

Uit de Praktijk van het Notarieel Juridisch Bureau

Auteur: Mw. mr. J.J. Storm, Medewerker Notarieel Juridisch Bureau (njb@knbn.nl)
 Rubriek: Artikel
 Publicatie: WPNR Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
 Editie: 2007, 6694
 Publicatiedatum: 20-01-2007
 Uitgever: Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

1 De 5%-regeling bij de bouw van een appartementencomplex

Casus

Aannemer A en consument C sluiten een koop-/aannemingsovereenkomst met betrekking tot de toekomstige woning van C. Het betreft een appartement op de derde etage van een nieuw te bouwen gebouw. Bij de oplevering op 1 juni 2006 constateert C dat de lift niet functioneert. Deze lift behoort tot de gemeenschappelijke gedeelten van het appartementencomplex. In het kader van de 5%-regeling van art. 7:768 BW heeft C een bedrag ter grootte van 5% van de aanneemsom ingehouden op het bedrag van de laatste betalingstermijn. Dit bedrag is in depot gegeven aan de notaris. A meldt dat hij op korte termijn geen tijd heeft het gebrek te verhelpen. C moet voorlopig maar even de trap gebruiken. C eist echter dat A het gebrek direct verhelpt en meldt de notaris op 1 augustus 2006 dat het depot moet worden gehandhaafd tot het bedrag van C's aandeel in de geschatte herstelkosten. A wendt zich tot de notaris en vraagt deze het hele depot uit te keren. Het gebrek aan de lift heeft immers geen betrekking op de woning van C. Moet de notaris nu tot uitbetaling aan A overgaan?

Beantwoording

De 5%-regeling De 5%-regeling heeft zijn wettelijke basis in art. 7:768 BW. Uitgangspunt van de regeling is de bescherming van de consument. Art. 7:769 BW verklaart de afdeling waarin de regeling is opgenomen van dwingend recht, in die zin dat daarvan niet ten nadele van de opdrachtgever - de consument - kan worden afgeweken.

Ingevolge art. 7:768 BW kan de opdrachtgever, zonder een beroep te doen op een opschortingsrecht in de zin van art. 6:262 BW, maximaal 5% van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn en deze in depot storten bij de notaris. In bepaalde gevallen brengt de notaris het bedrag in de macht van de aannemer, te weten:

- na het verstrijken van drie maanden sinds de oplevering, tenzij de opdrachtgever hem andersluidend bericht (lid 2 van art. 7:768 BW);
- voor zover de opdrachtgever toestemming tot uitbetaling geeft (lid 3);
- voor zover de aannemer vervangende zekerheid stelt (lid 3);
- voor zover bij een uitspraak die partijen bindt, is beslist dat een depot niet of niet langer gerechtvaardigd is (lid 3).

De notaris zal moeten toetsen of één van deze gevallen zich voordoet, alvorens het depot aan A uit te keren. Cruciaal in deze casus is de vraag of de 5%-regeling wel van toepassing is op de onderdelen van het appartementengebouw die volgens de splitsingsakte gemeenschappelijk zijn.

Toepassing van de 5%-regeling bij de bouw van een appartementengebouw

A stelt dat de 5%-regeling niet van toepassing is op de oplevering van de gemeenschappelijke gedeelten in het gebouw, omdat C van deze delen slechts de mede-eigendom heeft. Verder voert A aan dat de Algemene Voorwaarden bij de koop-/aannemingsovereenkomst bepalen dat de notaris het depot in de macht van A moet brengen nadat drie maanden zijn verstreken sinds de oplevering van het *privé-gedeelte*. Daaruit is volgens A af te leiden dat de 5%-regeling alleen van toepassing is op de oplevering van het privé-gedeelte en niet op de gemeenschappelijke gedeelten. Is dit standpunt van A aanvaardbaar?

Naar mijn mening is het nodige op dit standpunt af te dingen. A ziet over het hoofd dat op grond van art. 7:769 BW niet ten nadele van de consument van de wettelijke regeling mag worden afgeweken. Daarom moet worden uitgegaan van de wet, art. 7:768 BW in het bijzonder. Dit artikel hanteert de term 'oplevering'. De vraag is wat met deze term wordt bedoeld. Uit art. 7:768 BW valt hierover niets op te maken. Ook elders in de wet wordt daarvan geen definitie gegeven die ons op dit punt inzicht kan verschaffen. Er moet derhalve worden beredeneerd wat in casu onder 'oplevering' moet worden verstaan.

De koop-/aannemingsovereenkomst heeft betrekking op de koop en aanneming van een appartementsrecht dat recht geeft op het uitsluitend gebruik van een woning. Een appartementsrecht omvat volgens de wet twee elementen: 1) een aandeel in de gerechtigdheid tot het gesplitste gebouw en/of stuk grond¹ en 2) het recht op het uitsluitend gebruik van een bepaald gedeelte daarvan². Het zal duidelijk zijn dat voor de overeenkomst van aanneming de mede-gerechtigdheid tot het appartementencomplex het relevante element is, nu een gebruiksrecht niet kan worden gebouwd. De koper/opdrachtgever zal dus tezamen met zijn aanstaande medegerechtigden tot het appartementencomplex de opdracht moeten geven voor de bouw van het gehele complex waartoe "zijn" woning behoort. De afzonderlijke woning heeft immers juridische noch bouwkundige zelfstandigheid. Datgene wat uiteindelijk moet worden opgeleverd aan de kopers betreft dan ook niet de individuele woningen, maar het gehele appartementencomplex, waarvan zij gezamenlijk eigenaar worden.

Dit uitgangspunt blijkt niet alleen uit de wettelijke constructie van het appartementsrecht, maar ook uit het meest gehanteerde standaardmodel voor koop-/aannemingsovereenkomsten, te weten dat van het G.I.W.3. In dat model wordt eerst melding gemaakt van het feit dat de ondernemer (de bouwer) een gebouw zal stichten en dat de ondernemer het complex heeft gesplitst of zal splitsen in appartementsrechten, waarna letterlijk wordt overeengekomen:

"II. De verkrijger geeft opdracht als deelgerechtigde in het in de overweging genoemde gebouw met bijbehorende grond en de ondernemer neemt aan, om (...) het gebouw met aanhorigheden, waarvan het aan de verkrijger verkochte appartementsrecht een aandeel uitmaakt, (af) te bouwen (...)."

De overeenkomst tot de bouw van een woning vertaalt zich bij appartementen derhalve in een gezamenlijke opdracht van de eigenaren tot bouw van het gehele gebouw. In dit gebouw is geen gedeelte aan te wijzen waarvan de individuele opdrachtgever met uitsluiting van anderen eigenaar is. Met dit uitgangspunt valt niet te verenigen dat de 5%-regeling uitsluitend betrekking zou hebben op de individuele woning van de opdrachtgever. Pas indien *het gebouw* naar genoegen is opgeleverd, kan gezegd worden dat *het appartementsrecht van de opdrachtgever* - omvattende zijn aandeel in het gebouw - naar genoegen is opgeleverd en dat de opdracht - de bouw van het gebouw - naar behoren is uitgevoerd.

Voor deze uitleg pleit tevens de ratio van het artikel: consumentenbescherming. Een koper van een appartementsrecht in aanbouw zou bij een andere uitleg immers wél een stok achter de deur hebben voor een opleveringsfout in zijn privé-gedeelte, maar niet voor een opleveringsfout in bijvoorbeeld het dak, de lift of het portaal, aangezien deze tot de gemeenschappelijke gedeelten behoren. Voor de verschillende onderdelen van de aannemingsopdracht zouden dan verschillende regelingen gelden, waardoor de consumentenbescherming voor bepaalde delen niet zou werken. In vergelijking tot een koper/opdrachtgever van een eengezinswoning zou de koper/opdrachtgever van een appartementsrecht dan slechter af zijn: de eerste zou wél een stok achter de deur hebben voor correcte oplevering van zijn dak en de tweede niet. Aan de gedachte dat de consument beschermd moet worden, wordt afbreuk gedaan als deze voor een deel van de overeenkomst - de bouw van de gemeenschappelijke gedeelten - met de 5%-regeling nog slechter af zou zijn dan bij gebruikmaking van zijn algemene opschortingsrecht op grond van art. 6:262 BW. De tegenprestatie (de koop-/aanneemsom) die wordt opgeschort, is niet alleen de tegenprestatie voor de individuele woning, maar ook voor het aandeel in de gemeenschappelijke gedeelten.

Een redelijke uitleg van de 5%-regeling brengt dan mee dat het door de koper in te houden bedrag overeenstemt met hetgeen hij naar rato van zijn aandeel in de gemeenschap moet bijdragen aan de

gemeenschappelijke delen.

Jurisprudentie

Er bestaat voor zover ik heb kunnen nagaan nauwelijks jurisprudentie op dit punt. In de enige arbitrale uitspraak die mij over deze kwestie bekend is, valt te lezen:

Arbiter overweegt dat verweerder ingevolge art. 14A van de Algemene Voorwaarden voor de koop-/aannemingsovereenkomst het recht heeft bij oplevering de laatste 5% van de koop-/aanneemsom (bedoeld is waarschijnlijk: aanneemsom, JS) in depot bij een notaris te storten in plaats van aan verzoekster te betalen.

(...)

Arbiter overweegt dat, hoewel niet expliciet weergegeven in de koop-/aannemingsovereenkomst, door verweerder uitsluitend gebruik kan worden gemaakt van dit opschortingsrecht in geval van geconstateerde gebreken die betrekking hebben op het privé-gedeelte van verweerder. Het gebruik van dit opschortingsrecht naar aanleiding van gebreken die betrekking hebben op de gemeenschappelijke delen van het appartementencomplex acht arbiter in strijd met de strekking van het opschortingsrecht zoals omschreven in de Algemene Toelichting voor bij de koop-/aannemingsovereenkomst. Dit vloeit voort uit het feit dat verweerder ingevolge art. 5:106 van het Burgerlijk Wetboek slechts een aandeel in het eigendomsrecht heeft van de algemene delen van het gebouw.

Allereerst valt op dat de arbiter ervan uitgaat dat de opdrachtgever zijn recht om 5% in depot te stellen ontleent aan de overeenkomst, terwijl dit uit de wet voortvloeit. Wordt van de overeenkomst uitgegaan, dan kan ten onrechte de indruk ontstaan dat beperkingen die de overeenkomst aanbrengt aan de consument kunnen worden tegengeworpen.

Ten tweede valt op dat de arbiter meent dat de 5%-regeling niet van toepassing is op de gemeenschappelijke gedeelten. Hier wreekt zich mijns inziens dat de arbiter ten onrechte de overeenkomst als grondslag voor de 5%-regeling beschouwt: de strekking die is aangegeven in de Algemene Toelichting bij de overeenkomst is één van de twee aangevoerde argumenten. Het andere argument lijkt uit te gaan van de gedachte dat, *in tegenstelling tot* het privé-gedeelte, de consument in de "algemene delen" van het gebouw slechts een aandeel heeft. Uit het vorenstaande blijkt dat dit niet juist is, aangezien het appartementsrecht meebrengt dat de consument een aandeel in het *gehele* gebouw heeft. Voor het privé-gedeelte geldt daarbij hetzelfde als voor de gemeenschappelijke gedeelten: beide onderdelen van het gebouw zijn mede-eigendom van de gezamenlijke appartementseigenaren.

Bij de beantwoording van de vraag moet deze uitspraak daarom buiten beschouwing worden gelaten.

Conclusie

De wet, de modelovereenkomst én de ratio van de regeling leiden tot de conclusie dat de 5%-regeling niet alleen betrekking heeft op de oplevering van een privé-gedeelte, maar tevens op de oplevering van de gemeenschappelijke delen van het gebouw. Nu C binnen drie maanden heeft gemeld dat een gedeelte van het bedrag in depot moet blijven, kan de notaris dat deel in dit geval dus niet zonder risico uitbetalen. Hij zal er verstandig aan doen te wachten op toestemming van C of een partijen bindende uitspraak.

Het ware wenselijk als de wetgever zich hierover bij de evaluatie van de regeling nog eens zou buigen.