

Onroerend Goed, Bouw- en Bestuursrecht

Nr. 2 – juni 2010

In de deze nieuwsbrief worden de volgende rechtsgebieden behandeld:

- Bestuursrecht
- Bouwrecht
- Koop/verkoop
- Huurrecht

1. Gronduitgifte door Gemeente; geen langere garantietermijn

In een aantal wettelijke bepalingen is, kort gezegd, bepaald dat een Gemeente geen civielrechtelijke bevoegdheden mag gebruiken indien hieromtrent reeds publiekrechtelijke bepalingen zijn. Een van deze bepalingen is artikel 122 Woningwet.

In artikel 122 Woningwet is, kort gezegd, bepaald dat een Gemeente niet langs privaatrechtelijke weg afspraken mag maken over onderwerpen die al in het Bouwbesluit zijn geregeld. Oftewel eisen omtrent bouwen die betrekking hebben op veiligheid, gezondheid, bruikbaarheid, energiezuinigheid of milieutechnische voorschriften kunnen niet door een Gemeente in een overeenkomst worden vastgelegd. Een Gemeente mag alleen nadere kwaliteitseisen stellen dan de eisen die in het Bouwbesluit zijn vastgelegd, als dit gebeurt op basis van gelijkwaardigheid met haar wederpartij.

In het arrest van het hof 's-Hertogenbosch (8 september 2009, NJF 2010, 145) speelt het volgende. De Gemeente heeft een stuk grond verkocht aan koper. Koper wil gaan bouwen op de grond. Op de koopovereenkomst zijn de Algemene Voorwaarden (AV) van de Gemeente van toepassing verklaard. In de AV is als vereiste opgenomen dat een koop- / aannemingsovereenkomst naar het model van de Stichting Garantie Instituut Woningen (GIW) afgesloten dient te worden. Op grond van deze GIW zijn, kort gezegd, nadere eisen met betrekking tot verwarmingsinstallaties vereist. De koper diende een langere garantietermijn te waarborgen voor de verwarmingsinstallaties. Volgens het Hof impliceert dit dat betere materialen gebruikt dienen te worden en ziet deze voorwaarde dus in beginsel op de kwaliteit oftewel de bruikbaarheid van het plan.

Nu sprake is van gronduitgifte door de Gemeente oordeelde het Hof dat dit in beginsel altijd een monopoliepositie van de Gemeente met zich meebrengt. Nu derhalve geen sprake was van gelijkwaardigheid tussen de Gemeente en haar verkopende partij, is het overeenkomen van een langere garantietermijn niet geoorloofd.

2. Nieuwe bepaling Woningwet en de gevolgen voor de Vastgoedpraktijk van oude gebouwen: een nuancering

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (200901588/1/H1)

Vorig jaar is in deze nieuwsbrief geschreven over het per 1 april 2007 in werking getreden verbod op het in stand laten van illegale bouwwerken van artikel 40, eerste lid, sub b Woningwet en de gevolgen van dit verbod voor de Vastgoedpraktijk. Aangezien op grond van bovengenoemde bepaling het verboden is om een bouwwerk dat zonder of in afwijking van een bouwvergunning is gebouwd, in stand te laten, kan naast de bouwer ook de verkrijger van een illegaal bouwwerk als overtreder worden gekwalificeerd.

Tot voor kort was de hoogste bestuursrechter van oordeel dat de ouderdom van de illegale situatie niet aan handhaving in de weg staat en richt het verbod zich op de verkrijger van de eigendom die de illegale situatie laat voortbestaan (ABRS 2 oktober 2008, AB 2009, 69). Deze strikte interpretatie van het verbod is onlangs tamelijk versoepeld.

In een uitspraak van 17 maart 2010 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (200901588/1/H1) geoordeeld dat het rechtszekerheidsbeginsel zich verzet tegen handhavend optreden tegen de overtreder van het instandlatingsverbod die in 2000 de eigendom van het illegale bouwwerk verkreeg. De Afdeling oordeelt dat van deze eigenaar niet kon worden verlangd dat hij ten tijde van de verkrijging van het illegale bouwwerk onderzoek verrichtte naar de vraag of het bouwwerk zonder of in afwijking van een bouwvergunning was gebouwd, omdat hij hiervoor ten tijde van deze verkrijging geen concrete aanwijzingen had.

Het moment waarop de eigendom van het illegale bouwwerk wordt verkregen, is relevant voor de vraag of een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel kans van slagen heeft. De overtreder van het instandlatingsverbod die vóór 1 april 2007 een illegaal bouwwerk heeft verkregen en niet kon weten dat het een illegaal bouwwerk betrof, kan een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel doen. De verkrijger van een illegaal bouwwerk na 1 april 2007 wordt geacht op de hoogte te zijn van het instandlatingsverbod. Voor deze verkrijger geldt een zwaardere onderzoeksplicht en voor hem zal, gezien de bovengenoemde strikte rechtspraak, een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel geen uitkomst bieden.

3. Moment dat dwangsommen worden verbeurd bij arbitrage

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 april 2010, *LJN* BM1460, Rechtbank 's-Hertogenbosch 24 september 2009, *TBR* 2010/78 m.nt. J.W Bitter

Tussen een aannemer en een opdrachtgever is een aannemingsovereenkomst gesloten. Bij arbitraal vonnis volgens het arbitragereglement van het Arbitrage-Instituut voor Bouwkunst van 4 juli 2005, wordt de aannemer veroordeeld binnen 100 werkdagen na het vonnis bepaalde werkzaamheden voor de opdrachtgever uit te voeren. Voldoet hij daaraan niet, dan verbeurt hij een dwangsom van EUR 2.000 per dag met een maximum van EUR 75.000.

Het arbitrale vonnis wordt vervolgens op 2 augustus 2005 aan de aannemer betekend. Een verlof tot tenuitvoerlegging wordt door de opdrachtgever gevraagd en door de voorzieningenrechter te Groningen bij beschikking van 4 december 2006 verleend.

Binnen de gegeven termijn van 100 werkdagen worden de werkzaamheden vervolgens door de aannemer verricht, maar de opdrachtgever meent dat ze niet behoorlijk verricht zijn. Het geschil dat daarmee ontstaat wordt bij bindend advies beslecht. Eén der arbiters die het vonnis van 4 juli 2005 hebben gewezen wordt tot bindend adviseur benoemd. Bij bindend advies van 4 augustus 2009 wordt vastgesteld dat slechts voor een gedeelte door de aannemer is voldaan aan het eerdere arbitrale vonnis.

Nadat het bindend advies gegeven is, doet de opdrachtgever op 8 september 2009 aan de aannemer (i) de grosse van de beschikking van 4 december 2006, houdende verlof tot tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis van 4 juli 2005 en (ii) het arbitrale vonnis zelf aan de aannemer betekenen, met aanzegging dat de aannemer hem ingevolge het arbitrale vonnis EUR 75.000 aan dwangsommen verschuldigd is. Er wordt een exequatur (verlof tot tenuitvoerlegging voor incasseren door middel van executie) verleend en op 11 september 2009 doet de opdrachtgever vervolgens ter incasso van het hem verschuldigde executoriale (derden)beslagen leggen ten laste van de aannemer. De aannemer vordert in kort geding bij de voorzieningenrechter te Den Bosch de schorsing van de executie.

De zaak bij de rechtbank 's-Hertogenbosch en het daaropvolgende hoger beroep bij het hof 's-Hertogenbosch draait vervolgens om de vraag of dwangsommen verbeurd worden na betekening van het arbitrale vonnis, na het moment waarop daarna exequatur wordt verleend of pas nadat ook het exequatur betekend is. De voorzieningenrechter oordeelt in eerste instantie dat de opdrachtgever reeds met betekening van het arbitrale vonnis te kennen heeft gegeven nakoming te verlangen. Nu die termijn van 100 dagen afliep zonder dat de aannemer aan zien verplichtingen had voldaan, zou hij reeds daarom dwangsommen hebben verbeurd. Om door middel van executie te incasseren is weliswaar een verlof tot tenuitvoerlegging nodig, maar niet voor het verbeuren van de dwangsom zelf, zo oordeelt de voorzieningenrechter. Daartegen wordt hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof.

Met verwijzing naar 1062 Rv oordeelt het gerechtshof dat allereerst een exequaturverlening noodzakelijk is, wil het arbitrale vonnis voor gedwongen tenuitvoerlegging vatbaar zijn. Het gerechtshof verwijst vervolgens naar jurisprudentie van het Beneluxgerechtshof en oordeelt dat ook de betekening van die exequaturverlening aan de wederpartij een noodzakelijke voorwaarde is. Pas daarna worden dwangsommen verbeurd.

In dit geval is ook dan de 100 dagen termijn overschreden, derhalve de maximale dwangsom verbeurd en hoeft de opdrachtgever het hem door de aannemer betaalde bedrag van EUR 75.000 niet terug te betalen. Voor de praktijk is dus van belang ook de exequaturverlening zo snel mogelijk te betekenen, aangezien tot dat moment er nog geen dwangsommen verbeurd worden.

4. Wanprestatie makelaar door geven onjuiste informatie

Hoge Raad 26 maart 2010, *LJN* BL0539

Een makelaar blijkt bij de verkoop van een perceel aan kopers onjuiste informatie te hebben verschaft over herbouwmogelijkheden. Kopers ontbinden vervolgens de koopovereenkomst, waarna verkoper het perceel voor een lager bedrag aan een ander verkoopt.

Niet meer ter discussie staat dat de makelaar een fout heeft gemaakt door kopers onjuist te informeren over de herbouwmogelijkheden. Het geschil gaat over de vraag hoe de hoogte van de door verkoper geleden schade moet worden berekend. Volgens verkoper bestaat zijn schade uit het verschil tussen de prijs die de (oorspronkelijke) kopers op basis van de onjuiste informatie wilden betalen en de daadwerkelijk door verkoper ontvangen koopprijs.

Deze wijze van berekenen is echter onjuist. De Hoge Raad oordeelt dat bij het vaststellen van de te vergoeden schade als beginsel moet worden vooropgesteld dat de schuldeiser zoveel mogelijk in de toestand wordt gebracht waarin hij zou verkeren indien het schadeveroorzakende feit achterwege was gebleven. De omvang van de schade wordt dus bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is, met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden. Kortom, gekeken moet worden naar het verschil tussen de situatie mét en de situatie zónder fout.

Van schade is dus aannemelijk (zo goed als) geen sprake. Immers, (de oorspronkelijke) kopers zouden zonder de fout van de makelaar – in welk geval zij dus zouden hebben beschikt over juiste informatie wat betreft herbouwmogelijkheden – ook niet bereid zijn geweest het perceel te kopen voor een (veel) hoger bedrag dan waarvoor verkoper het nu aan de andere kopers heeft verkocht.

5. Wetsvoorstel Kraken en Leegstand – meer dan alleen een kraakverbod

Op 1 juni 2010 heeft de Eerste Kamer een wetsvoorstel aangenomen dat het kraken van woningen strafbaar stelt. Dit wetsvoorstel zal naar verwachting per 1 oktober 2010 in werking treden.

Onder de huidige wet is kraken alleen strafbaar als het pand minder dan 12 maanden leegstaat. De politie kon in die gevallen over tot ontruiming van het pand overgaan. De Hoge Raad heeft echter bij arrest van 9 oktober 2009 geoordeeld dat deze strafrechtelijke ontruiming op grond van de huidige wet niet mogelijk is.

Nu ligt er de wet kraken en leegstand. De meest opvallende vernieuwingen zijn reeds uitvoerig in de pers besproken. Kraken wordt nu ook strafbaar als het pand minder dan 12 maanden leegstaat en justitie krijgt de bevoegdheid om personen en voorwerpen die zich in het gekraakte pand bevinden te verwijderen.

Het is echter nog maar de vraag of streng tegen kraken zal worden opgetreden. Een aantal grote gemeenten heeft al aangegeven deze nieuwe wet terughoudend toe te willen passen. Eigenaren zullen, indien optreden van de politie uitblijft, alsnog hun toevlucht moeten en kunnen nemen tot de reeds bestaande ontruiming door middel van een kort geding.

Minder bekend is dat met het wetsvoorstel ook de Leegstandwet wordt aangepast. Gemeenten krijgen de mogelijkheid om een leegstandverordening vast te stellen. Op basis van deze verordening kan de gemeente een leegstandsregister bijhouden en eigenaren van gebouwen, niet zijnde woonruimte, kunnen verplicht worden om leegstand die langer duurt dan (ten minste) 6 maanden te melden. Na de melding volgt dan overleg met de eigenaar en eventueel een verplichte voordracht van een nieuwe gebruiker van het pand. Ook kunnen eigenaren verplicht worden om voorzieningen te treffen om een gebouw weer gebruiksklaar te maken.

Indien gemeenten op grote schaal gebruik maken van deze leegstandverordening, hetgeen gezien de houding op dit moment nog maar de vraag is, lopen eigenaren van leegstaande panden een dubbel risico; enerzijds het (verminderde) risico dat hun pand wordt gekraakt en anderzijds dat zij vanuit de gemeente met een verplichte gebruiker worden geconfronteerd. Op deze wijze hoopt de wetgever te bewerkstelligen dat eigenaren actief op zoek blijven naar nieuwe huurders.

De nieuwsbrief Onroerend Goed is bestemd voor relaties van de Sectie Onroerend Goed, Bouw- en Bestuursrecht van Ekelmans & Meijer Advocaten. In de nieuwsbrief wordt aandacht besteed aan relevante gerechtelijke uitspraken en andere zaken die van belang zijn voor de vastgoedpraktijk.

Voor al uw vragen en voor aan- en afmeldingen kunt u ons benaderen per e-mail op: onroerendgoed@ekelmansenmeijer.nl of telefonisch op: 070 - 37 46 326.
