 20 februari 2009<sup>1</sup> gaat de Hoge Raad in op de positie van een schuldeiser die beslag heeft gelegd op een (roerende) zaak die vervolgens door de schuldenaar wordt vervreemd, waarna zowel de schuldenaar als de derdeverkrijger in staat van faillissement worden verklaard.

De Hoge Raad bevestigt nogmaals<sup>2</sup> dat een beslag niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van degene ten laste van wie het beslag is gelegd en verduidelijkt dat een beslaglegger bevoegd blijft zijn recht zich op de in beslag genomen zaak te verhalen voort te zetten, ook al maakt deze zaak geen deel meer uit van het vermogen van de schuldenaar.

### Gevolgen faillissement schuldenaar voor beslaglegger na vervreemding

Wat nu als de schuldenaar na de vervreemding failliet gaat? Art. 453a, lid 1 Rv bepaalt dat een na de inbeslagneming tot stand gekomen vervreemding niet tegen de beslaglegger kan worden ingeroepen. Deze regel brengt volgens de Hoge Raad mee dat een beslaglegger bevoegd blijft zijn rechten uit te oefenen ook al behoort het beslagen goed niet meer tot het vermogen van de schuldeiser. Voor de situatie dat het in beslag genomen goed ondanks het beslag aan een derde is overgedragen, stelt de Hoge Raad vast dat een beslaglegger zijn recht tot executie van het vastgoed om haar vordering op de schuldenaar uit de veilingopbrengst te voldoen ook behoudt indien de schuldenaar failliet wordt verklaard. Nu het beslagen goed niet meer tot het vermogen van de schuldenaar behoort, wordt het ook niet door het algemene faillissementsbeslag ten laste van de schuldenaar getroffen. Het beslag ten laste van de schuldenaar vervalt ook niet o.g.v. art. 33, lid 2, Fw.

### Gevolgen faillissement derdeverkrijger voor beslaglegger na vervreemding

Wat nu als de derdeverkrijger na verkrijging van het beslagen goed failliet gaat? Het beslagen goed valt in de failliete boedel van de derdeverkrijger hetgeen tot gevolg heeft dat de beslaglegger de zaak niet meer met een beroep op art. 453a, lid 1, Rv zelf kan uitwinnen alsof er geen faillissement was. De verhaalsbevoegdheid van de beslaglegger is niet tenietgegaan, maar kan volgens de Hoge Raad alleen nog door de curator worden uitgeoefend. Ook al is de failliete derdeverkrijger geen schuldenaar van de beslaglegger, kan de beslaglegger toch in het faillissement opkomen voor zijn vordering enkel om daarin te worden erkend als bevoorrecht op de zaak. De Hoge Raad oordeelt dat het hof terecht het beroep van de Ontvanger op art. 3:90, lid 2, BW heeft verworpen omdat het recht van de Ontvanger niet is aan te merken als een 'ouder recht'<sup>3</sup>.

## 2. BLOKKERENDE WERKING VAN BESLAG EN INGESCHEVEN KOOP

### Inleiding

Door inschrijving van de koop in de openbare registers verkrijgt de koper bescherming tegen een aantal voor de koper vervelende gebeurtenissen die zich na inschrijving van de koop maar voor levering van een registergoed zouden kunnen voordoen<sup>4</sup> (onder meer: vervreemding aan een andere koper, bezwaring van het registergoed en faillissement van de verkoper<sup>5</sup>). De inschrijving van de koop verliest haar beschermende werking indien de levering van het registergoed niet binnen zes maanden na de inschrijving in de openbare registers heeft plaatsgevonden<sup>6</sup>. Wat betreft de uitwerking van de bescherming wordt veelal een parallel getrokken met beslag: beide rechtsfiguren leiden tot een 'blokkade' van het betrokken registergoed.

De Hoge Raad heeft in februari 2009<sup>7</sup> een belangrijke uitspraak gedaan over de werking van de bescherming indien na inschrijving van de koop beslag wordt gelegd.

### Casus

Verkoper heeft tot zekerheid voor de terugbetaling van een door haar financier verstrekte lening een hypotheek verleend op haar vastgoed. Een schuldeiser van verkoper heeft voor zijn vordering beslag gelegd op het vastgoed van verkoper. Verkoper verkoopt haar vastgoed enige tijd later aan koper. De koop wordt ingeschreven in de openbare registers. Op een later moment legt een andere schuldeiser van verkoper, ABN AMRO, ook (conservatoir) beslag op het vastgoed. De volgende dag wordt de akte van levering van het vastgoed niettemin getekend bij de notaris. Deze levering vindt plaats binnen zes maanden na inschrijving van de koop. De notaris voldoet na inschrijving van de akte van levering eerst de hypotheekhouder en (eerste) beslaglegger en keert de resterende verkoopopbrengst uit aan verkoper.

### Onrechtmatigheid

ABN AMRO stelt dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld door hetgeen resteert van de verkoopopbrengst na voldoening van de hypotheekhouder en (eerste) beslaglegger uit te keren aan de verkoper in plaats van aan ABN AMRO (als tweede beslaglegger).

De Hoge Raad oordeelt (net als in het onder 1. Besproken arrest inzake beslag) dat inschrijving van de koop niet leidt tot beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper en dus ook niet in de weg staat aan de overdracht van het registergoed aan een andere partij dan koper of een bezwaring. Het na de inschrijving door ABN AMRO gelegde beslag treft in beginsel wel doel maar kan op grond van art. 7:3, lid 3, BW niet tegen de koper worden ingeroepen. ABN AMRO kan het beslag na levering aan de koper niet meer vervolgen. Uitwinning is niet meer mogelijk en het beslag is daarmee waardeloos geworden.

De Hoge Raad oordeelt dat de notaris niet onrechtmatig heeft gehandeld door het restant van de verkoopopbrengst uit te keren aan verkoper. De Hoge Raad gaat niet mee in een conversie van het beslag op het vastgoed in een beslag op de verkoopopbrengst (hetgeen in de plaats is gekomen van het vastgoed). Een wettelijke regeling die dat toestaat ontbreekt. De Hoge Raad verwijst naar de mogelijkheid

beslag te leggen onder de koper of onder de notaris (over de wijze waarop laat de Hoge Raad zich helaas niet uit). ABN AMRO heeft dat echter verzuimd en vist achter het net.

### Gelijkheid schuldeisers

De gelijkheid van schuldeisers is een belangrijk beginsel in het vermogensrecht. Het voorgaande illustreert dat inschrijving van de koop in de openbare registers kan resulteren in een ongelijkheid van schuldeisers: de vordering van de (eerste) beslaglegger voor inschrijving van de koop wordt geheel voldaan terwijl de vordering van de (tweede) beslaglegger na inschrijving van de koop na levering aan koper waardeloos is geworden.

Zie voor een uitgebreide bespreking van het arrest (in samenhang met het onder 1. vermelde arrest) het artikel van Jan Hockx in *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2009, nr. 6.

## 3. ONTRUIMINGSBESCHERMING GELDT OOK NA FEITELIJKE ONTRUIMING

### Inleiding

Bij de huur van bedrijfsruimte kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee regimes:

1. zogenaamde 'middenstandsbedrijfsruimte' (winkels en dergelijke), zoals nader omschreven in art. 7:290 BW; en
2. andere ruimte, die noch valt onder de omschrijving van 7:290 BW noch woonruimte betreft (overige bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW).

Het onderscheid is van belang voor de voortzetting van het recht van de huurder na afloop van de periode waarvoor de huur is aangegaan. Indien sprake is van bedrijfsruimte niet zijnde 'middenstandsbedrijfsruimte' als bedoeld in 7:290 BW, dan geldt de ontruimingsbescherming van art. 7:230a BW<sup>8</sup>.

Na afweging van de belangen van huurder en verhuurder kan de kantonrechter op verzoek van de huurder de ontruimingstermijn met maximaal een jaar verlengen. Die termijn kan nogmaals worden verlengd maar niet meer dan twee keer en maximaal telkens voor een jaar. Onder dit regime vallen onder meer kantoren en fabrieken.

### Casus

Mariënwaardt en Van Grunsven hebben een overeenkomst gesloten op grond waarvan Van Grunsven als cateraar gebruik mag maken van ruimtes van Mariënwaardt 'in ruil waarvoor' Van Grunsven een bepaald percentage van de omzet moet afdragen. Op een zeker moment zegt Mariënwaardt de contractuele relatie met Van Grunsven op. Op het moment dat Van Grunsven een verzoek indiende tot verlenging van de termijn waarbinnen ontruiming moet plaats vinden, was hij niet meer in het bezit van het gehuurde.

### Hof: limitatieve gronden voor ontbreken ontruimingsbescherming ex art. 7:230a, lid 2, BW

Het hof focust zich<sup>9</sup> op art. 7:230a, lid 2, BW. Dit lid bepaalt dat de ontruimingsbescherming niet geldt indien de huurder de huur zelf heeft opgezegd, de huurder uitdrukkelijk in de beëindiging van de huur heeft toegestemd of de huurder is veroordeeld tot ontruiming wegens niet-nakoming van zijn verplichtingen. Het hof concludeert dat deze opsom-

ming limitatief is. Nu niet is vermeld dat de ontruimingsbescherming niet geldt indien de huurder niet meer in het bezit van het gehuurde is, is Van Grunsven ontvankelijk in zijn verzoek tot verlenging. Volgens het hof zou een andere opvatting er toe leiden dat de verhuurder de ontruimingsbescherming van huurder gemakkelijk kan frustreren door de huurder het gebruik te ontzeggen of onmogelijk te maken.

#### **Hoge Raad: in beginsel wel ontruimingsbescherming in geval van feitelijke ontruiming**

De Hoge Raad oordeelt<sup>10</sup> dat de opsomming in art. 7:230a, lid 2, BW niet limitatief is. De Hoge Raad erkent dat het artikel uitgaat van de situatie dat de huurder nog gebruik maakt van het gehuurde en vanuit die situatie verzoekt om verlenging van de ontruimingstermijn. Dit betekent volgens de Hoge Raad echter niet dat slechts in die (gebruiks)situatie een beroep op art. 7:230a openstaat. Deze bepaling ziet slechts op de vraag in hoeverre de wijze waarop de huur is beëindigd, in de weg staat aan een beroep op ontruimingsbescherming maar sluit niet uit dat andere gronden een beroep op de ontruimingsbescherming van art. 7:230a BW verhinderen. De Hoge Raad noemt met name afstand van recht een beroep te doen op ontruimingsbescherming of omstandigheden die meebrengen dat de huurder het recht op ontruimingsbescherming heeft verwerkt. Het beschermingskarakter van art. 7:230a BW brengt volgens de Hoge Raad met zich mee dat een beroep op ontruimingsbescherming niet wordt uitgesloten vanwege de enkele omstandigheid dat de huurder geen gebruik meer maakt van het gehuurde (zonder dat sprake is van afstand of rechtsverwerking). De situatie dat de huurder geen gebruik meer maakt van het gehuurde is wel een factor die relevant is voor de belangenafweging van art. 7:230a, lid 4, BW.

#### **4. AANSPRAKELIJKHEID HUURDER JEGENS DE VERHUURDER VOOR SCHADE TOEGEBRACHT AAN HET GEHUURDE DOOR DERDEN**

##### **Inleiding**

Art. 7:219 BW bepaalt dat de huurder aansprakelijk is voor schade aan het gehuurde die is ontstaan door een hem toe te rekenen tekortschieten in de nakoming van een verplichting uit de huurovereenkomst. De regeling is van bewijsrechtelijke aard.

##### **Casus**

De Alliantie verhuurd een standplaats in een woonwagencentrum met een daarop gebouwd voorzieningengebouw waarin zich een berging, een meterkast en een badkamer bevinden. De 73-jarige huurster heeft op de standplaats op eigen kosten (niet-mobiele) woonruimte gerealiseerd en een betonnen schuurtje laten plaatsen. Naar aanleiding van een doorzoeking door de politie in een ander woonwagencentrum, heeft de beheerder van het woonwagencentrum de huurders schriftelijk laten weten dat zij het kweken van hennepplanten niet accepteert en gewaarschuwd voor de risico's die zij lopen wanneer zij toch hennep telen. Op een later moment treft de politie bij een doorzoeking van het woonwagencentrum een grote hoeveelheid hennepplaten aan. In het schuurtje van huurster bevonden zich ook

hennepplaten en waren de nodige voorzieningen getroffen om hennep teelt mogelijk te maken (illegaal aftappen elektriciteit). De Alliantie vordert ontbinding van de huurovereenkomst en ontruiming van het gehuurde. Huurster stelt dat zij niet wist dat haar kleinzoon een hennepkwekerij exploiteerde in het schuurtje.

#### **Wetenschap gebruik door derden**

De Hoge Raad staat bij haar beoordeling eerst stil bij hetgeen zij heeft overwogen in haar arrest van 22 juni 2007<sup>11</sup>, te weten dat art. 7:219 BW aansprakelijkheid vestigt van de huurder jegens de verhuurder voor schade, toegebracht aan het gehuurde door derden die met goedvinden van de huurder het gehuurde gebruiken, dan wel zich met diens goedvinden op het gehuurde bevinden. De ratio van deze bepaling brengt mee dat onder schade als waarop deze ziet, mede is begrepen het ten behoeve van hennep teelt illegaal aftappen van stroom waardoor de elektrische installatie niet meer voldoet aan de daaraan te stellen veiligheidseisen. Dit brengt mee dat het hof de exploitatie van de hennepkwekerij door de kleinzoon van de huurster volgens de Hoge Raad als tekortkoming in de naleving van de huurovereenkomst aan de huurster kon toerekenen.

#### **Rechtvaardigt de tekortkoming ontbinding?**

Bij de beoordeling of de tekortkoming van huurster de gevorderde ontbinding rechtvaardigt, heeft het hof betekenis toegekend aan de door de beheerder gegeven waarschuwing. De Hoge Raad ziet niet in waarom (zonder nadere motivering) aan deze waarschuwing betekenis moet worden toegekend, uitgaande van de onbekendheid van huurster met de aanwezigheid van de hennepkwekerij. Volgens de Hoge Raad brengt de omstandigheid dat art. 7:219 BW een aansprakelijkheid van de huurder vestigt voor een tekortkoming die hij niet zelf heeft bewerkstelligd mee, dat het ontbreken van wetenschap daarover kan worden meegewogen bij de beoordeling van de vraag of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt<sup>12</sup>. Of dit laatste zo is moet nog door Hof Den Haag worden beoordeeld.

#### **5. HUUR. REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID BIJ BEROEP OP WACHTTERMIJN BIJ OPZEGGING WEGENS DRINGEND EIGEN GEBRUIK**

##### **Inleiding**

Eén van de gronden waarop de rechter een beëindigingvordering van de verhuurder kan toewijzen na opzegging tegen het einde van de eerste termijn is (bekend als) 'dringend eigen gebruik'<sup>13</sup>. Een vordering wegens dringend eigen gebruik is op grond van art. 7:296, lid 2, BW niet toewijsbaar indien de verhuurder de rechtsopvolger is van een vorige verhuurder en de opzegging plaats vindt binnen drie jaar nadat de rechtsopvolging schriftelijk ter kennis van huurder is gebracht (de zogenaamde 'wachttermijn').

##### **Casus**

Hoogenbosch huurt op basis van een langlopende huurovereenkomst een winkelpand aan de Kalverstraat in Amsterdam van We Vastgoed B.V. In oktober 2005 zegt We Vastgoed B.V. de huurovereenkomst op tegen 1 januari 2008 op grond van dringend eigen gebruik (art. 7:296, lid 1, onder b,

BW). In januari 2006 vond een afsplitsing plaats als bedoeld in art. 2334a, lid 3, BW, op grond waarvan WREM onder algemene titel een deel van het vermogen van We Vastgoed B.V. verkreeg, waaronder de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst. WREM heeft Hoogenbosch hiervan schriftelijk op de hoogte gesteld. Het verweer van Hoogenbosch richt zich met name op de wachtermijn van art. 7:296, lid 2, BW.

### **Redelijkheid en billijkheid: geen rechtens relevante wijziging in materiële huurverhouding**

De kantonrechter heeft de vordering tot beëindiging en ontruiming afgewezen omdat WREM de huur nooit heeft opgezegd (dat heeft We Vastgoed B.V. eerder gedaan). In appel heeft het hof de vorderingen alsnog toegewezen: WREM kan zich als rechtsopvolger onder algemene titel beroepen op de opzeggingsbrief van haar rechtsvoorganger uit 2005. Wat betreft de wachttijd van drie jaar oordeelt het hof dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Hoogenbosch zich jegens WREM beroept op die strikt uit te leggen bepaling.

De Hoge Raad<sup>14</sup> volgt dit oordeel van het hof. De afsplitsing onder de feiten en omstandigheden als geschetst door het hof heeft niet geleid tot een rechtens relevante wijziging in de materiële verhouding tussen verhuurder en huurder zodat een beroep op de in art. 7:296 lid 2 vermelde wachtermijn van drie jaar in casu in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

## **6. POSITIE MEDEHUURDER WOONRUIMTE BIJ ONTBINDING HUUROVEREENKOMST**

### **Inleiding**

Art. 7:266, lid 1, BW bepaalt dat de echtgenoot of geregistreerd partner van een huurder van rechtswege medehuurder is, zolang de woonruimte de echtgenoot of geregistreerde partner tot hoofdverblijf strekt, ongeacht of de huurovereenkomst voor of na het aangaan van het huwelijk of het geregistreerde partnerschap is gesloten. De strekking van art. 7:266, lid 1 is met name om de echtgenoot of geregistreerde partner een recht op huurbescherming toe te kennen in het geval van echtscheiding tussen hem/haar en de huurder. Deze bepaling heeft niet tot gevolg dat de medehuurder partij wordt bij de huurovereenkomst. Wel is de medehuurder naast de huurder hoofdelijk aansprakelijk tegenover de verhuurder voor de verplichtingen uit de huurovereenkomst, behalve voor zover deze reeds opeisbaar waren voordat hij medehuurder werd. Indien de huurovereenkomst ten aanzien van de huurder eindigt, wordt de medehuurder tot huurder, en dus de contractuele wederpartij van de verhuurder (art. 7:266, lid 3, BW).

### **Casus**

Wonenbreburg verhuurt sinds 2004 een woning aan huurder A. De algemene voorwaarden die van toepassing zijn verklaard op de huurovereenkomst verbieden (onder meer) het gebruik van het gehuurde voor een hennepkwekerij. Op een zeker moment treft de politie op de zolder van het gehuurde een hennepkwekerij aan. De politie constateert dat de elektriciteit illegaal wordt afgetapt. A heeft gedurende het bestaan van de hennepkwekerij een relatie met B. Kort na het moment waarop Wonenbreburg ontbinding van

de huurovereenkomst en ontruiming vorderde, heeft B zich in de gemeentelijke basisadministratie ingeschreven op het adres van het gehuurde. Een aantal maanden later zijn A en B getrouwd.

Wonenbreburg stelt dat de inschrijving van B op het adres van het gehuurde en het huwelijk plaats hebben gevonden met het oog op verbetering van de procedurele positie van A (en B). In een dergelijk geval van misbruik, zouden de redelijkheid en billijkheid volgens Wonenbreburg een beroep op de dwingendrechtelijke regels van huurrecht in de weg staan.

### **Verlies positie medehuurder**

De Hoge Raad oordeelde eerder<sup>15</sup> dat in het geval van contractuele medehuur ook de medehuurder die de tekortkoming niet zelf heeft bewerkstelligd, voor de gevolgen daarvan hoofdelijk aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid strekt zich uit over alle verplichtingen uit de huurovereenkomst en ziet dus ook op de onderhavige situatie; bij niet-nakoming is dus niet relevant wie van beide huurders tekortschiet.

Voorts sluit de Hoge Raad aan bij het in haar arrest van 15 april 1977<sup>16</sup> neergelegde uitgangspunt 'dat in het vergelijkbare geval dat iemand toetreedt tot een tussen anderen bestaande overeenkomst, hij in beginsel die overeenkomst heeft te aanvaarden met inachtneming van alle op dat moment tussen partijen bestaande rechten en verplichtingen'. Dit uitgangspunt brengt in casu volgens de Hoge Raad mee dat B in beginsel ook de rechtsgevolgen van de ontbinding van de huurovereenkomst die is gebaseerd op een ten tijde van de toetreding reeds bestaande tekortkoming, tegen zich moet laten gelden.

De conclusie van de Hoge Raad ten aanzien van de uitleg van art. 7:266, lid 3, BW is dat een ontbinding van een huurovereenkomst die het gevolg is van een voldoende zwaarwegende tekortkoming van de huurder in beginsel tot gevolg heeft dat ook degene die na de tekortkoming van de huurder maar voor de ontbinding medehuurder is geworden die hoedanigheid verliest. Bij de beoordeling van de vraag of de tekortkoming de ontbinding rechtvaardigt kan het ontbreken van wetenschap ten aanzien van de tekortkoming een rol spelen.

## **7. HUUR BEDRIJFSRUIMTE. TERMIJN INSTELLEN VORDERING TOT BEËINDIGING NA OPZEGGING**

### **Inleiding**

Tot het moment dat de rechter onherroepelijk heeft beslist over een verzoek tot beëindiging, blijft een door de verhuurder opgezegde huurovereenkomst met betrekking tot bedrijfsruimte (in de hierna te bespreken casus winkelruimte) van kracht (art. 7:295 BW).

### **Casus**

Hendriks-Haijer huurt winkelruimte van Aldi Vastgoed. Aldi zegt in december 2003 de huurovereenkomst op tegen 1 januari 2005 op de grond dat zij het gehuurde dringend nodig heeft voor eigen gebruik<sup>17</sup>. De inleidende dagvaarding met de vordering tot beëindiging van de huurovereenkomst

is op 21 juli 2005 aan Hendriks-Haijer betekend en strekt tot beëindiging tegen 1 september 2005.

### **Instellen vordering tot beëindiging hoeft niet voor het tijdstip waartegen is opgezegd**

Het hof heeft de vordering tot beëindiging afgewezen en oordeelde dat uitgangspunt moet zijn dat instelling van de vordering in elk geval moet plaats vinden vóór het tijdstip waartegen is opgezegd. Als dat niet is gebeurd, dan heeft de opzegging haar werking verloren en blijft de huurovereenkomst bestaan. Dit arrest<sup>18</sup> heeft tot de nodige beroering geleid in de (huur)rechtspraktijk.

De Hoge Raad<sup>19</sup> is het niet eens met Hof Arnhem. Volgens de Hoge Raad stelt de wet geen termijn waarbinnen de vordering tot beëindiging van de huurovereenkomst dient te worden ingesteld. Uit het stelsel van de wet valt niet af te leiden dat de opzegging haar werking verliest indien de vordering tot beëindiging wordt ingesteld na het tijdstip waartegen is opgezegd.

## **8. ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD. WEIGERING (PRIVAATRECHTELIJKE) TOESTEMMING NA EERDERE VERLENING (PUBLIEKRECHTELIJKE) VERGUNNING**

### **Inleiding**

Een gemeente is als eigenaar van een perceel grond in beginsel vrij daarover te beschikken. Haar privaatrechtelijke bevoegdheid wordt (in beginsel) slechts begrensd door het bepaalde in de art. 3:13 en 3:14 BW, dat wil zeggen dat zij geen misbruik van haar bevoegdheid mag maken en haar bevoegdheid niet mag uitoefenen in strijd met regels van publiekrecht. Er is veel jurisprudentie over de vraag of het gebruik door een overheidsinstantie van een privaatrechtelijke bevoegdheid leidt tot een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht<sup>20</sup>.

### **Casus**

Het Stadsdeel Zuidoost van de gemeente Amsterdam heeft in 2000 een vergunning verleend op grond van art. 7.1.1 van de Verordening op de Straathandel aan Geschiere, tot het innemen van een staanplaats tijdens evenementen in de Amsterdam ArenA voor de verkoop van kleine etenswaren en frisdranken vanuit een mobiele snackbar op twee in de vergunning aangewezen plaatsen in de nabijheid van de Amsterdam ArenA. Deze plaatsen zijn eigendom van de gemeente en in beheer bij het gemeentelijk Grondbedrijf. De gemeente weigert Geschiere de benodigde (privaatrechtelijke) toestemming te verlenen om de snackbar te exploiteren omdat de betreffende gronden een aantal jaren geleden aan de Dienst Stadtoezicht in gebruik zijn gegeven met het oog op uitgifte in erfpacht / bebouwing van het perceel.

### **Onrechtmatig handelen?**

Het hof oordeelt dat de gemeente de privaatrechtelijke toestemming niet had mogen weigeren. Volgens de Hoge Raad<sup>21</sup> moet het oordeel van het hof aldus worden begrepen dat door de verlening van de vergunning tot het innemen van een staanplaats op de locatie waarvan de gemeente eigenaar is, de gemeente tot uitgangspunt dient te nemen bij de uitoefening van haar bevoegdheid als eigenaar dat Geschiere gerechtigd is tot het gebruik van de locatie overeenkomstig

de vergunning. Weigering door de gemeente van toestemming levert misbruik van bevoegdheid op, tenzij sprake is van 'zo zwaarwegende belangen die zich verzetten tegen dat gebruik, dat niet gezegd kan worden dat de Gemeente wegens onevenredigheid tussen haar belang bij weigering en het belang van verweerder, niet tot die weigering heeft kunnen komen'. De Hoge Raad kan zich vinden in het oordeel van het hof dat van een dergelijk zwaarwegend belang in casu geen sprake was.

De Hoge Raad staat nog kort stil bij de 'doorkruisingsleer' door vast te stellen dat het hof het door de gemeente gestelde belang bij onbelemmerde uitgifte in erfpacht in de toekomst, terecht als een belang van de gemeente als eigenaar van de grond heeft beschouwd ten aanzien waarvan de Verordening op de Straathandel geen regeling bevat en dus de gemeente vrijlaat in de uitoefening van haar privaatrechtelijke bevoegdheden. Er is geen sprake van een (onaanvaardbare) doorkruising van de bevoegdheden op grond van de publiekrechtelijke regeling, zodat het hof de uitoefening van die bevoegdheden ook niet aan dat criterium behoefde te toetsen.

## **9. ONRECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD. VERTRAGINGSSCHADE NA INTREKKING BOUWVERGUNNING DIE IN STRIJD MET WET WAS VERLEEND**

### **Casus**

Vakantiepark De Berkenhorst B.V. exploiteerde in Kootwijk een vakantiepark. In 1999 heeft De Berkenhorst de gemeente Barneveld verzocht het ter plaatse geldende bestemmingsplan 'Buitengebied 1983' zodanig te wijzigen dat de bouw van twintig nieuwe (grotere) recreatiewoningen op haar terrein mogelijk zou worden. De gemeente heeft zich bereid verklaard aan wijziging van het bestemmingsplan mee te werken. De Beukenhorst dient in 2000 een aanvraag tot het verlenen van de bouwvergunning in die tevens omvat een verzoek tot vrijstelling van het bestemmingsplan. Alle tegen het verzoek tot vrijstelling van het bestemmingsplan ingediende zienswijzen zijn door B&W ongegrond verklaard.

Aanvang 2000 zijn onder meer de art. 19 en 19a WRO gewijzigd. De anticipatieregeling werd vervangen door de zogenaamde zelfstandige projectprocedure. In 2002 heeft de bestuursrechter op verzoek van één van de indieners van zienswijzen de verleende bouwvergunning en de vrijstelling voorlopig geschorst. Vervolgens heeft de bestuursrechter het besluit tot vrijstelling van het bestemmingsplan bij wijze van voorlopige voorziening geschorst op de grond dat de vrijstelling was verleend met toepassing van bedoelde projectprocedure, terwijl nog de anticipatieprocedure had moeten worden gevolgd.

De Beukenhorst vordert vergoeding van de vertragingsschade die is ontstaan door de ten onrechte (door de gemeente) gevolgde procedures.

### **Onrechtmatigheid ondanks geen gebruikmaking van bestuursrechtelijke rechtsgang**

De Hoge Raad oordeelt als volgt<sup>22</sup>. De regel dat degene die geen gebruik heeft gemaakt van de tegen een overheidsbesluit openstaande bestuursrechtelijke rechtsgang zich voor

de burgerlijke rechter niet kan beroepen op de onrechtmatigheid van dat besluit, bestrijkt niet mede het hier aan de orde zijnde geval waarin het gaat om de positie van de aanvrager van een bouwvergunning die na daartegen door een derde gemaakt bezwaar door B&W wordt ingetrokken wegens strijd met de wet. Die aanvrager mag er immers van uitgaan dat B&W juist hebben gehandeld en dat de hem verleende vergunning dus niet in strijd is met de wet. Met dat uitgangspunt is onverenigbaar dat hem in een procedure zou kunnen worden tegengeworpen dat hij verzuimd heeft in een bestuursrechtelijke procedure desalniettemin de onrechtmatigheid van het desbetreffende besluit te doen vaststellen.

De Beukenhorst vordert (terecht) vertragingsschade en niet geleden schade vanwege het feit dat al is aangevangen met bouwwerkzaamheden voordat definitief is komen vast te staan dat de vergunning niet meer kan worden vernietigd<sup>23</sup>.

## 10. WETSVOORSTEL GEMEENTELIJKE INMENGING BIJ V.V.E.'S

Recentelijk is een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer<sup>24</sup> om gemeenten meer invloed te geven bij Verenigingen van Eigenaars (hierna: 'V.v.E.'s). Een groot aantal V.v.E.'s in Nederland is niet actief (zogenaamde 'stille V.v.E.'s). Dergelijke V.v.E.'s beschikken doorgaans niet over reservefondsen voor groot en achterstallig onderhoud. Gebrek aan onderhoud heeft niet alleen impact op het gebouw maar kan ook van invloed zijn op omliggende gebouwen en de betreffende wijk. Om een en ander aan te kunnen pakken wordt aanpassing van boek 5 BW en de Woningwet voorgesteld om gemeenten de bevoegdheid te geven om:

- de rechter te verzoeken vervangende toestemming of medewerking te verlenen indien bepaalde V.v.E.-leden dwars (blijven) liggen met betrekking tot besluitvorming ten aanzien van beheer en onderhoud;
- een vergadering van de V.v.E. uit te schrijven en daarin ook het woord te voeren en voorstellen te doen omtrent onder meer het beheer en onderhoud, de bijdragen aan het reservefonds, de samenstelling van het bestuur en het lidmaatschap van kwalitatieve verenigingen; en
- V.v.E. te verplichten om door een deskundige een onderhoudsplan te laten opstellen en dit telkens na vijf jaar te doen herzien.

## 11. WETSVOORSTEL KRAKEN EN LEEGSTAND

Het Wetsvoorstel Kraken en Leegstand is in oktober 2009 door de Tweede Kamer aangenomen. Het wetsvoorstel voorziet in aanpassingen van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandswet en de Huisvestingswet. Het was de bedoeling dat het wetsvoorstel op 1 januari 2010 in werking zou treden, maar dat is niet gehaald. Op dit moment ligt het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer<sup>25</sup>.

Het wetsvoorstel voorziet in een algeheel verbod op kraken. Wie na de inwerkingtreding van die wet kraakt, pleegt een misdrijf en riskeert een celstraf van maximaal één jaar en zelfs twee jaar indien het kraken gepaard gaat met geweld. Vanwege de fors toegenomen (langdurige) leegstand van o.a. kantoorgebouwen, krijgen de gemeenten ook meer bevoegdheden toegekend. Er komt een meldingsplicht voor

leegstand langer dan een half jaar voor gebouweigenaren op straffe van een boete van maximaal € 7.500. Indien een eigenaar niet zelf zorg voor een tijdelijke invulling van het gebouw, kan een gemeente aan de gebouweigenaar een gebruiker of huurder voordragen, waarmee de eigenaar een contract dient te sluiten.

In één van de volgende edities van *Vastgoed Fiscaal & Civiel* zal Marieke van Schie het Wetsvoorstel Kraken en Leegstand bespreken.

### De auteurs zijn verbonden aan het notariaat van Lexence N.V., advocaten en notarissen te Amsterdam.

- 1 HR 20 februari 2009 (*Ontvanger/mr. C. de Jong q.q.*), NJ 2009, 376 (m.nt. Van Mierlo), JBPR 2009, 36 (m.nt. Broekveldt), VN 2009, 18.32, JOR 2009/120 (m.nt. Rijckenberg).
- 2 Zie eerder het in het jurisprudentie- en actualiteitenoverzicht 2008 in *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2008, nr. 1 vermelde arrest: HR 5 september 2008, RvdW 2008, 801, JOR 2008, 320 (m.nt. Steneker), JBPR 2008, 52 (m.nt. Loesberg) (*Forward c.s./Huber c.s.*).
- 3 Art. 3:90, lid 2, BW bepaalt dat indien de zaak na vervreemding in handen van de vervreemder blijft, de levering tegenover een derde die een ouder recht op de zaak heeft eerst werkt vanaf het tijdstip dat de zaak in handen van de verkrijger is gekomen, tenzij de oudere vervreemder met vervreemding heeft ingestemd.
- 4 Zie J.W.A. Hockx, *Koop en levering van vastgoed*, Sdu 2006, p.215 e.v.
- 5 Zie voor alle voor de koper vervelende gebeurtenissen art. 7:3, lid 3, BW.
- 6 Art. 7:3, lid 4 BW.
- 7 HR 6 februari 2009, NJ 2009, 344 (m.nt. Van Mierlo), JBPR 2009, 16 (m.nt. Broekveldt).
- 8 Voor de 'middenstandsbetriebsruimte' als bedoeld in 7:290 BW geldt geen ontruimingsbescherming maar de huur- en termijnbescherming van art. 7:290 BW e.v.
- 9 Met doorbreking van het appelverbod van art. 7:230a, lid 8, BW.
- 10 HR 13 februari 2009, NJ 2009, 242 (m.nt. Stein), WR 2009, 50.
- 11 HR 22 juni 2007, NJ 2008, 352 (m.nt. Stein), WR 2007, 82 (m.nt. Duijnsteer-van Imhoff).
- 12 Vgl. HR 9 december 2005, NJ 2006, 153, WR 2006, 25 en HR 3 april 2009, LJN BH0762.
- 13 Art. 7:295, lid 2, BW.
- 14 HR 10 juli 2009 (*Hoogenbosch/WE Real Estate*), NJ 2009, 538 (m.nt. Stein), WR 2009, 108.
- 15 HR 9 december 2005, NJ 2006, 153, WR 2006, 25.
- 16 HR 15 april 1977 (*Staalcom/Neher*) NJ 1978, 163.
- 17 Art. 7:296, lid 1, sub b BW.
- 18 Hof Arnhem 3 juli 2007, WR 2007, 86.
- 19 HR 12 juni 2009, NJ 2009 (*Aldi Vastgoed/Hendriks-Haijer*), 272, WR 2009, 71.
- 20 HR 27 maart 1987 (*Ikon*) NJ 1987, 727 NJ (m.nt. FHvdB), AB 1987, 273 (m.nt. FHvdB), BR 1987, 533, en HR 8 juli 1991 (*Kunst- en Antiekstudio Lelystad*), NJ 1991, 691 (m.nt. MS), AB 1991, 659 (m.nt. FHvdB), BR 1991, 927.
- 21 HR 5 juni 2009 (*Gemeente Amsterdam/Geschiere*), NJ 2009, 255, AB 2009, 327 (m.nt. Van der Veen), JB 2009, 171 (m.nt. Peters).
- 22 HR 10 april 2009 (*Gemeente Barneveld/De Berkenhorst*), NJ 2009, 515 (m.nt. Mok), AB 2009, 320 (m.nt. Van der Veen), JB 2009, 123 (m.nt. Teunissen).
- 23 Zie HR 29 april 1994 (*Schuttersduin*), NJ 1997, 396.
- 24 Kamerstukken II, 31 991, nrs. 1-3 en Kamerstukken II, 28 325, nr. 110.
- 25 Kamerstukken I, 31 560 A.