

ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2159

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	22-01-2013
Datum publicatie	25-02-2013
Zaaknummer	EA12-1642
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Wijziging splitsingsakte door Vereniging van Eigenaars (VvE). Om tot wijziging van de splitsingakte te komen zijn twee wegen mogelijk: die van art. 5:139 lid 1 Bw en die van art. 5:139 lid 2 BW. In casu heeft de VvE gekozen voor de weg van art. 5:139 lid 2 BW en met een meerderheid van 4/5 van de appartementseigenaars tot wijziging besloten. Een (toestemming weigerende) appartementseigenaar heeft vervolgens vernietiging van dit besluit gevorderd op grond van art. 5:140a BW. Deze vordering is zowel door de kantonrechter als het hof afgewezen. Omdat bij wege van art. 5:139 lid 2 BW de splitsingsakte door het bestuur rechtsgeldig gewijzigd kan worden zonder dat nog enige medewerking van de weigerende appartementseigenaar noodzakelijk is, heeft de VvE geen belang bij een verzoek tot vervangende toestemming van de weigerende appartementseigenaar op grond van art. 7:140 BW. Zij heeft immers al de bevoegdheid om de wijziging in de splitsingsakte rechtsgeldig te bewerkstelligen. De kantonrechter verleent de VvE wel een vervangende machtiging voor de rechtshandeling tot het notarieel vastleggen van de gewijzigde akte, met bepaling dat deze uitspraak in de plaats komt van de medewerking daaraan door de weigerende appartementseigenaar. Tevens machtiging tot vervangende toestemming verleend ten aanzien van de toestemming weigerende hypotheekhouders.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl OR-Updates.nl 2013-0086

Uitspraak

beschikking

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector Kanton

Locatie Amsterdam

Zaaknummer: 1380385 EA VERZ 12-1642

Beschikking van: 22 januari 2013

F.no.: 869

Beschikking van de kantonrechter

I n z a k e

1. het bestuur van DE VERENIGING VAN EIGENAARS [adres] te {--}

gevestigd te Amsterdam

hierna te noemen: de VvE

2. [verzoeker 1]

wonende te [--]

hierna te noemen: [verzoeker 1]

3. [verzoeker 2]

wonende te [--]

en [verzoeker 3],

wonende te [--],

in hun beider hoedanigheid van executeur testamentair en aldus vertegenwoordigende de erven [overledene]

hierna te noemen: [executeur testamentair en aldus vertegenwoordigde de erven van {naam}]

4. [verzoeker 4]

wonende te [--]

hierna te noemen: [verzoeker 4]

verzoekers

gezamenlijk nader te noemen de VvE

gemachtigde: mr. T.A. Phijffer

t e g e n

1. [verweerder jr]

wonende te [--]

nader te noemen [verweerder jr]

2. [verweerders sr]

beiden wonende te [--],

nader te noemen: [verweerders sr]

verweerders

gezamenlijk nader te noemen [verweerders]

gemachtigde: mr. T.C. Boer.

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

De VvE heeft op 19 september 2012 een verzoek ingediend op grond van art. 5:121 en 5:140 Burgerlijk wetboek (BW).

[verweerders] hebben een verweerschrift ingediend.

Het verzoek is behandeld ter terechtzitting van 26 november 2012. De VvE is verschenen bij [verzoeker 2] en [verzoeker 1], bijgestaan door de gemachtigde. [verweerders] zijn, behoudens [naam], in persoon

verschenen, vergezeld door de gemachtigde, die namens alle verweerders optreedt.

Partijen hebben hun standpunten ter zitting aan de hand van pleitnotities toegelicht. Na verder debat is een datum voor beschikking bepaald.

BEOORDELING VAN HET VERZOEK

1. De feiten

Als gesteld en onvoldoende weersproken kan van het volgende worden uitgegaan:

1.1.

[verweerder jr.] heeft op 14 maart 2007 het appartementsrecht [adres] (hierna: de woning) gekocht van [voormalig eigenaar] en [verzoeker 4].

1.2

In de koopovereenkomst is het volgende opgenomen:

"(...) Bij het verkochte behoort thans een berging gelegen op de zolderverdieping; koper verklaart ermee bekend te zijn dat de gehele zolderverdieping (alle bergingen) door verkoper wordt verbouwd tot één nieuw appartementsrecht. Koper doet hierbij uitdrukkelijk afstand van de berging behorende bij het verkochte en geeft aan verkoper toestemming deze berging in gebruik te nemen en alle werkzaamheden uit te voeren die noodzakelijk zijn voor het creëren van de nieuwe woning.

Zodra verkoper een (onaantastbare) splitsingsvergunning van de gemeente Amsterdam heeft verkregen, zal een akte van wijziging splitsing worden gepasseerd ten overstaan van de notaris. In deze akte zal (onder meer) de nieuwe woning gelegen op de zolderverdieping worden gemeld. Tevens zal het modelreglement van 2006 van toepassing worden verklaard. (...)"

1.3

Nadat [verweerder jr.] op 5 september 2007 had geconstateerd dat in de hal op de derde verdieping een toegangsdeur was geplaatst onderaan de trap naar de zolderverdieping en hij daartegen had geprotesteerd, heeft de makelaar van [voormalig eigenaar] en [verzoeker 4] bij e-mail van 12 oktober 2007 laten weten:

"Zoals met u besproken hebben wij verzuimd te melden dat er bij de realisatie van een appartement op uw verdieping op de vierde verdieping ook een toegangsdeur zou worden geplaatst op de derde verdieping."

1.4

Bij vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam van 10 april 2008 is de vordering van [verweerder jr.] tot verwijdering van de toegangsdeur afgewezen. Dit vonnis is in hoger beroep bij arrest van 3 maart 2009 van het Gerechtshof te Amsterdam vernietigd. [voormalig eigenaar] en [verzoeker 4], alsmede Vinken Vastgoed B.V. zijn veroordeeld tot verwijdering van de toegangsdeur. Vervolgens is de toegangsdeur verwijderd.

1.5

Bij brief van 20 maart 2009 heeft notaris S.W.S. Batenburg namens het bestuur van de VvE [verweerder jr.] uitgenodigd voor een vergadering van eigenaars op 20 april 2009. Op de bijgevoegde agenda voor deze vergadering staat als agendapunt 7 het volgende vermeld:

"7. Voorstel tot wijziging splitsing in appartementsrechten in verband met het creëren van een opgang vanaf de derde verdieping naar de zolderverdieping behorende bij het appartementsrecht, plaatselijk bekend te [adres] (thans kadastraal bekend....) conform bijgevoegd concept en bijgevoegde splitsingstekening"

1.6

Bij brief van 14 april 2009 heeft de gemachtigde van [verweerders] aan [naam] op dat moment beoogd bestuurder van de VvE, meegedeeld - onder verwijzing naar het arrest van het Gerechtshof voornoemd - dat [verweerder jr.] niet instemt met de voorgestelde wijziging in de splitsingsakte, alsmede dat [verweerders sr.] als tweede hypotheekhouders evenmin toestemming daartoe zullen geven.

1.7

In de notulen van de op 20 april 2009 gehouden vergadering van de VvE staat vermeld dat het voorstel onder nr. 7 met 9 stemmen voor en één stem tegen is aangenomen.

1.8

[verweerder jr.] heeft vervolgens vernietiging gevorderd van het besluit van de VvE. Bij vonnis van 23 december 2009 heeft de rechtbank te Amsterdam de vordering van [verweerder jr.] afgewezen. In dit vonnis staat onder meer bij "de feiten" het volgende vermeld:

"(...) g. In de vergadering van eigenaars van de VvE van 20 april 2009 is met een meerderheid van 90 % besloten tot wijziging van de akte van splitsing in die zin dat de deur naar het appartement op de vierde verdieping zal worden geplaatst in het halletje op de derde verdieping. [verweerder] heeft tegen gestemd. (...)"

1.9

Het Gerechtshof te Amsterdam heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd bij arrest van 1 maart 2011. In dit arrest is onder meer het volgende overwogen:

"(...)

3.4 (...) Het hof ziet (...) geen grond voor aanvaarding van de rechtsopvatting dat art. 5:139 lid 2 BW alleen ziet op gevallen waarin bij de beoogde wijziging van de akte van splitsing het algemeen belang van de VvE is betrokken, nog daargelaten dat niet duidelijk is wat daaronder precies zou moeten worden verstaan. Derhalve kan in het midden blijven of dat algemeen belang in het onderhavige geval aan de orde is.

(...)

3.6 Het hof overweegt dat art. 5:139 lid 2 BW het mogelijk maakt dat besluiten tot wijziging van de akte van splitsing kunnen worden genomen, indien dat besluit wordt genomen met tenminste vier vijfde van de stemmen. (...) dat de wet het mogelijk maakt dat een vier vijfde meerderheid een minderheid overstemt, en dat in die zin de vier vijfde meerderheid de minderheid haar wil kan opleggen. Dit kan ook in een geval als het onderhavige, waarin het genomen besluit vooral het belang dient van de eigenaar van het appartement van de vierde verdieping en waarin de strekking van het besluit is een deel van de gemeenschappelijke eigendom van de appartementseigenaren af te staan en gunste van één van de andere eigenaren en ten nadele van de minderheidseigenaar (verweerders).

(...)

3.9 (...) Ook overigens is het hof van oordeel dat uit de gestelde feiten en omstandigheden niet blijkt dat sprake is van misbruik van de genoemde wetsbepaling door de VvE. (...)

3.11 (...) Net als de rechtbank is het hof van oordeel dat aangenomen moet worden dat sprake is van schade aan de zijde van [verweerders]. Immers, de opgang naar zijn appartement wordt verkleind, waardoor hij niet alleen minder vierkante meters (gemeenschappelijke) gang tot zijn beschikking heeft, maar waardoor ook een "ruimtebenauwend" effect optreedt. Voorts is aannemelijk dat hij het openen en sluiten van de deur naar de opgang naar de vierde verdieping kan horen, wat niet het geval is als de deur naar het appartement op de vierde verdieping bovenaan de trap is geplaatst.

Ook kan [verweerder] niet, althans minder eenvoudig dan thans, gebruik maken van de vluchtroute via het dak ingeval van brand, waardoor zijn veiligheidsgevoel is verminderd. Overigens is hier geen sprake van een officiële vluchtroute, zo is door de rechtbank (...) vastgesteld.

3.12 Uitgaande van de hiervoor omschreven schade bij [verweerder] als gevolg van het gewraakte besluit, is het hof van oordeel dat de schadeloosstelling ter hoogte van € 5.000,-- die de VvE aan [verweerder] heeft aangeboden, als een redelijke vergoeding voor die schade moet worden aangemerkt. Het hof verwijst hierbij naar het schrijven van [naam] van [naam] en [naam makelaar], waarin is aangegeven dat het gaat om één vierkante meter gemist vloeroppervlak, waarvoor een vergoeding van € 1.000,-- á € 1.500,-- geïndiceerd zou zijn, overigens aan de VvE volgens [naam], omdat het gemeenschappelijke ruimte betreft. (...)

3.14 Gelet op het voorgaande doet zich in het onderhavige geval niet voor dat sprake is van schade, terwijl daarvoor geen redelijke schadeloosstelling met voldoende zekerheidstelling voor de betaling daarvan, is aangeboden. Er is dus geen verplichting tot vernietiging van het besluit,

Het hof ziet ook overigens geen aanleiding tot vernietiging van het besluit. Dit vanwege het relatief geringe belang van [verweerder] bij het handhaven van de oude situatie, tegenover het (door de meerderheid van de VvE zwaarder bevonden) belang van [verzoeker 1], bij een ingang van zijn appartement op de derde verdieping. (...)"

1.10

Bij e-mail van 8 juni 2011 hebben [executeur testamentair en aldus vertegenwoordigde de erven van {naam}] [verweerder jr.] gesommeerd om het besluit van de VvE van 20 april 2009 na te leven. In reactie daarop heeft [verweerder jr.] aangegeven dat niet alleen zijn toestemming, maar ook die van de hypotheekhouders benodigd is voor wijziging van de splitsingsakte, dat geen medewerking/toestemming wordt verleend/gegeven en hij heeft de VvE daarvoor verwezen naar de procedure op grond van art. 5:140 BW.

1.11

De notaris heeft vervolgens op verzoek van de VvE een akte van wijziging der splitsingakte opgesteld, welke conceptakte als productie 4 is overgelegd bij het verzoekschrift.

2. Het verzoek

2.1

De VvE verzoekt:

- a. vervangende machtiging te verlenen voor de rechtshandeling, te weten wijziging van de akte van splitsing welke als productie 4 door de VvE c.s. is overgelegd en te bepalen dat de uitspraak in de plaats komt van de toestemming en medewerking van [verweerders] tot het aldus wijzigen van de akte van splitsing, zodanig dat wordt bereikt dat notarieel kan worden vastgelegd dat de gemeenschappelijke ruimte naar de zolderverdieping verdwijnt.
- b. voor recht te verklaren dat de hypotheek van [verweerders sr.] zich niet mede uitstrekt tot de ruimte die voorheen gemeenschappelijk was en toegang gaf tot de zolderverdieping met bergingen aan [adres] en derhalve niet omvat de ruimte die krachtens de splitsing uitsluitend mag worden gebruikt door [verzoeker 1];
- c. [verweerders] te gelasten op straffe van een door de kantonrechter te bepalen dwangsom, binnen tien dagen na betekening van het onderhavige vonnis de door [verweerder jr.] verstrekte hypotheek door te halen in de openbare registers c.q. het kadaster, voor dat deel dat niet langer gemeenschappelijke ruimte is, zulks nu daarmee een met het besluit van de VvE van 20 april 2009 strijdige situatie in stand wordt gehouden.

2.2

Daartoe stelt de VvE - kort gezegd - dat [verweerders] geen redelijke grond hebben om toestemming en/of medewerking te weigeren. Ten aanzien van [verweerder jr.] geldt dat al bij in kracht van gewijsde gegane beslissing is geoordeeld dat zijn belang bij handhaving van de huidige situatie te gering was en dat de aangeboden € 5.000,-- een redelijke schadeloosstelling is. Ook [verweerders sr.] hebben geen redelijke grond om hun toestemming te weigeren aan het wijzigen van de splitsingsakte. In de eerste plaats gelet op het geringe bedrag van de lening van € 5.000,--. Daarnaast strekt de verstrekte zekerheid zich slechts uit over het bij niet naleven van verplichtingen bij wege van parate executie te veilen object: dat is het appartementsrecht, dat recht geeft op het uitsluitend gebruik van de woonruimte op de derde verdieping en het medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten. Omdat een gemeenschappelijke ruimte niet een specifiek zakelijk recht is waarop een hypotheek kan worden gevestigd is het verzet van [verweerder sr.] zinledig en nietszeggend. Daarbij wijst de VvE er ook op dat de eerste hypotheekhouder ABN/Amro, die een aanzienlijk hoger bedrag dan [verweerder sr.] aan [verweerder] jr hebben geleend wel heeft ingestemd met de thans aan de orde zijnde wijziging van de splitsingsakte.

Uit het voorgaande volgt tevens het belang van de VvE bij de hierboven in rov. 2.1 sub b en c gevorderde verklaring voor recht en gelasting tot doorhalen van de hypotheek zoals daar aangegeven.

3. Het verweer

3.1

[verweerders] hebben het volgende verweer gevoerd.

In de eerste plaats stellen zij dat de VvE op 20 april 2009 heeft ingestemd met wijziging van de splitsingsakte conform de conceptakte wijziging splitsing, welke op 9 juli 2008 aan de VvE is toegezonden. Hierin wordt niet gesproken over een toegangsdeur op de derde verdieping, zodat de VvE hiermee niet heeft ingestemd. De VvE heeft derhalve niet ingestemd met een wijziging in de splitsingsakte, conform het als productie 4 bij het verzoekschrift overgelegde concept.

Voorts is de stelling van de VvE, te weten dat van alle appartementseigenaren en hypotheekhouders een volmacht en/of toestemming is verkregen, onjuist: dat gold wellicht voor de situatie in 2009, maar de huidige eigenaren hebben geen toestemming of volmacht gegeven voor het passeren van de als productie 4 bij het verzoekschrift overgelegde conceptakte. Voor wijziging conform de nieuwe conceptakte is opnieuw een meerderheid van tenminste 80 % van de uit te brengen stemmen vereist. Deze meerderheid

zal niet verkregen kunnen worden.

De VvE heeft derhalve slechts ingestemd met een wijziging van de splitsingsakte, inhoudende het creëren van een appartementsrecht op de zolderverdieping. Er is geen besluit genomen over de toegangsdeur op de derde verdieping. Op grond daarvan moet het verzoek om vervangende machtiging worden afgewezen.

3.2

In de tweede plaats is in de procedures bij de rechtbank en het gerechtshof te Amsterdam (zie hierboven in rov. 1.8) weliswaar na een belangenafweging geoordeeld dat de belangen van de VvE zwaarder zouden wegen dan die van [verweerder jr.], maar in de onderhavige procedure moet een andere maatstaf worden toegepast, te weten die van art. 5:140 BW: gezien moet worden of de toestemming niet op onredelijke gronden is geweigerd. [verweerder jr.] heeft niet op onredelijke gronden zijn medewerking aan wijziging van de splitsingsakte geweigerd, zodat het verzoek om vervangende machtiging dient te worden afgewezen. Dit omdat [verweerder jr.] na het plaatsen van de toegangsdeur met een vernauwing van de gemeenschappelijke hal te maken krijgt, evenals met verminderde lichtinval, het verdwijnen van een vluchtroute en meer geluidsoverlast doordat de toegangsdeur naar de vierde verdieping direct naast de deur van [verweerder jr.] zal worden geplaatst. Een belangrijke overweging om de woning destijds te kopen was de ruime en lichte toegangshal.

3.3

Ten aanzien van [verweerder sr.] geldt dat ook dat zij niet zonder redelijke grond toestemming hebben geweigerd voor de wijziging van de splitsingsakte, op grond van het volgende. Door de wijziging van de splitsingsakte zal de waarde van de woning worden aangetast. [verweerder sr.] zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de aflossing van de eerste hypotheekschuld: daarom hebben zij er belang bij dat de waarde zo hoog mogelijk blijft. Daarnaast kan de door [verweerder sr.] verstrekte lening worden verhoogd tot € 50.000,-- op grond van de hypotheekakte. Daarmee is niet langer sprake van een geringe lening.

3.4

Met betrekking tot de verzochte verklaring voor recht stellen [verweerders] dat deze niet gegeven kan worden omdat de hypotheek van [verweerder sr.] zich wel degelijk uitstrekt over de gemeenschappelijke ruimten van het pand. Bovendien is een verklaring voor recht in een verzoekschriftprocedure niet mogelijk. De verzochte doorhaling in het hypotheekregister dient te worden afgewezen, omdat daarvoor geen gronden zijn indien de vervangende machtiging wordt verleend en evenmin als deze wordt geweigerd.

4. De beoordeling

4.1

De kantonrechter begrijpt de verzoeken van de VvE aldus dat zij op grond van art. 5:121 dan wel art. 5:140 BW ten aanzien van [verweerder jr.] vervangende machtiging verzoekt tot het wijzigen van de splitsingsakte in de hierboven genoemde zin, alsmede dat zij op grond van art. 5:140 BW een machtiging verzoeken die de toestemming van de hypotheekhouders [verweerder]sr.] vervangt tot het wijzigen van de splitsingsakte in voormelde zin. De kantonrechter zal de verzoeken jegens [verweerder jr.] enerzijds en [verweerder sr.] anderzijds achtereenvolgens behandelen. Daarna komt de beoordeling van de verzochte verklaring van recht en de verzochte gelasting tot doorhaling van een deel van de hypotheek aan de orde.

Ten aanzien van [verweerder jr.]

4.2

Allereerst dient vastgesteld te worden welk besluit de VvE op 20 april 2009 heeft genomen. De kantonrechter begrijpt de stellingen van [verweerders] aldus dat zij zich op het standpunt stellen dat de VvE niet heeft ingestemd met een wijziging van de splitsingsakte die de plaatsing van een toegangsdeur op de derde verdieping voor het appartement van [verzoeker 1] mogelijk maakt, omdat de VvE slechts zou hebben ingestemd met de conceptakte wijziging splitsing, welke op 9 juli 2008 aan de VvE is toegezonden, in welke akte niet wordt gerept over een toegangsdeur op de derde verdieping.

Dit verweer verwerpt de kantonrechter. In de uitnodiging voor de vergadering van eigenaars van 20 april 2009 (hierboven geciteerd in rov. 1.5) staat immers dat tijdens die vergadering aan de orde zal komen:

“7. Voorstel tot wijziging splitsing in appartementsrechten in verband met het creëren van een opgang vanaf de derde verdieping naar de zolderverdieping behorende bij het appartementsrecht, plaatselijk bekend te [adres](thans kadastraal bekend....) conform bijgevoegd concept en bijgevoegde splitsingstekening”

Voorts staat bij “de feiten” onder rov. 1 sub g. in het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 23 december 2009 (hierboven in rov. 1.8 geciteerd) dat de VvE op 20 april 2009 met een meerderheid van 90 % besloten heeft tot wijziging van de akte van splitsing in die zin dat de deur naar het appartement op de vierde verdieping zal worden geplaatst in het halletje op de derde verdieping. In het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 1 maart 2011 staat in rov. 2.1 dat tussen partijen geen geschil bestaat over de juistheid van de in het vonnis van de rechtbank van 23 december 2009 in rov. 1 sub a. tot en met g. als vaststaand aangemerkte feiten. Daarmee staat naar het oordeel van de kantonrechter vast dat de VvE op 20 april 2009 heeft ingestemd met een wijziging van splitsingsakte in die zin dat plaatsing van een toegangsdeur op de derde verdieping mogelijk is.

4.3

[verweerders] hebben ook gesteld dat de stelling van de VvE, te weten dat van alle appartementseigenaren en hypotheekhouders een volmacht en/of toestemming is verkregen, onjuist is: dat gold wellicht voor de situatie in 2009, maar de huidige eigenaren hebben geen toestemming of volmacht gegeven voor het passeren van de als productie 4 bij het verzoekschrift overgelegde conceptakte. Voor wijziging conform de nieuwe conceptakte is opnieuw een meerderheid van tenminste 80 % van de uit te brengen stemmen vereist. Deze meerderheid zal niet verkregen kunnen worden, aldus [verweerders]

De kantonrechter kan [verweerders] in deze stelling niet volgen. Aan de orde is of de VvE in staat gesteld moet worden het besluit van 20 april 2009 uit te voeren. Voor deze beoordeling is niet relevant of de huidige eigenaren al dan niet toestemming c.q. volmacht hebben gegeven. Uitgangspunt is wat er is beslist door degenen die ten tijde van de vergadering van de VvE op 20 april 2009 lid van de VvE waren.

4.4

Vervolgens hebben [verweerders] aangevoerd dat in de procedures bij de rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof te Amsterdam (zie hierboven in rov. 1.8 en 1.9) na een belangenafweging weliswaar is geoordeeld dat de belangen van de VvE zwaarder zouden wegen dan die van [verweerder jr.], doch dat in de onderhavige procedure een andere maatstaf moet worden toegepast, te weten die van art. 5:140 BW: gezien moet worden of de toestemming niet op onredelijke gronden is geweigerd. Toepassing van deze maatstaf moet leiden tot de conclusie dat [verweerder jr.] niet op onredelijke gronden zijn medewerking aan wijziging van de splitsingsakte heeft geweigerd, omdat hij na het plaatsen van de toegangsdeur met een vernauwing van de gemeenschappelijke hal te maken krijgt, evenals met verminderde lichtinval, het

verdwijnen van een vluchtroute en meer geluidsoverlast doordat de toegangsdeur naar de vierde verdieping direct naast de deur van [verweerder jr.] zal worden geplaatst. Voorts is de aanwezigheid van de ruime en lichte toegangshal een belangrijke overweging om de woning destijds te kopen. Daarom dient het verzoek om vervangende machtiging afgewezen te worden.

4.5

Daaromtrent overweegt de kantonrechter het volgende. Zoals tijdens de zitting aan de orde kwam zijn er sinds 1 maart 2005 twee manieren om tot wijziging van de splitsingsakte te komen, welke zijn neergelegd in art. 5:139 lid 1 en 2 BW.

Het eerste "spoor" volgt uit lid 1: "De akte van splitsing kan worden gewijzigd met medewerking van alle appartementseigenaars". Wanneer voor de toepassing van het eerste spoor wordt gekozen en niet alle appartementseigenaars medewerking verlenen, kan op grond van artikel 5:140 BW een vervangende machtiging van de kantonrechter worden verzocht. In de verzoekschriftprocedure bij de kantonrechter wordt in een dergelijk geval beoordeeld of er zonder redelijke grond wordt geweigerd medewerking of toestemming te verlenen.

Het tweede "spoor" staat in lid 2. Wanneer daarvoor gekozen wordt kan de appartementseigenaar, die niet vóór het besluit tot wijziging van de akte van splitsing heeft gestemd, in een dagvaardingsprocedure vernietiging van dit besluit vorderen. Blijkens artikel 5:140a lid 2 BW kan een dergelijke vordering alleen worden afgewezen als de appartementseigenaar geen schade lijdt of een redelijke schadeloosstelling is aangeboden en voor de betaling hiervan voldoende zekerheid is gesteld.

4.6

In de onderhavige situatie heeft de VvE voor het tweede "spoor" gekozen en heeft [verweerder jr.] op grond van art. 5:140a BW vernietiging van het besluit van de VvE gevorderd. Uit de hierboven in rov. 1.8 en 1.9 geciteerde beslissingen van de rechtbank Amsterdam en het Gerechtshof Amsterdam blijkt dat de gevorderde vernietiging in twee instanties is afgewezen. Nu niet gebleken is dat [verweerder jr.] cassatie heeft ingesteld tegen het arrest van het Gerechtshof, moet het ervoor gehouden worden dat dit arrest in kracht van gewijsde is gegaan.

4.7

Thans is de vraag aan de orde of, nadat op grond van de in art. 5:140a BW neergelegde procedure bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak de vernietiging van het besluit van de VvE is afgewezen, op grond van de in art. 5:140 lid 1 BW neergelegde procedure opnieuw zou moeten worden beoordeeld of het besluit van de VvE in stand kan blijven.

De kantonrechter is van oordeel dat een dergelijke beoordeling na de uitspraken op grond van art. 5:140a BW niet meer aan de orde is op grond van het volgende. Het in art. 5:139 lid 2 BW bepaalde vormt een uitzondering op de regel van art. 5:139 lid 1 BW dat wijziging van de splitsingsakte alleen kan geschieden met medewerking van alle appartementseigenaren.

Indien de weg van art. 5:139 lid 2 BW wordt gevolgd, heeft de weigerende appartementseigenaar de bevoegdheid om op grond van art. 5:140a BW vernietiging van dit besluit te vorderen. Indien een vordering tot vernietiging als voormeld wordt afgewezen, volgt uit art. 5:139 lid 2 BW in feite dat de splitsingsakte rechtsgeldig kan worden gewijzigd "met medewerking van het bestuur", zoals in art. 5:139 lid 2 BW staat vermeld en zonder dat daartoe de medewerking van de weigerende appartementseigenaar is vereist.

In het onderhavige geval is bij in kracht van gewijsde gegaan arrest van het Gerechtshof Amsterdam de vordering tot vernietiging van [verweerder jr.] afgewezen. Het gevolg daarvan is aldus dat de splitsingsakte door het bestuur rechtsgeldig gewijzigd kan worden op de in art. 5:139 lid 2 BW aangewezen wijze, zonder dat nog enige medewerking van [verweerder jr.] noodzakelijk is. Gelet daarop

heeft de VvE geen belang bij het verzoek op grond van art. 5:121 dan wel 5:140 lid 1 BW om ten aanzien van [verweerder jr.] vervangende machtiging met betrekking tot het besluit tot wijziging van de splitsingsakte te verkrijgen. Zij heeft immers al de bevoegdheid om de wijziging in de splitsingsakte rechtsgeldig te bewerkstelligen. De kantonrechter zal de VvE wél een vervangende machtiging verlenen voor de rechtshandeling tot het notarieel vastleggen van de gewijzigde akte van splitsing welke als productie 4 door de VvE c.s. is overgelegd en bepalen dat deze uitspraak in de plaats komt van de medewerking van [verweerder jr.] daaraan.

Met het bovenstaande wordt eveneens recht gedaan aan de uitgangspunten van rechtszekerheid en proceseconomie, te weten dat, indien op grond van de procedure ex art 5:139 jo. art. 140a BW, een - inmiddels in kracht van gewijsde gegane - uitspraak is gedaan over de vernietiging van een besluit van de VvE, het niet de bedoeling van voormelde wetsartikelen kan zijn dat een andere rechter opnieuw een inhoudelijk oordeel gevraagd kan worden over de rechtsgeldigheid van het desbetreffende besluit. Dat in art 5:140 en art. 5:140a BW mogelijk verschillende toetsingsmaatstaven worden gehanteerd doet daaraan niet af. Beide procedures bevatten een waarborg waarbij zowel de belangen van de VvE als die van de weigerende appartementseigenaar in voldoende en gelijkwaardige mate aan de orde kunnen komen.

4.8

Het voorgaande leidt ertoe dat het verzoek van de VvE tot het verlenen van een vervangende machtiging ten aanzien van door [verweerder jr.] te verlenen medewerking aan het notarieel vastleggen van de wijziging van de splitsingsakte zal worden toegewezen.

Ten aanzien van [verweerder sr.]

4.9

Allereerst dient de toewijsbaarheid beoordeeld te worden van het verzoek van de VvE op grond van art. 5:140 BW om een machtiging te verlenen die de toestemming tot het wijzigen van de splitsingsakte in voormelde zin van de hypotheekhouders [verweerder sr.] vervangt .

Daaromtrent overweegt de kantonrechter het volgende. Op grond van art. 5:140 lid 1 BW kan de verzochte vervangende machtiging worden verleend indien wordt vastgesteld dat de hypotheekhouders zonder redelijke grond hun toestemming aan de wijziging van de splitsingsakte onthouden.

De kantonrechter is van oordeel dat [verweerder sr.] zonder redelijke grond hun toestemming aan de wijziging van de splitsingsakte onthouden, op grond van het volgende. Aan het standpunt van [verweerder sr.] dat een redelijke grond voor weigering van de toestemming is gelegen in het feit dat de waarde van de woning wordt aangetast door de wijziging van de splitsingsakte in voormelde zin, gaat de kantonrechter voorbij. Uit rov. 3.12 van de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam van 1 maart 2011 valt immers af te leiden dat voor het missen van één vierkante meter vloeroppervlak, waartoe de wijziging in de splitsingsakte leidt, een vergoeding van € 1.000,-- a € 1.500,-- geïndiceerd zou zijn. Daarmee is er geen sprake van een zodanige waardevermindering dat dit een redelijke grond voor weigering van de verzochte toestemming is. Dat geldt temeer tegen de achtergrond van

de uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam, die inmiddels in kracht van gewijsde is gegaan, waardoor thans vast staat dat [verweerder jr.] gebonden is aan het besluit tot wijziging van de splitsingsakte. Daarbij neemt de kantonrechter tevens in aanmerking dat de eerste hypotheekhouder ABN-Amro die voor een aanzienlijk hoger bedrag een lening aan [verweerder jr.] heeft verstrekt wel heeft ingestemd met de wijziging van de splitsingsakte, alsmede het feit dat de door [verweerder sr.] verstrekte lening slechts een beperkt bedrag van

€ 5.000,-- bedraagt. Dat de door [verweerder sr.] verstrekte lening kan worden verhoogd tot € 50.000,-- op grond van de hypotheekakte maakt het vorenstaande niet anders. Daarbij wijst de kantonrechter er ook op dat de inperking van het vloeroppervlak een gemeenschappelijke ruimte betreft, welke in eigendom aan alle appartementseigenaren toebehoort. Dit relativeert de waardevermindering van het appartementsrecht van [verweerder jr.] ook nog eens.

4.10

Dat [verweerder sr.] hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de aflossing van de eerste hypotheekschuld is irrelevant voor de onderhavige beoordeling op grond van art. 5:140 BW: daarop ziet de in art. 5:139 lid 3 BW bedoelde toestemming niet.

4.11

Uit het voorgaande volgt dat de machtiging die ziet op het vervangen van de door [verweerder sr.] te verlenen toestemming, zal worden verleend, op de hierna bij de beslissing aan te geven wijze. Aangezien het besluit van de VvE van 20 april 2009 overeenkomt met hetgeen in de als productie 4 bij het verzoekschrift overgelegde concept-splitsingsakte is bepaald, is de verwijzing daarnaar in het dictum toewijsbaar.

Verklaring voor recht en doorhaling van de hypotheek

4.12

Met betrekking tot de verzochte verklaring voor recht stellen [verweerders] dat deze niet gegeven kan worden omdat de hypotheek van [verweerder sr.] zich wel degelijk uitstrekt over de gemeenschappelijke ruimten van het pand. Bovendien zou een verklaring voor recht in een verzoekschriftprocedure niet mogelijk zijn.

Ten eerste acht de kantonrechter een verklaring voor recht in een verzoekschriftprocedure wel toewijsbaar, mits deze blijft binnen de grenzen van de hier aan de orde zijnde wetsbepalingen en zich beperkt tot de vaststelling van de rechtsverhouding in geschil tussen partijen. (vgl. HR 31 maart 2000, NJ 2000, 497).

In de tweede plaats gaat de kantonrechter aan het inhoudelijke verweer van [verweerders] voorbij, nu de VvE niet heeft gesteld dat de door [verweerder] verstrekte hypotheek niet van toepassing zijn op gemeenschappelijke ruimten van het pand. De VvE verzocht slechts voor recht te verklaren dat voornoemde hypotheek zich niet mede uitstrekt tot de ruimte die voorheen gemeenschappelijk was en toegang gaf tot de zolderverdieping met bergingen aan de [adres]en derhalve niet omvat de ruimte die krachtens de splitsing uitsluitend mag worden gebruikt door [verzoeker 1]. De kantonrechter is van oordeel dat de verzochte verklaring voor recht toewijsbaar is, nu op grond van een in kracht van gewijsde gegaan arrest van het Gerechtshof Amsterdam vaststaat dat de splitsingsakte gewijzigd kan worden conform het besluit van de VvE op 20 april 2009.

4.13

De verzochte doorhaling van de hypotheek wordt afgewezen, nu [verweerders] terecht hebben gesteld dat daarvoor geen gronden zijn indien de vervangende machtiging wordt verleend en evenmin als deze wordt geweigerd. De hypotheek rust op het in eigendom aan [verweerder jr.] behorende appartementsrecht: indien dit appartementsrecht door de wijziging van de splitsingsakte in enigerlei mate verminderd wordt, rust de hypotheek vanzelf enkel en alleen op het daarna bestaande appartementsrecht.

Conclusie

4.14

Op grond van het vorenstaande zullen de verzochte machtigingen op de hierboven aangegeven wijze worden toegewezen, alsmede de verzochte verklaring voor recht. Voor het overige zal het verzochte worden afgewezen.

4.15

[verweerder c.s.] zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de VvE.

BESLISSING

De kantonrechter:

I.verleent de machtiging ter vervanging van de medewerking van [verweerder jr.] aan het notarieel vastleggen van de wijziging van de akte van splitsing welke als productie 4 door de VvE is overgelegd en waaruit volgt dat de gemeenschappelijke ruimte naar de zolderverdieping verdwijnt en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats komt van de medewerking van [verweerder jr.] aan het aldus wijzigen van de splitsingsakte;

II.verleent de machtiging ter vervanging van de toestemming van [verweerder sr.] voor de rechtshandeling, te weten wijziging van de akte van splitsing welke als productie 4 door de VvE is overgelegd en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats komt van de toestemming en medewerking van [verweerder sr.] tot het aldus wijzigen van de akte van splitsing, zodanig dat wordt bereikt dat notarieel kan worden vastgelegd dat de gemeenschappelijke ruimte naar de zolderverdieping verdwijnt;

III.verklaart voor recht dat de hypotheek van [verweerder sr.] zich niet mede uitstrekt tot de ruimte die voorheen gemeenschappelijk was en toegang gaf tot de zolderverdieping met bergingen aan de [adres] en derhalve niet omvat de ruimte die krachtens de splitsing uitsluitend mag worden gebruikt door [verzoeker 1];

IV. veroordeelt [verweerders] in de kosten van deze procedure, aan de zijde van de VvE, tot op heden begroot op € 709,00, bestaande uit € 600,- voor salaris van de gemachtigde, alsmede € 109,-- griffierecht, inclusief eventueel verschuldigde BTW;

V.wijst het meer of anders verzochte af.

Aldus gegeven door mr. Y.A.M. Jacobs, kantonrechter, en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 22 januari 2013 in tegenwoordigheid van de griffier.