



Advies WMANL over de punten Wijziging van de splitsingsakte, Opstalrecht op gemeenschappelijke delen, gevolgen arrest Martinuskerk, Motie Paternotte c.s.

13 maart 2025

Mr. Y. Hasnaoui  
Mr. dr. C.N. Siewers  
Prof. mr. dr. B. Hoops

### Samenvatting

**Ieder appartementencomplex heeft een splitsingsakte waarin de onderlinge afspraken tussen de eigenaars geregeld zijn. De wet heeft als uitgangspunt dat in de splitsingsakte de juridische werkelijkheid en de feitelijke werkelijkheid met elkaar in overeenstemming zijn. De grote opgave in verduurzaming vraagt dat niet alleen bekeken wordt hoe appartementencomplexen technisch kunnen verduurzamen, maar ook hoe de splitsingsakte juridisch in overeenstemming wordt gebracht met die aanpassingen. Ook bij het optoppen van appartementencomplexen moet de splitsingsakte worden aangepast. In de praktijk wordt het wijzigen van een splitsingsakte gezien als een kostbaar drama. De onderzoekers menen dat doordat het proces en de voorwaarden voor het wijzigen van een splitsingsakte te strikt zijn er in de praktijk problemen ontstaan rondom verduurzaming en optoppen. Het is mogelijk om de wet aan te passen om zo het proces van de splitsingsakte te vereenvoudigen, maar dat vraagt wel om een wetsaanpassing.**

### Inleiding

WMANL bestaat uit specialisten op het appartementsrecht vanuit verschillende beroepsgroepen zoals Stichting VvE Belang, brancheorganisatie VGM NL, advocatuur en notarieel juristen. De werkgroepleden stellen hun kennis en kunde gevraagd en ongevraagd ter beschikking aan het ministerie. Met het verschijnen van de Versnellingsagenda Gebouwde Omgeving is er een aanleiding om een advies te schrijven. Hieronder nemen we u mee door wat er in de Versnellingsagenda is opgenomen, geven wij onze visie op hoe dat in het appartementsrecht is opgenomen en hoe de wens kan worden ingepast.

De werkgroep WMANL bestaat uit de volgende leden:

- mr. R.P.M. de Laat, advocaat bij De Advocaten van Van Riet
- mr. C.J.C.M. Oomen, directeur Public Affairs bij Stichting VvE Belang
- mr. dr. C.N. Siewers, directeur bij VGM NL
- mr. dr. M.C.E. van der Vleuten, bestuursadviseur bij Trivire
- mr. A.C.W. Luijk-van Veldhuizen, juriste bij VvE Belang
- R. Brinkhuijsen, bestuurslid van VGM NL
- mr. Y. Hasnaoui, docent-promovendus bij de Rijksuniversiteit Groningen
- mr. T. Gilsing, advocaat vastgoedrecht bij BAX advocaten en mediators

Dit onderzoek is geschreven door:

Mr. Y. Hasnaoui  
Mr. dr. C.N. Siewers  
Prof. mr. dr. B. Hoops

### Leeswijzer

Gestart wordt met een inleiding over de Versnellingsagenda. Voor dit onderzoek hebben we verschillende deelonderwerpen geformuleerd. Ieder deelonderwerp is geschreven door een expert op dit onderwerp. De deelonderwerpen worden afgesloten met een conclusie. Daarna volgt een stuk over de Europeesrechtelijke aspecten van dit onderwerp.

### Versnellingsagenda (actielijst)

In de Versnellingsagenda is het volgende opgenomen:



“1. Aanpassing van bepaalde (besluitvormings-)regels voor VvE’s bij verduurzaming

- *Onderzoek vereenvoudigen wijzigen splitsingsakte en onderzoek opstalrecht op gemeenschappelijke delen*

2. Betere financiële ondersteuning

- *Stroomlijnen procedures financiers wijzigen splitsingsakte”*

Deze maatregelen zijn voorgesteld in de Versnellingsagenda om een versnelling en vereenvoudiging van de verduurzaming van de verduurzaamde omgeving te realiseren. Na het verschijnen van de Versnellingsagenda is er veel aandacht gekomen voor optoppen, zodat ook het optoppen wordt meegenomen in dit advies.



## Inhoud

Advies WMANL over de punten Wijziging van de splitsingsakte, Opstalrecht op gemeenschappelijke delen, gevolgen arrest Martinuskerk, Motie Paternotte c.s. ....	1
<b>Samenvatting</b> .....	1
Inleiding .....	1
Leeswijzer .....	1
Versnellingsagenda (actielijst) .....	1
Kernliteratuur .....	3
1. Inleiding (door mr. dr. C.N. Siewers) .....	4
2. Juridisch kader splitsingsakten (door mr.dr. C.N. Siewers) .....	5
1. Splitsing van de eigendom .....	5
2. Besluitvorming .....	7
3. Waar komen al deze verschillende meerderheden dan vandaan? .....	7
4. Het wijzigen van de splitsingsakte .....	9
5. Het proces van het wijzigen van de splitsingsakte .....	10
3. Het Martinuskerk-arrest (door mr. Y. Hasnaoui) .....	11
1. De conclusie van Rank-Berenschot .....	12
2. Toedeling en levering .....	13
3. Toedeling en levering van een deel van een aandeel? .....	14
4. Optoppen (door mr. Y. Hasnaoui) .....	20
1. Wijziging om akte van splitsing in overeenstemming brengen met nieuwe inrichting gebouw 20	
2. Wijziging om nieuwe appartementen te creëren .....	20
3. Tussenconclusie .....	21
4. Motie Paternotte (door mr.dr. C.N. Siewers) .....	23
5. Opstalrecht op gemeenschappelijk gedeelten en zaken (door mr. dr. C.N. Siewers) .....	24
6. Samenvatting (door mr. Y. Hasnaoui en mr. dr. C.N. Siewers) .....	25
7. Europeesrechtelijke beschouwing (door Prof. mr. B. Hoops) .....	26

## Kernliteratuur

- B. Hoops en Y. Hasnaoui, 'Dynamiek in appartementencomplexen aan banden gelegd? Een empirische studie naar de splitsingsakte als struikelblok voor verandering', *WPNR* 2023/7434;
- C.N. Siewers, *Balans in het appartementsrecht, het wijzigen van de splitsingsakte vereenvoudigd* (diss.), Kluwer, Heerlen, 2022;
- B. den Butter, 'Surélever la loi? Een rechtsvergelijkend onderzoek naar het besluitvormingsproces ten aanzien van het optoppen van appartementencomplexen in Frankrijk en Nederland' (scriptie), 2020.



## 1. Inleiding (door mr. dr. C.N. Siewers)

Op 5 september 2023 verscheen de **Versnellingsagenda gebouwde omgeving**. In de Versnellingsagenda zijn verschillende maatregelen onderzoeken geformuleerd omdat in projecten is aangegeven dat die regels de **verduurzaming** van de gebouwde omgeving kunnen ophouden. In het kader van verduurzaming moeten belangrijke beslissingen genomen worden door eigenaars. Het gaat om technische, sociale, financiële en juridische verstrekkende besluiten. Zo is ook een onderzoek naar het vereenvoudigen van het wijzigen van de splitsingsakte aangekondigd. Binnen WMANL zijn allerlei specialisten op het gebied van appartementsrecht vertegenwoordigd. Vanuit deze specialismen signaleren wij verschillende **knelpunten** bij verduurzaming:

- a. Het is onduidelijk met welke meerderheid er goedkeuring (toestemming) gegeven moet worden voor een verduurzamingsmaatregel;
- b. De benodigde meerderheid is te hoog, waardoor een minderheid van de eigenaars de verduurzaming kan blokkeren;
- c. Teveel eigenaars zijn niet betrokken bij de maatregelen;
- d. Het is onduidelijk of het gaat om een besluit over de gemeenschappelijke ruimten, over de privé-gedeelten of over beiden;
- e. Wat is de rol van de Vereniging van Eigenaars (VvE) en welke bevoegdheden heeft de VvE?;
- f. Hoe kunnen de afspraken over de investeringen (rechtsgeldig) worden vastgelegd?
- g. Als de splitsingsakte gewijzigd moet worden gaat het om een zeer uitgebreid en kostbaar proces;
- h. Het is onduidelijk waarom er geen recht van opstal gevestigd mag worden op de gemeenschappelijke opstallen;
- i. De rol van banken bij wijziging van de splitsingsakte is onduidelijk.

In dit onderzoek wordt ingegaan op het knelpunt sub g. over de splitsingsakte en sub h. over het recht van opstal op gemeenschappelijke gedeelten. Voor de andere vragen zijn andere onderzoeken en projecten in de Versnellingsagenda ingericht. Wij wensen u veel leesplezier.

## 2. Juridisch kader splitsingsakten (door mr.dr. C.N. Siewers)

### 1. Splitsing van de eigendom

Het startpunt van iedere appartementensplitsing is een perceel of een gebouw.<sup>1</sup> Om het gebouw te kunnen splitsen in appartementsrechten (en zo horizontale eigendom te creëren) moet er een **splitsingsakte** worden opgesteld door de notaris en een splitsingstekening die aan de akte wordt gehecht. In de splitsingsakte staat beschreven hoe de splitsing tot stand komt, wordt de **Vereniging van Eigenaars** opgericht en een reglement opgesteld waarin de verhoudingen tussen de eigenaars geregeld worden. In Nederland wordt daarvoor meestal een **modelreglement** van toepassing verklaard. In de loop der jaren zijn verschillende modelreglementen ontstaan. Al in 1953 ontstond het eerste modelreglement en het laatste modelreglement is uit 2021. Als met een juridische bril wordt gekeken naar de appartementensplitsing, beschrijft hoogleraar prof mr. A.A. Van Velten dat de eigendom uiteen valt in:

- enerzijds een **zakenrechtelijk gedeelte**, te weten de mede-eigendom van het gebouw en het gebruiksrecht van het privégedeelte (de woning); en <sup>2</sup>
- anderzijds het **verenigingsrechtelijke gedeelte**, waaronder begrepen het eventuele kwalitatieve lidmaatschap maar vooral het lidmaatschap van de vereniging van eigenaars.<sup>3</sup>

Dat ziet er schematisch weergegeven als volgt uit:



Alle eigenaars tezamen vormen een **gemeenschap**. De gemeenschap kan niet behoorlijk functioneren zonder een zekere duurzame organisatie, waardoor de eigenaren hun gemeenschappelijke belangen geldend kunnen maken.<sup>4</sup> Daarvoor dient de Vereniging van Eigenaars (VvE). De VvE is een aparte rechtspersoon die tegelijkertijd met de splitsing in appartementsrechten opgericht wordt. Het doel van de VvE is de gemeenschappelijke belangen van de eigenaars te behartigen zolang dat -kort samengevat- gericht is op het beheren van de gemeenschappelijke zaken en delen. De VvE is niet overal toe bevoegd. Voor sommige handelingen blijven de eigenaars alleen

<sup>1</sup> Ook een erfpachtsrecht kan in appartementsrechten worden gesplitst. Omwille van de leesbaarheid gaan we hier verder niet op in.

<sup>2</sup> Zakenrechtelijke handelingen heten sinds de inwerkingtreding van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 goederenrechtelijke handelingen.

<sup>3</sup> A.A. van Velten, Regels zijn Regels, inaugurele oratie, Ars Notariatus XLV, Amsterdam/Deventer 1989, p. 11.

<sup>4</sup> J.H. Beekhuis, Het recht van appartement, Zwolle: Tjeenk Willink 1959, p. 42.

zelf bevoegd. Het verschil tussen die handelingen wordt onder juristen “**beheer en beschikken**” genoemd. Het is voor VvE’s en appartementeneigenaars vaak niet duidelijk welke handeling welk een beheershandeling is of een beschikkingshandeling.<sup>5</sup> Een voorbeeld van een beheershandeling is het bijhouden van de administratie of het laten schoonmaken van de gemeenschappelijke delen. Het gaat om de normale exploitatie en instandhouding van het gebouw. Een voorbeeld van een beschikkingshandeling is:

- een eigendomsoverdracht;<sup>6</sup>
- het bezwaren met een beperkt recht;
- het veranderen van de grenzen van het appartementencomplex;
- het wijzigen van een splitsingsakte;
- de vijf voorbeelden genoemd door prof. Van Velten (vergroten, verkleinen, veranderen van de grenzen, veranderen van de rechten en plichten, veranderen van de breukdelen)
- de vaststelling van een regeling die ertoe kan leiden dat een appartementseigenaar het gebruik geheel wordt ontnomen.<sup>7</sup>

Bij verduurzaming van gebouwen speelt ook het verschil tussen beheer en beschikken een rol. Dat komt doordat het bij verduurzaming vaak gaat over grote projecten die het hele appartementencomplex aangaan.<sup>8</sup> Dan heeft de VvE (vaak) onvoldoende bevoegdheden heeft om alle beslissingen te nemen. Dat lichten we hier verder toe.

Schematisch weergegeven ziet dit er als volgt uit:



<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Roermond 6 april 2005, ECLI:NL:RBROE:2005:AT3455, *NJF* 2005, 183 of HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405 (Notaris Wortelboer).

<sup>6</sup> M.J.A. van Mourik, *Gemeenschap*, Monografieën BW, Deventer: Kluwer 2011, p. 35.

<sup>7</sup> HR 10 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1667, *NJ* 1996, 595 (Novamij/VvE Duinroos -Duindistel).

<sup>8</sup> We schrijven ‘vaak’ omdat iedere splitsingsakte uniek en maatwerk is. Desondanks is door de van toepassing verklaring van een modelreglement vaak wel een lijn in de splitsingsakten te zien. Hierna laten het woord ‘vaak’ omwille van de leesbaarheid weg.



Er zijn voor een besluit over verduurzaming besluiten nodig over zowel de gemeenschappelijke delen en zaken als over de privé-gedeelten. Een voorbeeld:

Voor het aansluiten op een warmtenet is het nodig om de verwarmingen in het appartement te demonteren. Volgens MR 1973 zijn verwarmingen echter geen gemeenschappelijk eigendom maar behoren die tot het exclusieve gebruiksrecht van de appartementseigenaar. Wanneer de verwarmingsinstallatie collectief is terwijl de verwarming dus exclusief zijn, betekent dat iedere eigenaar moet meebesluiten over de vervanging<sup>9</sup>. Daarmee is de besluitvorming opgelopen tot 100%.

## 2. Besluitvorming

De wetgever heeft bij de totstandkoming van het appartementsrecht in 1952 maar twee soorten **besluitvorming** geïntroduceerd in het appartementsrecht:

- unanieme besluitvorming (100%)
- een verenigingsrechtelijke meerderheid van 50% plus 1 stem.

Bij VvE's worden voor besluitvorming ook andere termen of kwalificaties gebruikt die allemaal zien op besluitvorming en de meerderheid die in de vergadering gebruikt wordt.

<b>Verenigingsrechtelijke meerderheid</b>	De helft plus 1
<b>Quorum</b>	Een bepaald aantal aanwezigen op de vergadering
<b>Gekwalificeerde meerderheid</b>	Een in de akte genoemde meerderheid die vóór een besluit moeten stemmen. Vaak is dit 2/3 <sup>e</sup> of 3/4 <sup>e</sup>
<b>Volstreckte meerderheid</b>	De helft plus 1, hoewel de term juridisch gezien net iets anders betekent.
<b>Unanimititeit</b>	Iedereen van de aanwezigen op de vergadering moet vóór stemmen
<b>Goederenrechtelijke toestemming</b>	Alle eigenaars moeten vóór stemmen. Wordt in de praktijk ook vaak 'unanimititeit' genoemd. Andere termen zijn medewerking, verdeling of toedeling.

## 3. Waar komen al deze verschillende meerderheden dan vandaan?

Maar waar komen al deze verschillende meerderheden dan vandaan? Iedere splitsingsakte is uniek. Krachtens art. 5:111 sub d. BW wordt aan iedere splitsingsakte een zogenaamd reglement toegevoegd. Voor dat reglement wordt sinds 1953 in de praktijk gebruik gemaakt van een modelreglement. Ook vandaag de dag wordt voor het gros van alle splitsingsakten een modelreglement gebruikt. In de loop der jaren is in die modelreglementen **een verhoogde meerderheid** ook wel gekwalificeerde meerderheid opgenomen. Er worden dus extra regels toegevoegd over besluitvorming. Nota bene: de wet vereist deze uitsplitsing niet. Deze verschillende meerderheden zijn vastgelegd in de splitsingsakte en komen voort uit de binnen het in de loop der tijd door het notariaat bedachte modelreglementen.

In het artikel "Besluitvorming in VvE's voor energiebesparende maatregelen" van Mr. C.J.C.M. (Kees) Oomen, mr. dr. C.N. (Claudia) Siewers en mr. dr. M.C.E. (Mechteld) van der Vleuten is een schema opgenomen van verschillende besluitvorming binnen de verschillende modelreglementen. We hebben dit schema aangevuld met het laatste modelreglement dat is uitgekomen in 2021 voor Kleine VvE's. Daarin is geen gekwalificeerde meerderheid meer opgenomen, vandaar dat de standaardregeling van de gewone verenigingsrechtelijke meerderheid van toepassing is.

<sup>9</sup> Anders: Gerechtshof Den Haag 19 december 2023, [ECLI:NL:GHDHA:2023:2742](https://ecli.nl/GHDHA:2023:2742)



De splitsingsakte kan aangepast worden maar dat is een kostbare en tijdrovende zaak waarover hierna meer.

	MR 1973	MR 1983	MR 1992	MR 2006	MR 2017	MR 2021
<b>Standaardregeling</b>	volstreekte meerderheid + quorum 50%	volstreekte meerderheid + quorum 50%	volstreekte meerderheid + quorum 50%	volstreekte meerderheid	volstreekte meerderheid	
<b>uitzondering (er geldt geen quorum bij:)</b>			1. begrotingspost < 10% 2. uitgave waarvoor speciale reserve is gevormd			
<b>vaststellen drempelbedrag</b>				quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	
<b>uitgaven &gt; drempelbedrag (in MR 2017 ook duurovereenkomsten en/of geldlening)</b>	quorum 2/3 meerderheid 3/4	standaardregeling, tenzij de uitgave buiten het onderhoud valt		quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	
<b>uitzondering op uitgaven &gt; drempelbedrag: in deze twee gevallen geldt de standaardregeling</b>	1. begrotingspost 2. uitgave waarvoor speciale reserve is gevormd					
<b>buiten het onderhoud vallende uitgaven en/of &gt; drempelbedrag</b>	quorum 2/3 meerderheid 3/4	quorum 2/3 meerderheid 3/4	quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	
<b>wijzigen bestemming reservefonds</b>	quorum 2/3 meerderheid 3/4	quorum 2/3 meerderheid 3/4	quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	
<b>uitgaven t.l.v. reservefonds (+ in MR 2017 zonder of in afwijking van het MJOP)</b>				quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	
<b>verbouwing, aanbrengen of</b>	quorum 2/3	quorum 2/3	quorum 2/3 meerderheid 2/3	quorum 2/3	quorum 2/3	



	MR 1973	MR 1983	MR 1992	MR 2006	MR 2017	MR 2021
wegbreken installaties	meerderheid 3/4	meerderheid 3/4		meerderheid 2/3	meerderheid 2/3	

#### 4. Het wijzigen van de splitsingsakte

Krachtens artikel 5:108 BW is de splitsingsakte **een reële afspiegeling** van de rechten en verplichtingen van de eigenaars. De achtergrond van dit artikel is dat eigenaars in de openbare registers moeten kunnen zien welke rechten en verplichtingen zij hebben. Hoe het ook zij, de praktijk is weerbarstiger. Door verloop van tijd veranderen interne begrenzings in het appartementencomplex. In een empirisch onderzoek constateren Hasnaoui en Hoops dat de splitsingsakte in de praktijk zelden wordt gewijzigd. Slechts 6% van de respondenten, een kleine 37 VvE's, geven aan dat zij de akte ooit gewijzigd hebben ondanks het feit dat een aanzienlijk groter aantal VvE's te kennen geeft problemen te ervaren met de huidige akte van splitsing. De voornaamste redenen dat de akte niet gewijzigd is door de respondenten zijn praktisch van aard: wijziging is te duur of de procedure is te ingewikkeld. Hoops en Hasnaoui constateren ook dat wijzigingsplannen veel vaker vastlopen op de kosten en complexiteit van de procedure dan op inhoudelijke bezwaren tegen de wijziging.

Van Velten heeft **vijf categorieën** benoemd waarin wijziging van de splitsingsakte vereist is, te weten:<sup>10</sup>

1. verkleining van de grond bij het complex dat in de splitsing betrokken is;
2. vergroting van de grond bij het complex dat in de splitsing betrokken is;
3. de wens van de appartementseigenaars om veranderingen aan te brengen in de begrenzing van enig gedeelte van het gebouw of de grond dat voor gebruik als afzonderlijk geheel bestemd is;
4. wijziging van de aandelen; aandelen die door de splitsing in appartementsrechten ontstaan waren, worden vervangen door andere breukdelen;
5. wijziging van rechten en verplichtingen van de appartementseigenaars, zoals die in het reglement of de statuten zijn vermeld.

Om een splitsingsakte te kunnen aanpassen aan nieuwe rechten en verplichtingen, kent de wet een proces om de akte van splitsing te wijzen. Dat proces biedt **bijzondere waarborgen** om benadeling van eigenaars of andere belanghebbenden te voorkomen.<sup>11</sup> De notaris is de professional die al deze stappen organiseert en controleert. De notaris heeft de taak de wijziging van de splitsingsakte te begeleiden vanwege diens deskundigheid.<sup>12</sup> Omdat velen het proces ervaren als kostbaar en tijdrovend is er in de praktijk een rijke schakering ontstaan aan schaduwafspraken naast de splitsingsakte. Siewers heeft maar liefst 22 verschillende manieren gevonden om het wijzigen van de splitsingsakten te **omzeilen**.<sup>13</sup> Dit is in haar ogen een onwenselijke ontwikkeling. Daarnaast zijn veel van die **schaduwafspraken** niet rechtsgeldig danwel hebben geen werking naar derden omdat het zogenaamde persoonlijke overeenkomsten zijn. Als er op allerlei plaatsen en in allerlei vormen afspraken worden gemaakt over het appartementsrecht, belemmert dat het inzicht van een eigenaar (en koper). Daardoor is het voor kopers onvoldoende duidelijk welke afspraken er gelden in een appartementencomplex en kunnen zij bij de koop van het appartement daar ook geen rekening mee houden.

<sup>10</sup> Asser/S.E. Bartels & A.A. Van Velten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten, Deventer: Wolters Kluwer 2017/583.

<sup>11</sup> Asser/S.E. Bartels & A.A. Van Velten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten, Deventer: Wolters Kluwer 2017/582.

<sup>12</sup> J.H. Beekhuis, Het recht van appartement, Zwolle: Tjeenk Willink 1959, p. 21.

<sup>13</sup> C.N. Siewers, Balans in het appartementsrecht, het wijzigen van de splitsingsakte vereenvoudigd (diss.), Kluwer, Heerlen, 2022, p. 123.

## 5. Het proces van het wijzigen van de splitsingsakte

Het wijzigen van een splitsingsakte kent 10 stappen:<sup>14</sup>

1.	Vooroverleg bestuur
2.	Informereren van de leden over de voorgenomen wijziging
3.	Oproeping en agendering ledenvergadering (minimaal vijftien dagen van tevoren)
4.	Vorbereiden wijziging van de akte
5.	Besluit in ALV tot wijziging <ul style="list-style-type: none"> <li>- als niet 100% van de eigenaars wil meewerken en het niet over een goederenrechtelijke wijzigingen gaat, is krachtens artikel 5:139 lid 2 BW minimaal 80% ook voldoende samen met het bestuur;</li> <li>- vaststelling van de notulen staande de vergadering</li> </ul>
6.	Onherroepelijk worden van het besluit
7.	Volmachtverlening aan de notaris
8.	100% toestemming van de beperkt gerechtigden (artikel 5:139 lid 3 BW) op moment van ondertekening van de wijziging van de akte
9.	Verlijden van de notariële akte van wijziging
10.	Inschrijving in de openbare registers

De **notaris** coördineert en bewaakt het proces en legt dit vast in de (gewijzigde) splitsingsakte. Krachtens artikel 5:139 lid 3 BW dient 100% van de beperkt gerechtigden toestemming te verlenen aan de wijziging van de akte van splitsing. Beperkt gerechtigden zijn bijvoorbeeld de banken die een hypotheekrecht hebben op het appartementsrecht. De notaris verzamelt ook deze goedkeuringen van alle beperkt gerechtigden.

---

<sup>14</sup> C.N. Siewers, Balans in het appartementsrecht, het wijzigen van de splitsingsakte vereenvoudigd (diss.), Kluwer, Heerlen, 2022, p. 103.



### 3. Het Martinuskerk-arrest (door mr. Y. Hasnaoui)

Op 24 februari 2023 deed de Hoge Raad-arrest een belangrijke uitspraak over het wijzigen van splitsingsakten waar ik breder bij wil stil staan. Om de betekenis en gevolgen van het arrest dat in de praktijk het Martinuskerk-arrest wordt genoemd, goed te kunnen duiden zal ik de feiten die ten grondslag lagen aan dit arrest kernachtig samenvatten.

Het geschil draaide om een voorgenomen wijziging van de akte van splitsing, inhoudende het toekennen van het exclusieve gebruik van een aantal voorheen gemeenschappelijke delen van een appartementencomplex aan een aantal appartementsrechten, met als gevolg dat deze delen niet meer door alle appartementseigenaars gebruikt kunnen worden, maar slechts door de 'eigenaars' van die appartementsrechten.

De VvE wil deze wijziging effectueren via de weg van art. 5:139 lid 2 BW. Krachtens dit artikel is het mogelijk de akte van splitsing te wijzigen met de medewerking van het bestuur van de VvE, nadat een daartoe strekkend besluit is genomen in de vergadering van eigenaars met een meerderheid van minimaal 4/5<sup>e</sup> van het totaal aantal uit te brengen stemmen, of een hogere meerderheid indien de akte van splitsing dit voorschrijft.

Een tegenstemmende eigenaar komt op tegen dit besluit met de stelling dat hij door de wijziging schade leidt, wat door de werking van art. 5:140b BW met zich mee zou brengen dat het besluit in beginsel vernietigd moet worden, tenzij die schade gecompenseerd wordt door de VvE, en meer fundamenteel met de stelling dat de VvE onbevoegd is een dergelijke wijziging via de weg van art. 5:139 lid 2 BW te voltrekken, omdat dit toedeling en levering van een gemeenschappelijk deel zou inhouden.

De VvE krijgt in eerste aanleg gelijk van de rechtbank, maar in hoger beroep wordt dit vonnis en ook het besluit van de VvE vernietigd omdat de VvE niet voldoende duidelijk heeft gemaakt dat de tegenstemmende eigenaar geen schade lijdt.

Ondanks het feit dat de tegenstemmende eigenaar in hoger beroep gelijk heeft gekregen en het bestreden besluit vernietigd is gaat hij tegen het arrest in cassatie omdat het Hof zich niet heeft uitgelaten over de fundamentele bevoegdheidsvraag.

De Hoge Raad concludeert allereerst dat de tegenstemmende eigenaar geen belang heeft bij cassatie omdat zijn vordering geheel is toegewezen in hoger beroep. Desondanks gaat de Hoge Raad ten overvloede toch in op de cassatiemiddelen van de tegenstemmende eigenaar.

Daarna stelt de Hoge Raad vast dat de tekst noch de parlementaire geschiedenis van art. 5:139 lid 2 BW enige beperking in het toepassingsbereik van dat artikel kennen. Toch komt de Hoge Raad tot de conclusie dat wijziging via de route van art. 5:139 lid 2 BW in een geval zoals hier sprake van is, waarbij een gemeenschappelijk deel exclusief wordt gemaakt, niet mogelijk is.

De kern van dit arrest is de volgende zin uit rechtsoverweging 3.4.3:

*“Het toepasselijk achten van art. 5:139 lid 2 BW ligt echter niet voor de hand, nu toedeling een daad van beschikking is waarvoor levering vereist is en de vereniging van eigenaars slechts bevoegd is tot vertegenwoordiging van de gezamenlijke appartementseigenaars voor zover het gaat om het beheer van de gemeenschap (art. 5:126 leden 1 en 5 BW).”<sup>15</sup>*

Deze zin bevat een aantal logisch aan elkaar verbonden elementen op grond waarvan de Hoge Raad tot zijn oordeel komt. Doordat de Hoge Raad echter verder niet ingaat op de redenen waarom hij tot dit oordeel komt is de exacte strekking van het *Martinuskerk*-arrest onduidelijk.

---

<sup>15</sup> Hoge Raad 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:286, r.o. 3.4.3 (*Martinuskerk*).



Om de mogelijk betekenis van het *Martinuskerk*-arrest te duiden zal ik ingaan op een aantal argumenten die de Hoge Raad aanvoert en die nadere uitleg vereisen. De argumentatiestructuur van de Hoge Raad komt op het volgende neer:

- 1) Het wijzigen van de akte van splitsing, inhoudende het toekennen van het exclusieve gebruik van een voorheen gemeenschappelijk deel aan een appartementseigenaar, is een vorm van toedeling;
- 2) Toedeling vereist levering;
- 3) Toedeling en levering zijn daden van beschikking;
- 4) Wanneer het bestuur medewerking verleent aan het wijzigen van de akte van splitsing via de weg van art. 5:139 lid 2 BW is dit eigenlijk een vertegenwoordiging van de leden door de VvE;
- 5) De VvE is slechts bevoegd tot het beheren van de gemeenschappelijke delen van het in appartementen gesplitst gebouw krachtens art. 5:126 lid 1 en 5 BW;
- 6) Beheren en beschikken sluiten elkaar uit;
- 7) De VvE kan haar leden niet vertegenwoordigen bij het wijzigen van de akte van splitsing via de weg van art. 5:139 lid 2 BW indien dit een daad van beschikking inhoudt.

Ik zal eerst kort stilstaan bij de conclusie van advocaat-generaal Rank-Berenschot voorafgaande aan dit arrest. Vervolgens zal ik nader in gaan op de hierboven geformuleerde punten.

### 1. De conclusie van Rank-Berenschot

Zoals eerder opgemerkt biedt de Hoge Raad slechts summier onderbouwing voor zijn conclusie. Het is interessant om daarom de conclusie van A-G Rank-Berenschot nader te bespreken, aangezien de Hoge Raad deze conclusie volgt en Rank-Berenschot uitgebreider ingaat op de rechtsvraag.

Rank-Berenschot begint met een uiteenzetting van het fundamentele karakter van het appartementsrecht als deels gemeenschapsrecht en deel verenigingsrecht, waarbij het gebouw zich gedurende de splitsing in een bijzondere gemeenschap bevindt die geregeerd wordt door de bepalingen van Titel 9 van Boek 5 BW.<sup>16</sup> In het systeem van het appartementsrecht wordt het beheer van de goederen in deze bijzondere gemeenschap opgedragen aan de VvE. Een belangrijk detail hier is dat Rank-Berenschot een scherp onderscheid maakt tussen beheren en beschikken: de VvE mag in haar visie nooit daden van beschikking verrichten.<sup>17</sup>

Vervolgens bespreekt Rank-Berenschot een artikel van Dijkman-Derkman over de werking van art. 5:139 lid 2 BW, waarin Dijkman-Derkman tot de conclusie komt dat art. 5:139 lid 2 BW niet toegepast kan worden wanneer de beoogde wijziging een aanvullende goederenrechtelijke handeling vereist.<sup>18</sup> Op basis hiervan komt Rank-Berenschot tot de conclusie dat in een geval zoals hier speelt, waarbij een appartementseigenaar het exclusieve gebruik van een voorheen gemeenschappelijk deel verkrijgt, alleen mogelijk is via art. 5:139 lid 1 BW, ongeacht de wijze waarop dit vormgegeven is, omdat in een dergelijk geval het gemeenschapsaspect van het appartementsrecht moet prevaleren.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Parket bij de Hoge Raad 21 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:970, r.o. 3.19 – 3.20.

<sup>17</sup> Parket bij de Hoge Raad 21 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:970, r.o. 3.21.

<sup>18</sup> Parket bij de Hoge Raad 21 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:970, r.o. 3.22; A. Dijkman-Derkman, 'Wijziging splitsing in appartementsrechten en toedeling', *JBN* 2014/8. De lezing van Rank-Berenschot van dit artikel lijkt echter tot een ongelukkig misverstand geleid te hebben: het standpunt van Dijkman-Derkman dat wijziging via art. 5:139 lid 2 BW niet mogelijk is wanneer een aanvullende goederenrechtelijke handeling vereist is moet begrepen worden in het licht van het in dat artikel gegeven voorbeeld, namelijk het creëren van een nieuw appartementsrecht door het wijzigen van de akte van splitsing. In een dergelijk geval ontstaat het appartementsrecht na de wijziging en valt dat appartementsrecht in een 'gewone' Boek 3-gemeenschap tussen de appartementseigenaars. Deze gemeenschap zal vervolgens verdeeld moeten worden, wat de aanvullende goederenrechtelijke handeling waar Dijkman-Derkman op doelt is. Omdat deze gemeenschap door Boek 3 beheerst wordt is daar ingevolge art. 3:182 BW de medewerking van alle deelgenoten voor vereist.

<sup>19</sup> Parket bij de Hoge Raad 21 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:970, r.o. 3.23.



## 2. Toedeling en levering

- 1) Het wijzigen van de akte van splitsing, inhoudende het toekennen van het exclusieve gebruik van een voorheen gemeenschappelijk deel aan een appartementseigenaar, is een vorm van toedeling
- 2) Toedeling vereist levering;
- 3) Toedeling en levering zijn daden van beschikking.

Deze drie punten lenen zich voor gezamenlijke behandeling:

Toedeling is een begrip uit het gemeenschapsrecht van Titel 7 van Boek 3 BW. Onder het oude recht definieerde art. 1152 lid 2 BW (Oud) toedeling als het met medewerking van alle deelgenoten bepalen welke gemeenschappelijke goederen in ieders aandelen vallen.<sup>20</sup> Oftewel: de deelgenoten bepalen welk gemeenschappelijk goed toekomt aan welke deelgenoot. Daarmee is toedeling een vorm van het verdelen van de gemeenschap in de zin van art. 3:182 BW.

Een kenmerkende eigenschap van toedeling, en daarmee verdeling, is dat de onverdeeldheid van de gemeenschap afneemt. Doordat goederen toegewezen worden aan deelgenoten zijn die goederen niet langer gemeenschappelijk maar worden zij eigendom van de deelgenoot, eventueel tegen het betalen van een tegenprestatie aan de overige deelgenoten.<sup>21</sup>

Op het eerste gezicht lijkt het toekennen van het exclusieve gebruik van een gemeenschappelijk deel van een appartementencomplex hier op. Een cruciaal detail is echter dat het gemeenschappelijke goed in een appartementssplitsing het gebouw zelf is, niet het gebruik daarvan. Het recht op het gezamenlijke gebruik van de gemeenschappelijke delen vloeit voort uit het gezamenlijk eigenaar zijn van het gebouw, maar het is geen deel van de gemeenschap.

Een vergelijking met de gewone gemeenschap verduidelijkt dit: art. 3:169 BW stelt dat iedere deelgenoot bevoegd is tot het gebruik van een gemeenschappelijk goed zolang dit gebruik verenigbaar is met het gebruik van de overige deelgenoten, tenzij een regeling dit anders bepaalt. Art. 5:168 lid 1 BW maakt het mogelijk voor de deelgenoten om een dergelijke gebruiksregeling te treffen, waarin bijvoorbeeld het gebruik van (een deel van) een goed gedurende het bestaan van de gemeenschap aan één deelgenoot wordt toegewezen.<sup>22</sup> Krachtens art. 3:168 lid 4 BW werkt een dergelijke regeling ook tegen rechtverkrijgenden van de deelgenoten.

Deze structuur lijkt erg op het appartementsrecht: iedere deelgenoot heeft een aandeel in het gehele gebouw met aan dat aandeel verbonden een recht om een deel van het gebouw met uitsluiting van de andere eigenaars te gebruiken. Een wijziging in de gebruiksrechten is geen toedeling omdat de onverdeeldheid van de gemeenschap niet veranderd. Iedereen blijft gerechtigd tot het gebouw, alleen verandert de wijze waarop die goederen gedurende de splitsing gebruikt mogen worden. Met andere woorden: de onverdeeldheid van de gemeenschap neemt niet af.

Desondanks bezigt de Hoge Raad het begrip 'toedeling' in *Martinuskerk*. Het is moeilijk om dit in het systeem van het goederenrecht te passen, en wat de gevolgen van deze kwalificatie precies zijn. Vanuit de kwalificatie van het toekennen van het exclusieve gebruik van een voorheen gemeenschappelijk deel als toedeling is de volgens de Hoge Raad vereiste levering eenvoudig te begrijpen: art. 3:186 lid 1 BW stelt dat de overgang van toegedeelde goederen levering op dezelfde wijze als voor overdracht is voorgeschreven.

De vraag is echter wel wat er precies geleverd wordt. Het exclusieve gebruiksrecht is een afhankelijk recht in de zin van art. 3:7 BW. Als afhankelijk recht heeft het gebruiksrecht geen eigen

<sup>20</sup> Asser/S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap, Deventer: Wolters Kluwer 2019/166.

<sup>21</sup> T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling (Ars Notariatus nr. 168) (diss. Leiden)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 5.6.

<sup>22</sup> Asser/S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel V. Gemeenschap, Deventer: Wolters Kluwer 2019/19.



goederenrechtelijk bestaan en is het daarmee niet vatbaar voor levering.<sup>23</sup> Dit is ook logisch: het zou onwenselijk zijn als een appartementseigenaar zijn exclusieve gebruiksrecht kon leveren zonder het daaraan verbonden aandeel.

Hoewel het dus klopt dat toedeling levering vereist, is het onduidelijk wat volgens de Hoge Raad in dit geval precies geleverd moet worden. Het is in ieder geval duidelijk dat zowel toedeling als levering gekwalificeerd kunnen worden als daden van beschikking. Hoewel de wet geen definitie van beschikken geeft omvat dit begrip in het algemeen alle rechtshandelingen waarbij de verhouding tussen een persoon en een zaak verandert, bijvoorbeeld door overdracht, bezwaring of inhoudelijke verandering.<sup>24</sup> Zowel toedeling als levering brengen een verandering aan in deze verhouding. Door de toedeling en levering van een goed wordt één eigenaar, met de uitsluiting van andere eigenaren, eigenaar van dat goed.

Ook indien het toekennen van een exclusief gebruiksrecht van een voorheen gemeenschappelijk deel geen toedeling met levering zou zijn, zou dit alsnog een beschikkingsdaad zijn. Door de toekenning verandert de appartementssplitsing immers inhoudelijk omdat de eigenaars het gebruik van het gemeenschappelijke gebouw op een andere wijze invullen.

### 3. Toedeling en levering van een deel van een aandeel?

Een andere interpretatie van deze overwegingen van de Hoge Raad is ook mogelijk. In de appartementsrechtelijke praktijk worden de aandelen van de eigenaars in de gesplitste goederen vaak gekoppeld aan de vloeroppervlakte van de exclusieve gebruiksdelen, waar art. 5:113 lid 1 BW de weg voor opent.<sup>25</sup>

Daar was in de *Martinuskerk*-casus ook sprake van.<sup>26</sup> Wanneer een of meerdere appartementseigenaars het exclusieve gebruik van een voorheen gemeenschappelijk deel verkrijgen neemt de vloeroppervlakte van hun exclusieve gebruiksdeel logischerwijs toe, en daarmee hun aandeel in de gemeenschap ook. Noodzakelijkerwijs gaat dit gepaard met een verkleining van het aandeel van de overige appartementseigenaars.<sup>27</sup>

Een dergelijke wijziging is echter ook geen toedeling. Zoals eerder besproken ziet toedeling op het verdelen van de gemeenschappelijke goederen over de aandelen van de deelgenoten. Hier vindt zich echter een verschuiving tussen de aandelen plaats: een deel van de aandelen van de eigenaars die het gebruik niet verkrijgen gaat over op de aandelen van de eigenaars die de het exclusieve gebruik wel verkrijgen. Dit is een verschuiving tussen de privévermogens van iedere eigenaar maar tast de gemeenschappelijkheid van de eigendom van het gebouw niet aan.

Voor de overgang van een aandeel is levering vereist krachtens art. 3:96 BW. In tegenstelling tot de eerder besproken onduidelijkheid rond de levering van een exclusief gebruiksrecht is het hier wel duidelijk wat geleverd moet worden, namelijk een deel van een aandeel.

<sup>23</sup> Asser/S.E. Bartels & A.A. Van Velten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten, Deventer: Wolters Kluwer 2017/344

<sup>24</sup> C.N. Siewers, 'Beheer en beschikken in het appartementsrecht', *WPNR* 2021/7351, p. 983.

<sup>25</sup> Asser/S.E. Bartels & A.A. Van Velten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten, Deventer: Wolters Kluwer 2017/430.

<sup>26</sup> De Hoge Raad benoemt dit niet in zijn arrest, maar dit kan wel opgemaakt worden uit het voorgaande arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 7 september 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8500. In r.o. 3.6. staat de volgende zin: "[appellant] maakt zich zorgen: volgens hem neemt zijn aandeel in die lasten per saldo toe doordat als gevolg van deze wijziging weliswaar zijn aandeel in de VvE-kosten een beetje (0,5%) worden verlaagd, maar leidt de wijziging ook tot een verhoging van het totaal van de VvE-kosten."

<sup>27</sup> Als voorbeeld: Stel de splitsing heeft vóór de wijziging een totaal aan 1000 m2 vloeroppervlakte aan exclusief gebruik, met vijf appartementen van 200 m2 elk. Door de wijziging wordt het gebruik van 100 m2 aan gemeenschappelijke ruimte toegekend aan één eigenaar, waardoor er nu een appartement is met een aandeel van 300/1100<sup>e</sup> in de eigendom van het gebouw, en vier appartementen met een 200/1100<sup>e</sup> aandeel. De overige eigenaars hadden eerst een aandeel van 20% in het gebouw, en na de wijziging slechts 18.18% (afgerond).



Een ander bezwaar tegen deze benadering is dat het zeer makkelijk te omzeilen zou zijn. Indien slechts het feit dat een verandering in de aandelen plaatsvindt het bezwaar tegen wijziging via de weg van art. 5:139 lid 2 BW zou zijn, kunnen de eigenaars bij het wijzigen van de akte van splitsing simpelweg de grondslag voor het berekenen van de aandelen kunnen veranderen. Art. 5:113 lid 1 BW vereist dat de akte van splitsing de grondslag voor het berekenen van de aandelen vermeldt, maar er staat niks aan in de weg dat de eigenaars de akte wijzigen en een andere grondslag kiezen, of de grondslag vastpinnen op de vloeroppervlakte zoals dat voor de wijziging was. Dan veranderen de aandelen door de wijziging niet.

In de splitsingsreglementen wordt vaak aangehaakt bij de aandelen in de gemeenschap voor het berekenen van de verdeling van de kosten in de kosten van de VvE, bijvoorbeeld in art. 10 MR 2017. Ook dit kan echter gewijzigd worden: er is geen bezwaar tegen het direct koppelen van de bijdrageplicht aan de vloeroppervlakte, zonder de tussenschakel van de aandelen.

Daarmee zou deze interpretatie van het *Martinuskerk*-arrest slechts beperkt barrières opwerpen voor het wijzigen van de akte van splitsing via de weg van art. 5:139 lid 2 BW.

#### - **Vertegenwoordiging door het bestuur van de VvE**

- 4) Wanneer het bestuur medewerking verleent aan het wijzigen van de akte van splitsing via de weg van art. 5:139 lid 2 BW is dit eigenlijk een vertegenwoordiging van de leden door de VvE;
- 5) De VvE is slechts bevoegd tot het beheren van de gemeenschappelijke delen van het in appartementen gesplitst gebouw krachtens art. 5:126 lid 1 en 5 BW;
- 6) Beheren en beschikken sluiten elkaar uit;

Deze drie punten lenen zich ook voor gezamenlijke behandeling. Krachtens art. 5:126 lid 1 BW voert de vereniging van eigenaars het beheer over de gemeenschap, met uitzondering van de delen bestemd voor exclusief gebruik. Het appartementsrecht definieert beheer niet. In de literatuur wordt vaak aansluiting gezocht bij de definitie van beheer in de zin van art. 3:170 BW ook al is dit artikel door de werking van art. 3:189 lid 1 BW gedurende het voortbestaan van de splitsing niet direct van toepassing.<sup>28</sup> Uit art. 3:170 lid 1 BW blijkt dat onder beheer in ieder geval gewoon onderhoud en behoud van een gemeenschappelijk goed wordt verstaan. Daarnaast vallen alle handelingen die geen uitstel kunnen lijden en het stuiten van verjaring hier onder. Lid 2 voegt hieraan toe dat alle handelingen die voor de normale exploitatie van het goed dienstig kunnen zijn ook als beheer gekwalificeerd kunnen worden, samen met het aan de gemeenschap verschuldigde prestaties.

Als deze definitie naast de eerder geboden definitie van beschikken, iedere rechtshandeling waardoor de verhouding tussen een persoon en een goed verandert, gehouden wordt blijkt dat beheer en beschikken in beginsel geen tegenpolen zijn maar twee op zichzelf staande begrippen welke elkaar kunnen overlappen. Dit is ook wat de wetgever bij het opstellen van art. 3:170 BW voor ogen heeft gehad.<sup>29</sup>

In *Martinuskerk* overweegt de Hoge Raad echter dat toedeling en levering een daad van beschikking is, en de VvE niet bevoegd is haar leden hierin te vertegenwoordigen omdat haar bevoegdheden slechts het beheren van de gemeenschap inhouden.

Deze overweging kan op twee manieren gelezen worden:

- 1) De VvE is alleen bevoegd om te beheren en mag nooit beschikken

Deze benadering zou inhouden dat het appartementsrecht een sterk onderscheid tussen beheren en beschikken kent want in andere rechtsgebieden niet teruggevonden wordt.

<sup>28</sup> C.N. Siewers, 'Beheer en beschikken in het appartementsrecht', *WPNR* 2021/7351, p. 981-982.

<sup>29</sup> C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthof (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 588.



- 2) De VvE is bevoegd om te beheren, ook wanneer dit beschikken inhoudt, alleen was het beschikken in deze casus niet te kwalificeren als beheer

Deze benadering sluit beter aan bij het gebruik van beheer en beschikken in de rest van het goederenrecht.

Ook hier is het onduidelijk hoe de Hoge Raad deze overwegingen heeft bedoeld. Peutz, Simonse en Braakhuis menen dat de tweede interpretatie juist is. De weg van art. 5:139 lid 2 BW staat volgens hen steeds open wanneer sprake is van een beheersdaad, ook wanneer dit tevens beschikken zou inhouden.<sup>30</sup>

Hoewel dit naar mijn mening de dogmatisch juiste lezing van het recht is, denk ik dat de Hoge Raad de eerste interpretatie hanteert. Uit de overwegingen in het *Martinuskerk*-arrest maak ik op dat de Hoge Raad een harde grens trekt tussen beheren en beschikken, en de VvE nooit bevoegd is om over de gemeenschappelijke goederen te beschikken. De Hoge Raad besteedt in zijn overwegingen geen aandacht aan de vraag of sprake is van beheer maar stelt alleen dat hier sprake is van beschikken, en dat de VvE slechts bevoegd is om de gezamenlijke eigenaars te vertegenwoordigen voor zover het om het beheer van de gemeenschappelijke goederen gaat.<sup>31</sup> Dit past ook bij de eerder besproken conclusie van advocaat-generaal Rank-Berenschot, waarin zij dit scherpe onderscheid ook lijkt te hanteren.<sup>32</sup>

De Hoge Raad leest in het wijzigen van de akte van splitsing via de weg van art. 5:139 lid 2 BW een vertegenwoordiging van de gezamenlijke appartementseigenaars door het bestuur van de VvE, waarschijnlijk op basis van de zinssnede “De wijziging kan ook met medewerking van het bestuur geschieden” in art. 5:139 lid 2 BW.

Deze interpretatie past goed binnen het systeem van het goederenrecht. VvE noch bestuur zijn immers eigenaar van de in de splitsing betrokken goederen, terwijl het wijzigen van de akte van splitsing in beginsel een bevoegdheid is die aan de gezamenlijke eigenaars toekomt.

Tegelijkertijd zijn ook hier vraagtekens bij te plaatsen. De tekst van art. 5:139 lid 2 BW vereist niet de medewerking van de VvE maar slechts van het bestuur. Een andere uitleg van deze zinssnede zou zijn dat het bestuur van de VvE hier een eigen bevoegdheid wordt gegeven. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de medewerking van het bestuur bedoeld is om het uitvoeren van een besluit genomen op grond van art. 5:139 lid 2 BW te vergemakkelijken door het bestuur de bevoegdheid te geven dat besluit uit te voeren, omdat de tegenstemmende eigenaars anders alsnog hun medewerking moesten verlenen aan de wijziging.<sup>33</sup>

Daarnaast beperkt de wet de vertegenwoordigingsbevoegdheden van de VvE niet noodzakelijkerwijs tot beheer. Art. 5:126 lid 5 BW verklaart dat de VvE bevoegd is de gezamenlijke eigenaars binnen de *grenzen van haar bevoegdheid* in en buiten rechte te vertegenwoordigen. Als aangenomen wordt dat het de vereniging is die de eigenaars vertegenwoordigt, en niet het bestuur, zou een andere interpretatie van art. 5:139 lid 2 BW kunnen zijn dat de vereniging een bevoegdheid gegeven wordt om de akte van splitsing te wijzigen nadat een daartoe strekkend besluit is genomen.<sup>34</sup>

De parlementaire geschiedenis bij de voorloper van art. 5:126 lid 5 BW, art. 876a lid 3 BW (Oud), lijkt ook in deze richting te wijzen. De wetgever stelt bij de toelichting van dit artikel dat “de vertegenwoordigingsmacht van de vereniging ten aanzien van de appartementseigenaars als individuele personen [wordt] beperkt tot de bevoegdheden die de vereniging met betrekking tot de

<sup>30</sup> R.L. Peutz, R.F. Simonse & H.J.G. Braakhuis, ‘De Hoge Raad zet splitsingswijzigingen op het (juiste) spoor’, *WPNR* 2023/7435, p. 823.

<sup>31</sup> Hoge Raad 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:286, r.o. 3.4.3 (*Martinuskerk*).

<sup>32</sup> Parket bij de Hoge Raad 21 oktober 2022, ECLI:NL:PHR:2022:970, r.o. 3.21

<sup>33</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28614, nr. 3 onder M, ad. 6.

<sup>34</sup> Dit lijkt ook het uitgangspunt te zijn in de literatuur vóór *Martinuskerk*, zie bijvoorbeeld *Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/555.





gezamenlijke appartementseigenaars mag uitoefenen.”.<sup>35</sup> Deze formulering is breder dan slechts het beheren van de gemeenschap.

Desondanks heeft de Hoge Raad voor een restrictieve uitleg van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de VvE gekozen, waarin slechts ruimte is voor vertegenwoordiging van de gezamenlijke appartementseigenaars wanneer dit als beheer in de zin van art. 5:126 lid 1 BW aangemerkt kan worden.

#### *Wat is de reikwijdte van het Martinuskerk-arrest?*

De kernboodschap van het *Martinuskerk*-arrest, op basis van bovenstaande overwegingen, is de volgende:

De VvE kan haar leden niet vertegenwoordigen bij het wijzigen van de akte van splitsing via de weg van art. 5:139 lid 2 BW indien dit een daad van beschikking inhoudt.

Deze conclusie is op meer mogelijke soorten aktewijzigingen van toepassing dan slechts het *Martinuskerk*-geval waarin een gemeenschappelijk deel tot een privédeel gemaakt wordt. Ook andere soorten wijzigingen zullen als beschikken aangemerkt kunnen worden, bijvoorbeeld een verschuiving in het exclusieve gebruik tussen twee appartementen, of het gemeenschappelijk maken van een voorheen voor exclusief gebruik bestemd deel.<sup>36</sup>

Zie voor een voorbeeld daarvan het arrest van het Hof Amsterdam van 29 oktober 2024, waarin het Hof zich uit moest laten over de vraag of een verschuiving in het exclusieve gebruik tussen twee appartementen via de weg van art. 5:139 lid 2 BW kon worden geëffectueerd.<sup>37</sup> De VvE betoogt dat het *Martinuskerk*-arrest zeer strikt uitgelegd moet worden, en in dit geval niet van toepassing omdat levering mogelijk noch vereist is.<sup>38</sup> Het Hof stelt dat *Martinuskerk* met zich meebrengt dat alle vormen van aktewijzigingen inhoudende beschikken via de weg van art. 5:139 lid 1 BW moeten geschieden, en de weg van art. 5:139 lid 2 BW daarom in dit geval niet bewandeld kan worden.<sup>39</sup>

Het fundamentele probleem is dat de VvE volgens de Hoge Raad niet bevoegd is de eigenaars te vertegenwoordigen wanneer dit een daad van beschikking inhoudt. Daarmee moeten alle wijzigingen met goederenrechtelijke gevolgen via de weg van art. 5:139 lid 1 BW plaatsvinden. De vraag is vervolgens welke soorten wijzigingen nog wél mogelijk zijn.

In het eerdergenoemde arrest van het Hof Amsterdam noemt het Hof in ieder geval het wijzigen van de bestemming van een deel van het gebouw als een handelingen die geen beschikken inhoudt.<sup>40</sup> In een andere uitspraak van de Rechtbank Den Haag op 23 mei 2023 komt de rechtbank tot de conclusie dat een aktewijziging waarbij een dakopbouw bij een privéappartement wordt betrokken via de weg van art. 5:139 lid 2 BW mogelijk is, omdat de dakopbouw gebouwd is in de kolom lucht boven het gebouw en dit geen gemeenschappelijk deel is.<sup>41</sup>

Peutz, Simonse en Braakhuis noemen als voorbeelden van wijzigingen die nog wel via de route van art. 5:139 lid 2 BW bewerkstelligd kunnen worden het wijzigen van de breukdelen voor het verdelen van de gemeenschappelijke lasten, los van het aanpassen van de omvang van ieders aandeel in de eigendom

---

<sup>35</sup> *Kamerstukken II* 1970/81, 10987, nr. 3, p. 19.

<sup>36</sup> Zie anders F.J. Vonck, ‘Splitsingswijzigingen na 24 februari 2023’, *WPNR* 2023/7406, waarin Vonck betoogt dat de overwegingen van de Hoge Raad zo gelezen moeten worden dat zij niet gericht zijn op de *Martinuskerk*-casus, maar slechts algemene overwegingen zijn en alleen zien op gevallen waarin levering vereist is zoals het creëren van een nieuw appartementsrecht. Naar zijn mening is voor het toekennen van een exclusief gebruiksrecht van een voorheen gemeenschappelijk deel geen levering vereist, wat ook niet mogelijk is door de beperking van art. 5:117 lid 2 BW. Dit standpunt is echter achterhaald in het licht van de rechtspraak na *Martinuskerk*.

<sup>37</sup> Hof Amsterdam 29 oktober 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2996, r.o. 2.1.

<sup>38</sup> Hof Amsterdam 29 oktober 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2996, r.o. 2.3.

<sup>39</sup> Hof Amsterdam 29 oktober 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2996, r.o. 2.6.

<sup>40</sup> Hof Amsterdam 29 oktober 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2996, r.o. 2.1, onder. 5.9.

<sup>41</sup> Rechtbank Den Haag 23 mei 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:7511.



van het gebouw. Ook het wijzigen van de statuten van de VvE, het veranderen van fysieke onderdelen van het gebouw en het wijzigen van de bestemming van privédelen is volgens hen mogelijk via de weg van art. 5:139 lid 2 BW.<sup>42</sup>

### *De nasleep van het Martinuskerk-arrest*

Het is nu reeds twee jaar geleden dat het *Martinuskerk*-arrest geweest is. Sindsdien hebben rechters zich een aantal keer moeten uitlaten over de strekking van de beperking die de Hoge Raad aanbrengt in de bevoegdheden van de VvE. In deze opvolgende rechtspraak wordt de *Martinuskerk*-regel over het algemeen streng toegepast door de rechtbanken, soms zelfs té streng.

Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Rechtbank Overijssel van 12 december 2024.<sup>43</sup> Dit geschil draaide om de vraag of de VvE bevoegd was om na een daartoe strekkend besluit van de algemene ledenvergadering op eigen titel een perceel grond te kopen. Het voor de hand liggende antwoord hierop is ja: de VvE is op grond van art. 5:124 lid 1 BW een rechtspersoon en heeft door de werking van art. 5:124 lid 2 j.o. 2:5 BW een eigen, van de appartementseigenaars afgescheiden vermogen.

De rechtbank is het hier echter niet mee eens. Volgens haar is de VvE enkel bevoegd tot het verrichten van handelingen die zien op het beheren van de gemeenschappelijke delen van de in de splitsing betrokken goederen. De rechtbank noemt dit het *doel* van de VvE. Het aankopen van grond valt volgens de rechtbank niet onder deze beheerstaak, waardoor de VvE niet bevoegd was die rechtshandeling te verrichten.<sup>44</sup>

Dit is een bijzonder beperking van de bevoegdheden van de VvE als rechtspersoon die, naar mijn mening, niet uit de wet volgt. Anders dan de rechtbank stelt is het doel van de VvE uitdrukkelijk niet het beheren van de gezamenlijke goederen maar juist het behartigen van de belangen van de appartementseigenaars, aldus art. 5:112 lid 1 onder e BW. De wetgever heeft bewust voor deze formulering gekozen omdat dit breder is dan slechts het beheren van de goederen.<sup>45</sup>

Daarnaast ziet de taakstelling in art. 5:126 lid 1 BW, op grond waarvan de VvE de gezamenlijke goederen beheert, slechts op de verhouding tussen de VvE en de in de splitsing betrokken goederen, terwijl het in dit geval juist gaat om een perceel dat niet in de splitsing betrokken is en dat ook niet gaat worden.

Wat deze uitspraak naar mijn mening laat zien is dat de beperking die de Hoge Raad in het *Martinuskerk*-arrest dusdanig onduidelijk geformuleerd is dat het risico bestaat dat lagere rechters deze beperking te ver doortrekken. Het beperken van de mogelijkheid van een VvE om grond te kopen is erg ingrijpend omdat dit in de praktijk met enige regelmaat gebeurt, en tot dusverre ook steeds werd aangenomen dat dit gewoon kon.

Om bovenstaande redenen is rechtszekerheid over de bevoegdheden van de VvE naar mijn mening hard nodig.

### *Conclusie*

Met het *Martinuskerk*-arrest lijkt de Hoge Raad de mogelijkheid tot het wijzigen van de akte van splitsing via de route van art. 5:139 lid 2 BW voor een groot deel op slot te zetten. Slechts wanneer een wijziging geen gevolgen heeft voor de eigendomsverhouding tussen de appartementseigenaars kan art. 5:139 lid 2 BW nog gebruikt worden.

---

<sup>42</sup> R.L. Peutz, R.F. Simonse & H.J.G. Braakhuis, 'De Hoge Raad zet splitsingswijzigingen op het (juiste) spoor', *WPNR* 2023/7435, p. 832-835.

<sup>43</sup> Rechtbank Overijssel 18 december 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:7007.

<sup>44</sup> Rechtbank Overijssel 18 december 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:7007, r.o. 5.5.

<sup>45</sup> Asser/S.E. Bartels & A.A. Van Velten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten, Deventer: Wolters Kluwer 2017/429.



Daarnaast beslecht de Hoge Raad tussen neus en lippen door ook een andere discussie over de bevoegdheid van de VvE om beschikkingshandelingen te verrichten wanneer dit tevens als beheer aangemerkt kan worden. In navolging van advocaat-generaal Rank-Berenschot, en anders dan in de literatuur betoogd wordt, lijkt de Hoge Raad het standpunt in te nemen dat de VvE onder geen omstandigheden bevoegd is over de gemeenschappelijke goederen te beschikken maar deze alleen maar mag beheren.

Door de summiere motivering van zijn oordeel zijn de overwegingen van de Hoge Raad vanuit dogmatisch oogpunt lastig te plaatsen. De wijze waarop de Hoge Raad begrippen zoals toedelen, beheren en beschikken in het *Martinuskerk*-arrest toepast staan haaks op de wijze waarop deze begrippen in de gewone gemeenschap uitgelegd worden, waardoor de precieze betekenis van deze begrippen onduidelijk is.

De gevolgen van de restrictieve interpretatie van art. 5:139 lid 2 BW en de daaruit voortvloeiende onduidelijkheden werken belemmerend voor de praktijk, in een tijd waar de verduurzaming en modernisering van appartementencomplexen juist een duidelijk en hanteerbaar wettelijk systeem vereist.

Het wegnemen van de belemmeringen die de Hoge Raad in *Martinuskerk* aanbrengt is relatief eenvoudig. Zoals de Hoge Raad zelf ook benoemt zijn wet en wetsgeschiedenis op dit moment over de toepasbaarheid van art. 5:139 lid 2 BW voor wijzigingen inhoudende een daad van beschikking. De Hoge Raad vult deze leemte in door te kijken naar het systeem van de wet. Dit kan verholpen worden door een verduidelijking aan te brengen in de tekst van art. 5:139 lid 2 BW.



#### 4. Optoppen (door mr. Y. Hasnaoui)

In het verlengde van de *Martinuskerk*-discussie en het maatschappelijke belang bij het wijzigen van de akte van splitsing ligt optoppen. Onder optoppen versta ik het plaatsen van een nieuwe bouwlaag op het dak van een bestaand appartementencomplex, waarna deze bouwlaag in nieuwe appartementen wordt gesplitst.

De akte van splitsing moet in een dergelijk geval om twee redenen gewijzigd worden: ten eerste omdat art. 5:108 lid 1 BW de appartementseigenaars verplicht het gebouw in stand te brengen en houden conform hetgeen bepaald is in de akte van splitsing. Wanneer de constructie van het gebouw ingrijpend veranderd zal de akte van splitsing daarom ook aangepast moeten worden. Ten tweede is de nieuwe bouwlaag bestemd om in appartementen gesplitst te worden. Dit vereist ook een wijziging van de akte van splitsing.

De vraag is of deze wijzigingen mogelijk zijn via art. 5:139 lid 2 BW. Ik zal iedere wijzigingsreden afzonderlijk behandelen.

##### 1. Wijziging om akte van splitsing in overeenstemming brengen met nieuwe inrichting gebouw

Wanneer een nieuwe bouwlaag op een bestaande bouwlaag wordt geplaatst vindt natrekking plaats op grond van art. 5:20 lid 1 onder e BW. Doordat de bouwlaag op het gebouw geplaatst wordt gaat die bouwlaag onderdeel uitmaken van het gebouw als geheel.<sup>46</sup> Daarmee wordt de nieuwe bouwlaag van rechtswege onderdeel van de splitsing, ook voordat de akte van splitsing gewijzigd is.

Omdat de bouwlaag vóór het wijzigen van de akte van splitsing niet aangewezen wordt als een privégedeelte, en privédelen krachtens art. 5:111 onder b BW nauwkeurig omschreven moet worden in de akte van splitsing, wordt de nieuwe bouwlaag noodzakelijkerwijs gemeenschappelijk. Mijns inziens vindt daarom geen wijziging plaats in de eigendomsverhouding tussen de eigenaren wanneer de akte van splitsing in overeenstemming met de fysiek situatie wordt gebracht, waardoor dit in beginsel via de weg van art. 5:139 lid 2 BW kan.

Willen de eigenaars het gebruik van een deel van de nieuwe bouwlaag toekennen aan een van de huidige appartementseigenaars, dan is sprake van het toekennen van het exclusieve gebruik van een voorheen gemeenschappelijk deel, net zoals in de *Martinuskerk*-casus. Dit brengt met zich mee dat de route van art. 5:139 lid 2 BW in een dergelijk geval wel gesloten is en de unanieme medewerking van alle appartementseigenaars nodig is.

De benadering van de rechtbank Den Haag in de eerdergenoemde uitspraak van 23 mei 2023 is mijns inziens onjuist.<sup>47</sup>

##### 2. Wijziging om nieuwe appartementen te creëren

In veel gevallen zal optoppen bedoeld zijn om de nieuwe bouwlaag in appartementen te splitsen en deze vervolgens te verkopen. Dat vereist natuurlijk ook een wijziging van de akte van splitsing. Een dergelijke wijziging kan sowieso alleen via de weg van art. 5:139 lid 1 BW geschieden.

Ten eerste zal het creëren van nieuwe appartementsrechten aangemerkt worden als een daad van beschikking omdat daardoor de eigendomsverhouding tussen de appartementseigenaars en het gebouw veranderd: er komen immers nieuwe appartementen bij, waardoor de kring van appartementseigenaars uitgroeit en de aandelen van de huidige eigenaars in de eigendom van het gebouw noodzakelijkerwijs afnemen, aangezien de nieuwe appartementsrechten ook een aandeel in de eigendom van het gebouw omvatten. Op grond van het *Martinuskerk*-arrest zal wijziging via art. 5:139 lid 2 BW daarmee uitgesloten zijn.

<sup>46</sup> Zie zeer uitgebreid P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Maastricht), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 142 en verder.

<sup>47</sup> Rechtbank Den Haag 23 mei 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:7511.



Ten tweede vereist het creëren en verkopen van de nieuwe appartementsrechten een aanvullende goederenrechtelijke handeling die buiten het systeem van het appartementsrecht plaatsvindt.<sup>48</sup> Nadat de wijziging heeft plaatsgevonden en de nieuwe appartementsrechten zijn gecreëerd zijn de gezamenlijke appartementseigenaars gerechtigd tot dit appartementsrecht, wat ingevolge art. 5:117 lid 1 BW een zelfstandig overdraagbaar registergoed is. Hier is sprake van een gemeenschap in de zin van art. 3:166 BW: een of meer goederen behoren toe aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk.

De nieuwe appartementsrechten moeten echter verkocht worden of toegedeeld worden aan een of meerdere appartementseigenaars, tegen het betalen van een vergoeding aan de overige eigenaars omdat zij het gemeenschappelijke goed niet verkrijgen.<sup>49</sup> De opbrengst van de verkoop moet vervolgens onder de overige deelgenoten verdeeld worden.

Om over een gemeenschappelijk goed te beschikken teneinde het te verkopen en leveren aan een derde is op grond van art. 3:170 lid 3 BW de medewerking van alle deelgenoten vereist, en hetzelfde geldt krachtens art. 3:182 BW voor het toedelen van de nieuwe appartementsrechten aan een of meer deelgenoten.

Dijkman-Derkman stelt dat deze aanvullende goederenrechtelijke handeling ervoor zorgt dat een aktewijziging om nieuwe appartementsrechten altijd de medewerking van alle deelgenoten behoeft. Indien de route van art. 5:139 lid 2 BW in een dergelijk geval gevolgd zou worden zou bij het uiteindelijke overdragen en verdelen van de nieuwe appartementsrechten alsnog de medewerking van alle deelgenoten vereist zijn.<sup>50</sup>

De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de VvE strekt zich ook niet uit tot het verdelen van deze gemeenschap. Los van het feit dat dit een daad van beschikking is, bevindt deze gemeenschap zich buiten het regime van het appartementsrecht in Boek 5 en is het een 'gewone' Boek 3-gemeenschap. De bevoegdheden van de VvE strekken zich ingevolge art. 5:126 lid 1 BW uit tot het beheer van de in de splitsing betrokken goederen, wat deze appartementsrechten noodzakelijkerwijs niet zijn.

### 3. Tussenconclusie

In het proces van optoppen doemen in het kader van het wijzigen van de akte van splitsing twee obstakels op: enerzijds de beperkte uitleg van art. 5:139 lid 2 BW door de Hoge Raad in *Martinuskerk*, anderzijds de aanvullende goederenrechtelijke handelingen die verricht zijn voor het verdelen en leveren van de nieuwe appartementsrechten.

Het eerste obstakel kan weggenomen worden door de eerder besproken verduidelijking in de tekst van art. 5:139 lid 2 BW.

Het tweede obstakel is echter lastiger, omdat dit obstakel voortvloeit uit de algemene regeling voor de gemeenschap uit Boek 3 BW. Een mogelijke uitbreiding van de bevoegdheid van de VvE om haar leden te vertegenwoordigen naar het verdelen van nieuwe appartementsrechten in Boek 5 zou een oplossing kunnen zijn.

- Het vestigen van een opstalrecht gedurende de splitsing

Verduurzaming is vaak gebaat bij het kunnen vestigen van een opstalrecht, bijvoorbeeld voor het kunnen huren van een duurzame installatie zoals zonnepanelen. De vraag in hoeverre het mogelijk is een dergelijk recht te vestigen op een in appartementen gesplitst gebouw is het afgelopen jaren veelvuldig besproken in de literatuur.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> A. Dijkman-Derkman, 'Wijziging splitsing in appartementsrechten en toedeling', JBN 2014/8, onder 3.

<sup>49</sup> Asser/Perrick 3-V 2023/173.

<sup>50</sup> A. Dijkman-Derkman, 'Wijziging splitsing in appartementsrechten en toedeling', JBN 2014/8, onder 3.

<sup>51</sup> Zie R. Westrik, 'Circulariteit, appartementsgebouwen en het opstalrecht (I)', *WPNR* 2023/7429, R. Westrik, 'Circulariteit, appartementsgebouwen en het opstalrecht (II)', *WPNR* 2023/7430, F.J. Vonck 'Reactie op "Circulariteit, appartementsgebouwen en

Het wettelijke uitgangspunt van art. 5:117 lid 2 BW is dat het gedurende de splitsing niet mogelijk is de in de splitsing betrokken goederen te bezwaren. Een grammaticale lezing van dit artikellid zou een algeheel verbod op het vestigen van beperkte rechten inhouden. In de literatuur worden echter andere standpunten bepleit.

Westrik betoogt dat het mogelijk is door een deel van het in appartementen gesplitst gebouw aan de splitsing te onttrekken doormiddel van een aktewijziging. Zijn exacte gedachtegang valt lastig samen te vatten, maar het komt erop neer dat hij het mogelijk acht bijvoorbeeld een dak aan de splitsing te onttrekken, dit dak vervolgens te bezwaren met een recht van opstal en vervolgens weer aan de splitsing toe te voegen, waarvoor in ieder geval twee wijzigingen van de akte van splitsing nodig zijn.<sup>52</sup>

Vonck stelt in reactie op Westrik dat er een andere oplossing in de literatuur met minder bezwaren dan de benadering van Westrik. Volgens Vonck is het niet mogelijk om de splitsing te beëindigen ten opzichte van slechts een deel van het gesplitste gebouw omdat het eenheidsbeginsel zich hiertegen verzet.<sup>53</sup> Ik sluit mij hier volledig bij aan: het zou mijns inziens tot absurde gevolgen leiden als het mogelijk zou zijn om bijvoorbeeld een dak aan een splitsing te onttrekken, terwijl de rest van het gebouw gesplitst blijft. In plaats daarvan wijst Vonck op de oplossing die Van Velten voor dit probleem heeft aangedragen, namelijk het onttrekken van een opstalrecht aan de splitsing, waarmee dat opstalrecht ook onmiddellijk gevestigd wordt.<sup>54</sup> Wat hier in feite gebeurt is dat het opstalrecht in dit geval geacht wordt om steeds 'slapend' aanwezig te zijn in het eigendomsrecht van het gesplitste gebouw. Omdat het opstalrecht al aanwezig is kan het ook onttrokken worden via de weg van art. 5:117 lid 3 BW, waarmee het opstalrecht formeel gevestigd wordt. Vonck erkent dat dit een ruime interpretatie van art. 5:117 lid 2 BW vergt maar is van mening dat deze oplossing wel goed in het systeem van art. 5:117 lid 2 en 3 BW past.

Deze oplossing is naar mijn idee beter verenigbaar met het systeem van het appartementsrecht maar tegelijkertijd enigszins gekunsteld, iets wat Vonck ook erkent. Het is echter wel een praktische oplossing met aanzienlijk minder fundamentele bezwaren dan de benadering van Westrik.

Tegelijkertijd is het onduidelijk welke van deze benaderingen rechtens juist is omdat hier nog nooit over geprocedeerd wordt. Wat wel duidelijk is, is dat er behoefte bestaat voor een heldere en goed toepasbare regeling waardoor het vestigen van een opstalrecht wel mogelijk wordt gemaakt. De ratio achter het bestaan van art. 5:117 lid 2 BW is om te voorkomen dat goederen gedurende het bestaan van de splitsing aan die splitsingsgemeenschap worden onttrokken zonder dat de splitsingsstukken dit weergeven.<sup>55</sup>

Ook volgt uit de toelichting bij de eerste appartementswet van 1952 dat een van de grondgedachtes van het appartementsrecht is dat de eigendom van het gebouw als het ware uiteenvalt in de verschillende appartementsrechten en deze in de plaats treden van het gebouw.<sup>56</sup> In het licht van deze gedachte is het logisch dat niet het gebouw maar de appartementsrechten het voorwerp van beperkte rechten moet zijn, zie ook art. 5:114 BW. Voortbouwend op deze gedachte is het sinds 2005 ook mogelijk om via art. 5:118a BW een opstalrecht of erfpachtrecht te vestigen op een privégedeelte.

---

het opstalrecht" van mr. R. Westrik, *WPNR* 2023/7429 en 7430', *WPNR*/7440, R. Westrik, 'Naschrift op de reactie van F.J. Vonck', *WPNR* 2023/7440, R. Westrik, 'Van privé naar gemeenschappelijk en vice versa?', *WPNR* 2023/7432, Y. Hasnaoui, 'Reactie op "Van privé naar gemeenschappelijk en vice versa?"', *WPNR* 2024/7452 en R. Westrik, 'Naschrift bij de reactie van Y. Hasnaoui', *WPNR* 2024/7452.

<sup>52</sup> R. Westrik, 'Circulariteit, appartementsgebouwen en het opstalrecht (II, slot)', *WPNR* 2023/7430, p. 729-731.

<sup>53</sup> F.J. Vonck 'Reactie op "Circulariteit, appartementsgebouwen en het opstalrecht" van mr. R. Westrik, *WPNR* 2023/7429 en 7430', *WPNR*/7440, p. 931.

<sup>54</sup> F.J. Vonck 'Reactie op "Circulariteit, appartementsgebouwen en het opstalrecht" van mr. R. Westrik, *WPNR* 2023/7429 en 7430', *WPNR*/7440, p. 932.

<sup>55</sup> F.J. Vonck 'Reactie op "Circulariteit, appartementsgebouwen en het opstalrecht" van mr. R. Westrik, *WPNR* 2023/7429 en 7430', *WPNR*/7440, p. 931.

<sup>56</sup> *Kamerstukken II* 1946/47, 451, nr. 3, p. 3-4.



#### 4. Motie Paternotte (door mr.dr. C.N. Siewers)

Op 17 april 2024 heeft Paternotte c.s. heeft een motie ingediend over het voor vve's makkelijker maken om woningen op te toppen door het appartementsrecht te moderniseren, waarvan de tekst als volgt luidt:

*“De Kamer, gehoord de beraadslaging, constaterende dat uit onderzoek blijkt dat er door het verdichten, optoppen en aanplakken in steden nog ruimte is voor meer dan 700.000 nieuwe woningen;*

*constaterende dat veel van die optopmogelijkheden op daken liggen van vve's;*

*constaterende dat het met de huidige wetgeving voor veel vve's ingewikkeld is om op te toppen;*

*constaterende dat het optoppen in Parijs, surélévation, wel zeer succesvol is omdat daar het appartementsrecht is gemoderniseerd;*

*overwegende dat vve's met het opgebrachte geld van de verkoop van de opgetopte woning ook nog de broodnodige isolatie en verduurzaming van hun pand kunnen bekostigen;*

*verzoekt de regering het voor vve's makkelijker te maken om woningen op te toppen door het appartementsrecht te moderniseren in de geest van het Parijse surélévation,*

*en gaat over tot de orde van de dag”*

In de motie wordt de vergelijking gemaakt met het Parijse systeem. Den Butter bespreekt in zijn scriptie 'Surélever la loi?' de regelgeving in Parijs omtrent optoppen. In Parijs is op 20 februari 2014 een wet aangenomen waardoor de Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové – ook wel bekend onder de naam 'Loi ALUR'. Na inwerkingtreding van deze wet neemt het aantal bouwaanvragen voor optoppen substantieel toe.

Ook in Nederland wordt het optoppen (of aanplakken of afplinten) gezien als een mogelijkheid om de woningnood het hoofd te bieden.

De kern van de Parijse wetswijziging in 2014 is dat de eis van unanimiteit wordt verlaten en wordt gewijzigd naar twee/derde in combinatie met een voorkeursrecht voor de appartementen op de bovenste verdiepingen. Het belang van de gemeenschap om inkomsten te genereren (wellicht voor verduurzaming van het gebouw) en het 'algemeen belang' wordt zwaarder geacht dan het belang van de individuele eigenaars.

Zonder al te diep in te gaan op de regelgeving in Parijs, is een vergelijking mogelijk met het Nederlandse systeem. Als gevolg van het Martinuskerk-arrest is voor het optoppen van een gebouw ook unanimiteit nodig (net zoals in Parijs vóór de wijziging van 2014). Ik heb in mijn proefschrift beargumenteerd dat ook in Nederland voor het wijzigen van de splitsingsakte een lagere meerderheid mogelijk. Ik heb mijn proefschrift afgerond vóór de uitspraak van het Martinuskerk-arrest. Echter bepleit ik dat ook voor het optoppen een lagere meerderheid mogelijk is. Dit is in lijn met wat de vereenvoudiging die de wetgever in 2005 met de introductie van artikel 5:139 lid 2 BW heeft beoogd.



##### 5. Opstalrecht op gemeenschappelijk gedeelten en zaken (door mr. dr. C.N. Siewers)

Het appartementsrecht maakt onderdeel uit van het goederenrecht. Het goederenrecht in Nederland is een gesloten stelsel, inhoudende dat vermogensrechten alleen bestaan als die in de wet genoemd zijn. In het geval van appartementsrecht is de combinatie met een recht van opstal niet genoemd. Om die reden kan op een appartementsrecht geen recht van opstal gevestigd. In de praktijk wordt benoemd vaak genoemd dat de mogelijkheid om een recht van opstal te vestigen wel gewenst wordt met name door financiers van installaties.

In 2005 is de wet gewijzigd voor een recht van opstal op een privé-gedeelte. Met toevoeging van art. 5:118a BW is er sinds de wetwijziging van 2005 geen discussie meer over de vraag of een opstalrecht gevestigd kan worden op een appartementsrecht. Mertens merkt op naar aanleiding van deze wijziging: 'Belangrijk is dat daarbij tevens is geregeld dat zodanig recht van opstal uitsluitend betrekking kan hebben op nieuw aan te brengen gebouwen, werken en beplantingen. Indien immers reeds bestaande gebouwen, werken en beplantingen door middel van een opstalrecht van de appartementensplitsing zouden kunnen worden 'afgesplitst', zou dit een zeer vergaande inbreuk op de rechten van de overige appartementseigenaars inhouden.'<sup>57</sup> WMANL heeft in een wetsvoorstel in 2019 een voorstel gedaan om ook opstalrechten op de gemeenschappelijke delen en zaken toe te staan.<sup>58</sup>

Per saldo is het thans dus wel mogelijk om op een privé gedeelte een opstalrecht te vestigen, maar niet op de gemeenschappelijke gedeelten van het appartementencomplex.

In België is het overigens wel mogelijk om een opstalrecht te vestigen op de gemeenschappelijke delen van een appartementsrecht. Omdat België en Nederland dezelfde basis delen voor wetgeving is dit een interessant punt dat verder onderzoek verdient. Aan de hand van dat onderzoek kan worden uitgezocht of er dogmatische bezwaren bestaan tegen een opstalrecht op gemeenschappelijke delen van een appartementencomplex.

---

<sup>57</sup> Mertens, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:118a BW aant. 4.

<sup>58</sup> <https://www.wmanl.nl/wp-content/uploads/2019/08/20181210-Wetsvoorstel-met-toelichting-Een-verbeterde-regeling-eindversie.pdf> inzage op 9 augustus 2020.





## 6. Samenvatting (door mr. Y. Hasnaoui en mr. dr. C.N. Siewers)

Het proces van het wijzigen van de splitsingsakte wordt door velen als complex, tijdrovend en kostbaar ervaren. Sommigen noemen het een drama. Na het Martinuskerk-arrest zijn de eisen nóg strikter geworden. In 2022 verscheen de dissertatie van C.N. Siewers waarin zij betuigt dat dat in het appartementsrecht de verhouding tussen het eigendomsrecht en het verenigingsrecht uit balans is en dat het wijzigen van de splitsingsakte eenvoudiger kan. Y. Hasnaoui en B. Hoops concluderen na empirisch onderzoek over de wijziging van splitsingsakte dat hun bevindingen zorgwekkend zijn:

*“Ingrijpende veranderingen binnen een appartementencomplex waarvoor een aktewijziging is vereist, lopen stuk op de hoge (juridische, menselijke, procedurele en/of financiële) eisen die aan de wijziging worden gesteld. Deze onderzoeksresultaten zijn problematisch omdat de geïdentificeerde belemmeringen structureel en praktisch van aard zijn en niet principieel-inhoudelijk. Wijzigingsplannen lopen veel vaker vast op de kosten en complexiteit van de procedure dan op inhoudelijke bezwaren tegen de wijziging. Daardoor zullen wijzigingen die door de appartementseigenaars wenselijk worden geacht, mogelijk falen.”*

De Hoge Raad heeft met het *Martinuskerk*-arrest een beperking aangebracht in de mogelijkheid tot het wijzigen van de akte van splitsing met 4/5<sup>e</sup> meerderheid, en meer fundamenteel de rol die de VvE speelt binnen een appartementencomplex.

Deze rol lijkt nu beperkt te zijn tot slechts het beheren van de voor gemeenschappelijk gebruik bestemde delen van het appartementencomplex. Wanneer sprake is van een handeling die beschikken inhoudt, dat wil zeggen het uitoefenen van goederenrechtelijke bevoegdheden zoals het wijzigen van de grens tussen een privéappartement en een gemeenschappelijk deel, is de VvE daar volgens de Hoge Raad niet tot bevoegd.

Dit heeft een aantal gevolgen. Ten eerste is het onduidelijk wat de grens van de bevoegdheden van de VvE is. De wet geeft geen duidelijke definitie van beheer, waardoor het in de praktijk voor de besturen van VvE's vaak gissen zal zijn of iets onder de bevoegdheden van de VvE valt. Dit leidt ook in de lagere rechtspraak tot onduidelijkheid.

Dezelfde onduidelijkheid bestaat ten opzichte van beschikken: het is moeilijk te bepalen welke soorten wijzigingen van de akte van splitsing als beheren aangemerkt moeten worden, en dus nog met een vier-vijfde meerderheid gewijzigd kunnen worden, en wanneer sprake is van beschikken, en dus unanimiteit vereist is.

Ten tweede vereist het wijzigen van de akte van splitsing nu vaak de medewerking van alle appartementseigenaars, waar van bekend is dat dat in de praktijk problemen oplevert: dit was immers de reden voor de invoering van de mogelijkheid tot het wijzigen van de akte van splitsing met een 4/5<sup>e</sup> meerderheid.

De appartementsrechtelijke praktijk heeft veel belang bij een verduidelijking van de reikwijdte van art. 5:139 lid 2 BW en de rol die de VvE speelt in optoppen. Zonder die duidelijkheid zullen VvE's terughoudend zijn om over te gaan tot optopping en verduurzaming, gezien de onduidelijke besluitvormingsprocedures, de hoge eisen die gesteld worden aan het wijzigen van de akte van splitsing en het risico dat zij vervangende machtiging van de rechter moeten verzoeken indien zij niet de medewerking van alle appartementseigenaars krijgen.

Doordat het proces en de voorwaarden voor het wijzigen van een splitsingsakte te strikt zijn, ontstaan er in de praktijk problemen rondom verduurzaming en optoppen. Wij menen dat het proces en de voorwaarden vereenvoudigd kan worden zonder afbreuk te doen aan de waarborgen die het appartementsrecht biedt.

## 7. Europeesrechtelijke beschouwing (door Prof. mr. B. Hoops)

### 1. Inleiding<sup>59</sup>

Voor de verduurzaming van appartementencomplexen is in veel gevallen een wijziging van de splitsingsakte vereist. Bijvoorbeeld moet een opstalrecht worden gevestigd voor de exploitant van zonnepanelen of moeten grenzen tussen gemeenschappelijke en privé-delen worden verschoven voor een nieuw warmtesysteem. Hiervoor is vast komen te staan dat de eisen die worden gesteld aan een wijziging van de splitsingsakte, te hoog zijn. Voor een wijziging is de instemming nodig van te veel appartementseigenaars en i.h.b. ook hun hypotheekhouders. De procedure kost ook te veel tijd en geld.

Om deze reden wordt overwogen om de regels over de wijziging van de splitsingsakte te versoepelen. Een aanpassing van art. 5:139 BW en aanpalende regels heeft gevolgen voor nieuwe én bestaande appartementensplitsingen voor zover deze wetwijziging afwijkingen van het nieuwe regime uitsluit. Hetzelfde geldt voor het onlangs voorgestelde art. 5:111 lid 1 BW, dat in de bevoegdheid van de Minister zou voorzien om door middel van een AMvB “voorschriften te geven”.<sup>60</sup> Hiermee zouden de regels binnen alle appartementencomplexen over verduurzaming gelijk kunnen worden getrokken. Voor bestaande appartementensplitsingen betekent dit dat de overheid een wijziging teweegbrengt van de tussen de mede-eigenaars geldende regels; daaruit vloeien echter niet onmiddellijk rechten of verplichtingen voort. Een verdergaande optie voor de overheid is om via een wetwijziging of een AMvB verplichtingen in te voeren om appartementencomplexen te verduurzamen. Dit zou de rechtspositie van de appartementseigenaars onmiddellijk veranderen.

In dit hoofdstuk wordt bekeken in hoeverre de bescherming van de grond- en mensenrechten van de appartementseigenaars beperkingen stelt aan de aanpassing van de regels over splitsingsakten. Er wordt eerst ingegaan op de grond- en mensenrechten die potentieel in het geding zijn (par. 2). Vervolgens wordt gekeken naar de wetstechnische eisen die worden gesteld aan de kwaliteit van deze aanpassing (par. 3). Behandeld worden daarna het afwegingskader van de grond- en mensenrechten en de eisen waaraan het resultaat van de afweging van de wetgever moet beantwoorden (par. 4). Paragraaf 5 bevat de conclusie.

### 2. Eigendom en privaatautonomie

De voorgestelde wijzigingen kunnen inbreuk maken op

- (i) Het eigendomsrecht; en
- (ii) De privaatautonomie.

Het eigendomsrecht wordt door de grondwet, het EU-recht, internationale verdragen en algemene rechtsbeginselen beschermd. Appartementseigenaars hebben een aandeel in de grondeigendom die wordt beschermd door Art. 1 EP. Meer concreet mengt de overheid zich door de wijziging in de vrijheid van de mede-eigenaars om (in samenspraak) hun eigendom naar eigen goeddunken te gebruiken. Hierdoor zijn verschillende bepalingen van toepassing.

Artikel 14 lid 3 van de grondwet beschermt het recht van de eigenaar om schadeloosstelling te ontvangen voor eigendomsbeperkingen indien de wet hierin voorziet. Artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM (Art. 1 EP) beschermt het recht op ongestoord genot van eigendom. Artikel 17 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bevat een soortgelijke bepaling. Op een AMvB of een beschikking die de eigendom inperkt, is bovendien het evenredigheidsbeginsel ex art. 3:4 lid 2

---

<sup>59</sup> Dit verslag is gebaseerd op en bouwt voort op: B. Hoops & N.L. Bouzora, ‘In de schaduw van globale opwarming en woningnood. Hoe eigendomsregulering en privaatrechtelijke verhoudingen elkaar vormgeven’, *NTBR* 2023/18, 5, p. 152-164; en B. Hoops, ‘De verduurzaming van VvE’s: Hoe kunnen wij de Tragedy of the Anticommons vermijden?’, *WPNR* 2020/7297, 662-673.

<sup>60</sup> M.C.E. van der Vleuten & I. de Jong, ‘Een verbeterde regeling voor appartementsrechten – Ontwerp-wetsvoorstel’, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Vervolg ‘Boek 5 BW van de toekomst, Het ontwerp-wetsvoorstel appartementsrechten*, Den Haag: SDU, 2020, 23-74.



Awb van toepassing. Dit betekent echter niet dat eigendom absoluut is.<sup>61</sup> In het algemeen belang kan zich de overheid onder voorwaarden gerechtvaardigd inmengen in het eigendomsrecht. Hierop zijn de in par. 4 uiteengezette eisen van toepassing.

De gedwongen wijziging van de splitsingsakte en de regels over de splitsingsakte maakt mogelijkwerwijs inbreuk op de partijautonomie. De partijautonomie is een van de steunpilaren van het privaatrecht. Zij houdt in dat iedereen zijn juridische verhoudingen naar eigen inzicht kan vormgeven.<sup>62</sup> De partijautonomie rechtvaardigt dat wij gebonden zijn aan contracten die wij aangaan. Zij is een noodzakelijke voorwaarde voor de vrijheid om onszelf te ontplooien en voor economische ontwikkeling.<sup>63</sup> Zij kan als onderdeel van een recht tot zelfbeschikking worden beschouwd als een grond- en mensenrecht. Dit wordt beschermd door art. 8 EVRM.<sup>64</sup> Het behoeft geen betoog dat de voorgestelde wijziging zich in de partijautonomie mengt. Zoals bijna alle grondrechten is echter ook de partijautonomie niet absoluut en kan zij worden beperkt.<sup>65</sup>

### 3. Kwaliteitseisen voor wetgeving en AMvB's

De verandering van de regels rond de wijziging van splitsingsakten en nieuwe wetgeving over de bevoegdheden van de Minister met betrekking tot appartementensplitsingen moeten voldoen aan constitutionele en verdragsrechtelijke eisen die voor wetgeving gelden. Deze eisen vloeien met name voort uit

- (i) het legaliteitsbeginsel; en
- (ii) het democratiebeginsel.

Het legaliteitsbeginsel bepaalt niet alleen dat maatregelen die de rechten van burgers beperken, een wettelijke grondslag moeten hebben. Deze grondslag moet ook voldoende nauwkeurig aangeven onder welke voorwaarden welke maatregelen kunnen worden genomen.<sup>66</sup> Ook al kan een wet vanwege art. 120 Gw niet rechterlijk worden getoetst aan deze normen, deze eis dient door de wetgever in acht te worden genomen. Hij is ook op verschillende plekken opgenomen in de aanwijzingen voor de regelgeving, uitgevaardigd door het Ministerie van Algemene Zaken. Aanwijzing 2.14 bepaalt onder andere dat de uitoefening van bestuursbevoegdheden zoveel mogelijk genormeerd dient te worden en vage toepassingscriteria in beginsel niet gehanteerd mogen worden. Ook onder het EVRM dient de wet voldoende nauwkeurig en toegankelijk te zijn zodat de mogelijke maatregelen van de Staat voldoende voorzienbaar zijn.<sup>67</sup> Bij de normering van de regels over splitsingsakten in het BW lijken deze eisen geen obstakels op te werpen.

Bij het scheppen van een bevoegdheidsgrondslag voor een AMvB die de regels in alle appartementencomplexen gelijk moet trekken, kunnen wél problemen optreden. Dit geldt met name als een bevoegdheidsgrondslag voor een AMvB te breed geformuleerd is. De bevoegdheidsgrondslag kan zo breed zijn dat verschillende maatregelen met sterk uiteenlopende gevolgen kunnen worden genomen. Bijvoorbeeld kan hij zo breed zijn dat de Minister zowel de regels in splitsingsakten gelijk kan trekken én verduurzamingsverplichtingen kan opleggen. Onder verduurzamingsverplichtingen wordt hier verstaan een door de overheid opgelegde verplichting om een gebouw te verduurzamen, bijvoorbeeld door middel van zonnepanelen of een duurzaam warmtesysteem. Een brede

<sup>61</sup> Vgl. art. 3:14, 5:1 lid 2 BW.

<sup>62</sup> D. Coester-Waltjen, 'Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Law', in: S. Grundmann e.a. (red.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlijn: De Gruyter, 2001, p. 41-48, p. 41.

<sup>63</sup> J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer: Kluwer, 1979, p. 5 e.v. en 63 e.v.

<sup>64</sup> H.J. Snijders, 'Privacy of Contract', in: K. Ziegler (red.), *Human Rights and Private Law-Privacy as Autonomy*, Oxford: Hart, 2007, p. 105. Vgl. A.L.B. Colombi-Ciacchi, 'Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union', *European Review of Contract Law* 2010, 303-318.

<sup>65</sup> Coester-Waltjen 2001, p. 42 e.v.

<sup>66</sup> C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer, 2012, p. 311; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlands burgerlijk recht: Het Straatsburgse perspectief', in: Barkhuysen, H.D. Ploeger & Van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 1-102, p. 62. Vgl. R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel*, The Hague: SDU, 1998, p. 114.

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 5 januari 2000, *Beyeler v. Italy*, nr. 33202/96, r.o. 109.

bevoegdheidsgrondslag brengt op zich de nauwkeurigheid en duidelijkheid niet in het geding. Als het echter alleen de bedoeling van de wetgever is om het gelijktrekken mogelijk te maken, ontstaat voor de burger onduidelijkheid over de instrumenten waarover de Minister zou beschikken. En deze onduidelijkheid mag niet.

Een verdergaande beperking kan voortvloeien uit aanwijzing 2.19 en het democratiebeginsel. Om de democratische legitimatie van de lagere regelgeving te waarborgen dient de volksvertegenwoordiging volgens deze aanwijzing over alle hoofdelementen van de regeling, in het bijzonder de reikwijdte van de AMvB, te beslissen. Het lijkt ons aangewezen dat de Staten-Generaal ten minste een expliciete beslissing moet nemen over de vraag of de bevoegdheidsgrondslag ook ziet op vergaande inmengingen als verduurzamingsverplichtingen.

#### **4. Afwegingskader en grond-/mensenrechtelijke eisen**

De mate waarin grond- en mensenrechten de appartementseigenaar beschermen tegen inmenging door de overheid kent grenzen. Zo maakt de wijziging geen inbreuk op het eigendomsrecht of de partijautonomie als aan drie vereisten is voldaan:

- Par. 4.1: een wettelijke basis rechtvaardigt de inmenging;
- Par. 4.2: de inmenging dient een legitiem doel in het algemeen belang;
- Par. 4.3: de inmenging is evenredig in relatie tot het daarmee nagestreefde doel in de vorm van een *'fair balance'* tussen het algemeen belang en het grond-/mensenrecht van het individu.<sup>68</sup>

De focus ligt hierbij op de bescherming op grond van het EVRM. Andere grondslagen blijven ten behoeve van de leesbaarheid buiten beschouwing, maar zouden doorgaans ook tot geen ander resultaat leiden.

##### **4.1 Wettelijke basis**

Om te voldoen aan het vereiste van een wettelijke basis, dient een inmenging in een concreet geval gebaseerd te zijn op duidelijke, vooraf kenbare regels die niet op willekeurige wijze worden toegepast.<sup>69</sup> Zowel een wijziging van het Burgerlijk wetboek als de bevoegdheidsgrondslag van een AMvB zou gebaseerd zijn op een wet in formele zin. In paragraaf 3 is al uiteengezet welke eisen gelden voor duidelijkheid en nauwkeurigheid van de nieuwe regels.

Uit EHRM-jurisprudentie blijkt dat het Hof een inmenging voldoende voorzienbaar acht indien er voldoende waarborgen zijn opgenomen om willekeur te voorkomen. De aanwezigheid van voldoende procedurele waarborgen maakt hiervan deel uit. Concreet houdt dit in dat de eigenaar de mogelijkheid dient te hebben om zijn zaak voor te leggen aan de verantwoordelijke autoriteiten.<sup>70</sup> Tegen de wet in formele zin staat vanwege art. 120 Gw geen rechtstreeks beroep open. Wat de toepassing van de nieuwe regels over de wijziging van de splitsingsakte in het BW betreft, kan de appartementseigenaar wel proberen een onrechtmatigedaadsactie (Art. 6:162 BW) tegen de Staat te voeren, met een beroep op Art. 1 EP of Art. 8 EVRM. De AMvB betreft een algemeen verbindend voorschrift, waartegen het niet mogelijk is om bestuursrechtelijk bezwaar te maken.<sup>71</sup> Het is niettemin mogelijk om bij de civiele rechter op te komen tegen een algemeen verbindend voorschrift.<sup>72</sup> De civiele rechter toetst op grond van art. 6:162 BW de rechtmatigheid, en let hij in het bijzonder op de verenigbaarheid met hogere wetgeving, algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur. Bovendien weegt de rechter de betrokken belangen tegen elkaar af. Ook in dit opzicht zou de wijziging van het BW of de AMvB dus voldoen aan de eisen van het EVRM.

---

<sup>68</sup> EHRM, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention of Human Rights: Protection of property*, 31 december 2021, p. 25-30; D.G.J. Sanderink, *EVRM en het materiële omgevingsrecht (SteR nr. 22)*, diss. Nijmegen, Deventer: Kluwer, 2015/9.2.3.

<sup>69</sup> EHRM 2021, p. 25; Sanderink 2015/9.2.3.

<sup>70</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 11 december 2018, *Lekic v. Slovenia*, nr. 36480/07, par. 95; EHRM 24 november 2005, *Capital Bank AD v. Bulgaria*, nr. 49429/99, r.o. 134.

<sup>71</sup> Artikel 8.3 lid 1 sub a Awb.

<sup>72</sup> T. Barkuysen, 'Inspraak en rechtsbescherming bij algemeen verbindende voorschriften', *NJB* 2015/1949.

#### 4.2 Legitiem doel in het algemeen belang

Een inmenging in de privaatautonomie en/of het recht op ongestoord genot van eigendom kan slechts gerechtvaardigd zijn wanneer deze een legitiem doel in het algemeen belang dient.<sup>73</sup> Bij het bepalen of een legitiem doel al dan niet het algemeen belang dient, acht het Hof de nationale autoriteiten, gezien hun kennis van de maatschappij en haar behoeften, beter in staat om in te schatten wat al dan niet deel uitmaakt van het algemeen belang dan een internationale rechter.<sup>74</sup> Het EHRM kent dan ook een ruime beoordelingsvrijheid (*margin of appreciation*) toe aan de nationale autoriteiten en zal in beginsel snel aannemen dat een inmenging in het algemeen belang plaatsvindt.

Het bevorderen van het verbeteren en i.h.b. verduurzamen van appartementencomplexen is van groot belang is. Zo heeft het EHRM recent geoordeeld dat men op grond van artikel 2 en 8 EVRM beschermd dient te worden tegen gevaarlijke klimaatverandering.<sup>75</sup> De gevolgen van klimaatverandering zijn fors. De opwarming van de aarde zorgt voor extreem weer, voedsel- en drinkwaterschaarste, het uitsterven van dieren en plantensoorten en onbewoonbaarheid van bepaalde gebieden. Kortom, klimaatverandering bedreigt het (menselijk) leven op aarde.<sup>76</sup> De gebouwde omgeving is verantwoordelijk voor ongeveer 30% van de CO<sub>2</sub>-uitstoot in Nederland.<sup>77</sup> Verduurzaming van de gebouwde omgeving kan derhalve een bijdrage leveren aan het tegengaan van gevaarlijke klimaatverandering. Tegelijkertijd is het bij voortschrijdende globale opwarming van essentieel belang dat de gebouwde omgeving snel kan worden aangepast aan de nieuwe klimaat- en weersomstandigheden. Samen beschouwd met de *margin of appreciation*, maakt al dit evident dat wetswijzigingen ter vergemakkelijking van de aanpassing en i.h.b. verduurzaming van de gebouwde omgeving een legitiem doel dienen.

#### 4.3 Fair Balance

Aan de vaststelling van een *fair balance* tussen het algemeen belang en de mensenrechten van een appartementseigenaar ligt een afweging ten grondslag tussen de belangen van de eigenaar en het algemeen belang. Wanneer het Europese Hof deze toets uitvoert, stelt het op basis hiervan vast of het handelen of nalaten van de Staat een '*individual and excessive burden*' aan de eigenaar oplegt.<sup>78</sup> Hierbij vraagt het Hof zich onder meer af of er toereikende procedurele waarborgen zijn, er een compensatieregeling is getroffen en of er een minder ingrijpend alternatief mogelijk is.<sup>79</sup> Bij dit oordeel betreft het Hof, naast de gemoeide belangen, de relevante omstandigheden van het geval en de in Nederland heersende waardeoordelen, in het bijzonder de waarde die wij hechten aan de privaatautonomie en/of eigendom.<sup>80</sup>

Naarmate een inmenging ingrijpender is, groeit de intensiteit van de toetsing van het Hof. Binnen de eigendomsbescherming volgens art. 1 EP hangt de intensiteit af van de categorie inmenging. Er zijn drie smaakjes: ontneming, regulering en andere vormen van inmenging. Géén van de voorgestelde maatregelen vormt een ontneming (*deprivation*), zoals een onteigening. Zij zijn allemaal vormen van regulering (*control of use*). Dit heeft tot gevolg dat het Hof minder hoge eisen stelt aan de *fair balance* en een grotere *margin of appreciation* toekent aan de staten.<sup>81</sup> Een enkele algemene opmerking is dat

<sup>73</sup> EHRM 13 december 2016, 53080/13 (*Bélané Nagy v. Hungary*); Sanderink 2015/9.2.3; Zie bijv. over art. 5:127a BW: N. Vegter, *De vereniging van eigenaars*, Den Haag: Boom, 2012, p. 27 e.v.

<sup>74</sup> EHRM 19 juni 2006, *Hutten-Czapska v. Poland*, nr. 35014/97.

<sup>75</sup> EHRM 9 april 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v Switzerland*, nr. 53600/20.

<sup>76</sup> 'Klimaatverandering en gevolgen', *rijksoverheid.nl* (laatst geraadpleegd op 25 februari 2025); 'Wat zijn momenteel de gevolgen van klimaatverandering?', *urgenda.nl* (laatst geraadpleegd op 25 februari 2025).

<sup>77</sup> Urgenda, *Nederland 100% duurzame energie in 2030. Het kan als je het wilt!* 2019 (te raadplegen via: [www.urgenda.nl/visie/actieplan-2030/](http://www.urgenda.nl/visie/actieplan-2030/)).

<sup>78</sup> EHRM 22 juni 2004, 31443/96 (*Broniowski v. Poland*), par. 150; EHRM 18 december 1984, 7151/75 (*Sporrong*), par. 69; EHRM 30 juni 2005, *Jahn and Others v. Germany*, nrs. 46720/99, 72209/01 and 72552/01, r.o. 93. Vgl. hierover S. Praduroux, *How to Fairly Judge Restrictions to Property Rights: an Overview on ECtHR's view on Public and Private Interests in the Regulation of Property*, in: B. Akkermans, E.J. Marais & E. Ramaekers (red.), *Property Law Perspectives II*, Antwerpen: Intersentia, 2014, p. 21-38.

<sup>79</sup> EHRM 2021, p. 30.

<sup>80</sup> B. Hoops, *Verduurzamingsverplichtingen zonder compensatie: Het krimpende gewicht van de autonomie van de eigenaar*, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2020, 445-455.

<sup>81</sup> Sanderink 2015/9.2.2.

privaatrechtelijke verhoudingen geen uitzonderlijke bescherming genieten. Ingrepen in deze verhoudingen worden beoordeeld volgens de algemene verdragsrechtelijke maatstaven.<sup>82</sup>

De wetgever of een bestuursorgaan kan de afweging aan de hand van drie stappen uitvoeren:

- Par. 4.3.1: het vaststellen van de mate van inmenging;
- Par. 4.3.2: het voorspellen van de te behalen publieke voordelen; en
- Par. 4.3.3: het vaststellen van een redelijke balans tussen voor- en nadelen door de keuze van het minst ingrijpende, effectieve middel.

#### 4.3.1 Mate van inmenging

De eerste stap bij de beoordeling van de *fair balance* is het vaststellen van de mate waarin een mensenrecht wordt beperkt. De mate van inmenging in de besproken mensenrechten hangt af van de gekozen maatregel. Deze paragraaf bespreekt inmenging van verschillende maatregelen in de privaatautonomie en het eigendomsrecht. Naast deze abstracte overwegingen kunnen in een individueel geval verschillende factoren van belang zijn waarmee de wetgever echter in de regel geen rekening kan houden.

##### *Aanpassing van art. 5:139 BW en aanverwante regels*

Als de regels rond de wijziging van splitsingsakten worden veranderd, dan heeft dit voor de privaatautonomie in principe geen gevolgen. Leven in een gebouw met meerdere mede-eigenaars brengt automatisch een vergaande beperking van de partijautonomie met zich. De rechten tot zelfbeschikking van verschillende mede-eigenaars beperken elkaar omdat hun rechten op de gemeenschappelijke ruimtes overlappen en het gebruik van de privé-gedeelten hinder kan veroorzaken bij de mede-eigenaars. De mede-eigenaar onderwerpt zich daarom (formeel gezien) vrijwillig aan de regels die tussen de mede-eigenaars gelden en de besluiten die door de vereiste meerderheid ter vergadering worden genomen.<sup>83</sup> De mede-eigenaar oefent dus zijn partijautonomie uit om haar voor de toekomst te beperken. Dit dient het democratische bestuur van het gebouw en de slagvaardigheid van de mede-eigenaars als groep.

Wat de aanpassing van artikel 5:139 BW en aanverwante regels betreft, worden deze regels door de wetgever vastgesteld en niet door de appartementseigenaars. Aan de appartementseigenaars wordt dus geen beslissing onttrokken die zij eerder hadden kunnen nemen. Zij kunnen nog steeds zelf beslissen hoe zij het appartementengebouw inrichten, ook al zijn nu bijvoorbeeld andere meerderheden vereist.

Voor het eigendomsrecht geldt deze conclusie niet. Een wijziging van de splitsingsakte heeft altijd gevolgen voor iemands appartementsrecht. Als nu minder vaak de instemming van een appartementseigenaar is vereist, dan verliest de eigenaar een deel van zijn bevoegdheden. Eigendom wordt beschermd om een materiële grondslag voor autonomie, vrijheid en de uitoefening van politieke grondrechten te waarborgen.<sup>84</sup> Er is dus sprake van een inmenging in het eigendomsrecht. Deze inmenging is echter beperkt. Een waardedrukkend effect van een maatregel zou wél een verdergaande inmenging in het eigendomsrecht opleveren,<sup>85</sup> maar het lijkt onwaarschijnlijk dat de waarde van het appartementsrecht door deze maatregel zal dalen. Verder is de inmenging beperkt omdat de appartementseigenaar tegelijkertijd een verruiming van zijn bevoegdheden krijgt. Als hij een verandering en een verduurzaming in het bijzonder wenst, dan kan hij dit doel met minder weerstand van de mede-eigenaars bereiken.

---

<sup>82</sup> Vgl. N. Vegter, 'Wetsvoorstel ter voorkoming van achterstallig onderhoud in de VvE\* Publiekrechtelijk ingrijpen in een privaatrechtelijke rechtsverhouding', *WPNR* 2011/6869, 24-30.

<sup>83</sup> P. Salin, 'Should the Democratic Model Be Applied to Non-Governmental Organizations and Firms?', in: J.C. Pardo & P. Schwartz (red.), *Public Choice and the Challenges of Democracy*, Cheltenham: Edward Elgar, 2007, p. 142-156, p. 153 e.v. Vgl. art. 5:126 lid 6 BW.

<sup>84</sup> G.S. Alexander & E. Peñalver, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 172 e.v.; Hoops 2020.

<sup>85</sup> T. Allen, 'Liberalism, social democracy and the value of property under the European Convention of Human Rights', *International & Comparative Law Quarterly* 2010, afl. 59(4); EHRM 18 december 1984, 7151/75 (*Sporrong*).

### *Gelijktrekken van regels in splitsingsakten*

Als de regels van de splitsingsakte (en dus niet de regels over de wijziging daarvan) worden veranderd, bijvoorbeeld in de vorm van een verlaging van de meerderheidseisen, dan is sprake van een beperkte inmenging in de privaatautonomie én het eigendomsrecht. De regels die tussen de mede-eigenaars gelden, veranderen immers zonder dat de mede-eigenaars hiervoor toestemming hebben gegeven.<sup>86</sup> Dit vermindert hun partijautonomie in de vorm van hun vrijheid om als vereniging niet te worden geconfronteerd met niet door de vergadering goedgekeurde veranderingen. Dit beperkt bevoegdheden om voor hun eigendomsrechten schadelijke veranderingen tegen te houden.

Aan de ene kant vergroot dit ook de vrijheid van elke mede-eigenaar om veranderingen teweeg te brengen, zonder dat te verwachten valt dat de waarde van het appartementsrecht hierdoor zal dalen. Bovendien kan een mede-eigenaar volgens art. 5:121 lid 1 BW vandaag al de kantonrechter om vervangende machtiging verzoeken indien ter vergadering de vereiste meerderheid of het vereiste quorum niet wordt behaald. De rechter kan de machtiging verlenen indien de medewerking of toestemming zonder redelijke grond wordt geweigerd of de vergadering zich niet verklaart. In vergelijking hiermee lijkt de voorgestelde inmenging dus zeer beperkt.

Door verduurzamingsbeslissingen van de appartementseigenaars kunnen natuurlijk financiële nadelen ontstaan voor de minderheid. Omdat bijvoorbeeld de meerderheidseisen zijn verlaagd, worden appartementseigenaars verplicht om in een nieuw warmtesysteem of zonnepanelen te investeren. Dit gevolg van de verduurzamingsbeslissing lijkt ons echter te ver verwijderd om nog te worden toegerekend aan de wet of een AMvB die het quorum of de vereiste meerderheid voor deze beslissing heeft verlaagd. Bovendien zijn deze nadelen tijdelijk voor zover de verduurzamingsbeslissingen zich terugverdienen.

### *Verduurzamingsverplichtingen*

Verduurzamingsverplichtingen hebben daarentegen grotere gevolgen. De eigenaars worden tegen hun wil gedwongen om actief te verduurzamen en zij moeten hiervoor ook nog betalen. Dit is een vergaande beperking van de privaatautonomie. Hetzelfde geldt voor het eigendomsrecht omdat de eigenaar wordt gedwongen om zijn gebouw te veranderen én hieraan geld te besteden. Deze regulering van eigendom wordt echter wel verzacht voor zover de verduurzaming kan worden terugverdiend en de waarde van het gebouw verhoogt.

#### **4.3.2 Te behalen publieke voordelen**

De ondervonden inmenging wordt afgewogen tegen de te behalen publieke voordelen. Hierbij gaat het met name om de bevordering van de verduurzaming van de gebouwde omgeving. Hoe groot deze voordelen zijn, hangt af van de aard van de maatregel. Een verduurzamingsverplichting leidt direct tot de verduurzaming van gebouwen en levert dus de grootste voordelen op met de hoogste waarschijnlijkheid. Een versoepeling van de regels rond de wijziging van splitsingsakte levert daarentegen minder en indirect publieke voordelen op.

#### **4.3.3 Een redelijke balans tussen inmenging en publieke voordelen**

Bij de vaststelling van de *fair balance* hebben de nationale wetgever en bestuursorganen een *margin of appreciation* bij het bepalen of het algemeen belang al dan niet prevaleert boven het belang van de eigenaar. Deze beoordelingsvrijheid is groter bij minder ingrijpende maatregelen, zoals nieuwe regels rond de wijziging van de splitsingsakte, en minder groot bij meer ingrijpende maatregelen, zoals bij verduurzamingsverplichtingen.<sup>87</sup> Voor het vaststellen van de balans wordt aan de op het spel staande belangen een gewicht toegekend aan de hand van de in Nederland heersende waardeoordelen. In par. 4.2 is al gebleken dat duurzaamheid groot gewicht heeft. Het blijkt verder uit de jurisprudentie dat

---

<sup>86</sup> Vgl. art. 5:139 BW.

<sup>87</sup> EHRM 21 februari 1986, *James and Others v. The United Kingdom*, nr. 8793/79, r.o. 46; EHRM 30 juni 2005, *Jahn and Others v. Germany*, nrs. 46720/99, 72209/01 and 72552/01, r.o. 91 e.v.; EHRM 22 november 2011, *Saliba and Others v. Malta*, nr. 20287/10, r.o. 54. Sanderink 2015, p. 316 e.v.



de appartementseigenaar van een woning meer bescherming tegen inmengingen in het eigendomsrecht geniet dan de appartementseigenaar van een niet-woning.<sup>88</sup>

Deze balans is alleen 'fair' als aan de eigenaars géén 'individual and excessive burden' wordt opgelegd. Voor de grenzen van de *fair balance* geldt dat een eventueel getroffen compensatieregeling relevant is in het kader van de belangenafweging, maar nadeelcompensatie geen vereiste is om tot een gerechtvaardigde inmenging te komen.<sup>89</sup> Allereerst is van belang of een individu een last draagt die vergelijkbare anderen niet dragen (*individual burden*).<sup>90</sup> Nu de voorgestelde maatregelen zich doorgaans richten tot alle appartementensplitsingen, gaat het in de regel om een last die vergelijkbare anderen ook dragen. Dit maakt een 'fair balance' zeer waarschijnlijk. In een individueel geval kan wel sprake zijn van zodanige omstandigheden dat een appartementseigenaar meer wordt geraakt dan andere appartementseigenaars. Maar ook dan lijkt de inmenging niet zo vergaand dat het publieke belang bij verduurzaming waaraan een groot gewicht moet worden toegekend, deze gevolgen niet kan rechtvaardigen. Doorgaans zal dus sprake zijn van een redelijke balans tussen de inmenging en de publieke voordelen.

Bij verduurzamingsverplichtingen zonder nadeelcompensatie kan dit anders liggen. Er is onderzoek gedaan naar de in Nederland geldende C-labelverplichting voor kantoren (art. 3.87 Besluit bouwwerken leefomgeving, Bbl) en de bevoegdheid van gemeenten om een verbetering van de duurzaamheid van een woonhuis (art. 3.7 Bbl) te gelasten. Volgens dit onderzoek zijn verduurzamingsverplichtingen in het Nederlandse geldig indien de verduurzaming zich uiterlijk binnen de leeftijd van de betreffende installatie (zoals zonnepanelen of een nieuw warmtesysteem) terugverdient.<sup>91</sup> Hierbij wordt rekening gehouden met het feit dat *woningen* een grotere bescherming genieten. Deze eis kan eenvoudig door de regelgever worden verwerkt door de verduurzamingsverplichting te beperkt tot hetgeen binnen een bepaald aantal jaren terug kan worden verdiend. Artikel 1 EP noopt tot geen andere conclusie omdat het EHRM pas ingrijpt als sprake is van een aanzienlijke waardedaling van het gebouw, het verlies van investeringen of de uitsluiting van het gebruik. Alleen dan zou met zekerheid sprake zijn van een *individual and excessive burden* en een vordering tot schadevergoeding.<sup>92</sup>

Een bijzonder aspect binnen de 'fair balance' is de noodzakelijkheid. Zij houdt in dat er geen minder ingrijpend middel mag zijn dat hetzelfde effect zou sorteren. Wat het opheffen van obstakels voor de verduurzaming van VvE's betreft, zou een bevoegdheid van de overheid om een vergadering van eigenaars bijeen te roepen over een desbetreffende wijziging van het reglement, een minder ingrijpend middel kunnen zijn.<sup>93</sup> Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat zelfs als de overheid erin slaagt om in alle 'onvoldoende duurzame' VvE's vergaderingen bijeen te roepen, in deze VvE's met obstakels voor de verduurzaming in hun reglementen de vereiste meerderheid van ten minste vier vijfden van alle stemmen tot stand zou komen, laat staan binnen een acceptabel tijdperk.<sup>94</sup> Van noodzakelijkheid is hier dus onzes inziens sprake.

De vereiste noodzakelijkheid staat evenmin in de weg aan verduurzamingsverplichtingen. Minder ingrijpende middelen zoals subsidies hebben de nodige verduurzamingsslag niet teweeggebracht en zouden dit ook niet kunnen omdat zij leunen op de vrijwilligheid van de eigenaar.

## 5. Conclusie

<sup>88</sup> EHRM 25 mei 2000, 46346/99 (*Noack and Others v. Germany*); Hoops 2020.

<sup>89</sup> EHRM 2021, p. 36 e.v.; EHRM 15 december 2015, 27227/08 (*SC Antares Transport SA v. Romania*), *European Human Rights Law Review* 2016, afl. 2, p. 214-217.

<sup>90</sup> M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*. (diss. Leiden) Kluwer: Deventer 2010, p. 411.

<sup>91</sup> Zie hierover uitgebreider: Hoops 2020, p. 452 e.v., waarop ook deze analyse is gebaseerd.

<sup>92</sup> Sanderink 2015, p. 388 e.v.

<sup>93</sup> Vgl. art. 5:127a BW.

<sup>94</sup> Art. 5:139 lid 1 en 2 BW.





De mensenrechtelijke bescherming van eigendom en de privaatautonomie zal doorgaans géén obstakel vormen voor het versoepelen van beslissingen over verduurzaming binnen een appartementensplitsing. De inmenging in deze rechten is te klein en het gewicht van duurzaamheid te groot om te spreken van een onevenredige last die aan de appartementseigenaars wordt opgelegd. Wél moeten de wet- en regelgeving voldoende nauwkeurig en duidelijk aangeven welke bevoegdheden en verplichtingen zij teweegbrengen.

Bij verduurzamingsverplichtingen gelden verhoogde eisen omdat de inmenging in de genoemde rechten aanzienlijk groter is. De verduurzamingsverplichting mag alleen maar gelden voor zover de verduurzaming binnen de leeftijd van de nieuwe installatie kan worden terugverdiend.