Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning

Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 18 april 2007
klokke 15.00 uur

door

Clementine Geertruida Breedveld-de Voogd

geboren te 's-Gravenhage
in 1962

Promotiecommissie:

Promotor:	prof. mr. W.G. Huijgen
Referent:	prof. mr. Jac. Hijma
Leden:	prof. mr. S.E. Bartels (Universiteit Utrecht)
	prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
	mr. dr. H.D. Ploeger (Technische Universiteit Delft)
	prof. mr. A.A. van Velten (Vrije Universiteit Amsterdam)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2007 C.G. Breedveld-de Voogd/ Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5454-412-8
NUR 822

www.bju.nl

aan mijn ouders
aan Chris

Inhoudsopgave

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN XIII

1 INLEIDING 1

2 WIL EN VERKLARING BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN DE KOOPOVEREENKOMST VAN ONROERENDE ZAKEN 5

2.1 Inleiding 5
2.2 De totstandkomingsvereisten voor de koopovereenkomst van onroerende zaken: stand van zaken 5
2.3 De artikelen 3:33 en 3:35 BW: gecorrigeerde wilsleer of dubbele grondslag? 7
2.4 Aanbod en aanvaarding: meer dan een denkmodel 13
2.5 Hofland/Hennis; aanbod en bindingswil 14
2.6 Camping Vredenburg; wanneer is er een aanvaarding? 16
2.7 De wil: begeerte of bewuste keuze? 21
2.8 Conclusie 23

3 HET VORMVOORSCHRIFT VAN ARTIKEL 7:2 BW 27

3.1 Inleiding 27
3.2 De inhoud van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW 28
3.3 De aard van het vormvoorschrift 29
3.3.1 Opschortende voorwaarde of constitutief element? 29
3.3.2 Solemnitatis causa en probationis causa 30
3.3.3 Geen vorm, geen rechtshandeling? 33
3.3.4 De formaliteitsvisie: een onderscheid tussen absolute vormvoorschriften en additieve vormvoorschriften 35
3.3.5 De betekenis van constitutieve regels en de handelingsvisie op de aard van een vormvoorschrift 37
3.3.6 De koppeling van wilsovereenstemming en vorm binnen de handelingsvisie 39
3.3.7 De plaats van het vormvoorschrift in de wet 39
3.3.8 De handelingsvisie en de vergaande gevolgen hiervan 40
3.4 Rationes voor vormvoorschriften 41
3.4.1 Rechtszekerheid en goede wilsvorming 41
3.4.2 De visie van Meijers 44
3.4.3 De ratio van het vormvoorschrift in de preadviezen van Kleijn en Van Velten 45
3.4.4 De ratio van het vormvoorschrift volgens de parlementaire geschiedenis van artikel 7:2 BW 46

3.5	De gevolgen van het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste	49
3.5.1	Nietigheid of vernietigbaarheid?	49
3.5.2	Het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW in het licht van de contractvrijheid	54
3.5.3	Nietigheid en de bescherming van de consument-koper	57
3.6	Vormvoorschriften en precontractuele gebondenheid	58
3.6.1	Precontractuele gebondenheid en vormvoorschriften; een tegenstelling	58
3.6.2	De precontractuele gebondenheid van de verkoper tot het tot stand brengen van een koopakte	59
3.6.3	Twee vormen van precontractuele gebondenheid	62
3.6.4	De postconsensuele gebondenheid langs de precontractuele lat	62
3.6.5	Precontractuele gebondenheid in het licht van de aard van het vormvoorschrift	67
3.6.6	Precontractuele gebondenheid en de ratio van het vormvoorschrift in het algemeen	70
3.6.7	Schending van artikel 6:226 BW: geldigheid, nietigheid of vernietigbaarheid?	74
3.6.8	Precontractuele gebondenheid, de analoge toepassing van artikel 6:226 BW en de ratio van artikel 7:2 BW	76
3.6.9	Vernietigbaarheid van de vormvrije overeenkomst en de omweg via de precontractuele gebondenheid	77
3.6.10	De lagere jurisprudentie over de precontractuele gebondenheid tot medewerking aan een akte	78
3.7	Mondelinge wilsovereenstemming als voorovereenkomst van de koopovereenkomst	84
3.8	Gebruik van het vormvoorschrift in strijd met de redelijkheid en billijkheid	85
3.8.1	Onderhandelen te goeder trouw	85
3.8.2	Uitzonderingen op grond van *Treu und Glauben*	87
3.8.3	Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid	90
3.8.4	De redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen	91
3.8.5	De gevallen waarin aansprakelijkheid kan worden aangenomen	92
3.9	Reikwijdte van het vormvoorschrift	95
3.9.1	Niet in de akte opgenomen bedingen	95
3.9.2	Bekrachtiging nietige koopovereenkomst door akte van levering	98
3.9.3	Vormvoorschrift en niet opgenomen mededelingen betreffende de eigenschappen van de zaak	99
3.9.4	Vormvoorschrift en de toestemming in de zin van artikel 1:88 BW	100
3.10	De koop van een woning via e-mail	100
3.10.1	Drie wetsartikelen	100
3.10.2	De voorwaarden van artikel 6:227a BW	101
3.10.3	De elektronische handtekening in de zin van artikel 3:15a BW	103
3.10.4	De uitzondering voor overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken	105
3.10.5	De aard van de koopovereenkomst en de ratio van het vormvoorschrift	108

4 INHOUD VAN DE KOOPOVEREENKOMST 111
4.1 Inleiding 111
4.2 Essentialia, naturalia en accidentalia in het moderne verbintenissenrecht 111
4.2.1 Essentialia, naturalia en accidentalia 111
4.2.2 Bepaalbaarheid der verbintenissen 114
4.2.3 Essentialia: noodzakelijk, maar niet altijd voldoende 116
4.2.4 De bedoeling van partijen: objectief of subjectief? 118
4.2.5 De 'ondergeschikte punten' van artikel 6:225 lid 2 BW 120
4.2.6 Twee soorten essentiële punten 121
4.3 De essentialia bij de koop van onroerende zaken 123
4.3.1 De te leveren zaak 123
4.3.2 De prijs 124
4.3.3 De leveringsdatum 128
4.3.4 De partijen 129
4.4 Financieringsclausules 131
4.4.1 De inhoud van de financieringsclausule 131
4.4.2 Bestendig gebruikelijk beding: uitleg en gewoonte 132
4.4.3 Vormvoorschrift en financieringsclausule 133
4.4.4 Vormt de financieringsclausule gewoonterecht? 135
4.4.5 Financieringsclausule in aanvullend recht 137
4.4.6 De status van de financieringsclausule 138
4.5 Wettelijke eisen met betrekking tot de inhoud van de koopovereenkomst 139

5 UITLEG VAN DE KOOPAKTE 147
5.1 Inleiding 147
5.2 Vormvoorschrift en uitleg 148
5.3 De uitleg van model-koopakten 151
5.3.1 Haviltex-maatstaf, CAO-maatstaf en DSM/FOX 151
5.3.2 Wilsvertrouwensleer en objectieve uitleg 155
5.3.3 Welke maatstaf geldt bij de uitleg van modelakten? 156
5.3.4 De uitleg van artikel 5.3 NVM-akte 158
5.3.5 Een vergelijking met het Woonboerderij-arrest 162
5.3.6 De betekenis van mededelingen in een akte 164
5.3.7 De bedoeling van de opstellers en het wettelijk kader 166
5.3.8 De sporen van artikel 7:17 BW 168
5.3.9 Handhaving van de Haviltex-maatstaf 170
5.4 De betekenis van de bijstand van de notaris 171
5.4.1 Preventieve rechtsbescherming 171
5.4.2 De zorgplicht van de notaris 172
5.4.3 De totstandkoming van de overeenkomst en de rol van de notaris 175
5.4.4 De tekst van de notariële akte en de uitleg van de overeenkomst 177
5.4.5 Mededelingsplicht, onderzoeksplicht en de rol van de notaris 178
5.4.6 Samenvatting van de contractuele effecten 182
5.5 De uitleg van de akte van levering 183
5.5.1 Haviltex-maatstaf of objectieve uitleg? 183

5.5.2 Het Stichting Eelder Woningbouw-arrest 183
5.5.3 Wat is overgedragen: wat is verkocht of wat is geleverd? 185
5.5.4 De uitleg van de levering is de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst 185
5.5.5 Een natuurrechtelijk postulaat: eigendomsoverdracht door wilsovereenstemming 186
5.5.6 Positief recht: het onderscheid tussen koop en eigendomsoverdracht 188
5.5.7 Wilsovereenstemming bij de koop én bij de levering 189
5.5.8 Friedrich Carl von Savigny 190
5.5.9 Gevolgen voor de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst 192
5.5.10 De omslag in het Goedhart/Van den Berg-arrest 193
5.5.11 Een ongewenst verschil tussen de uitleg van de koop en die van de goederenrechtelijke overeenkomst 194
5.5.12 Een gelijke uitleg van koopovereenkomst en goederenrechtelijke overeenkomst 195
5.5.13 De geschiedenis van de akte van levering: levering én koop 196
5.5.14 De uitleg van de koopovereenkomst en de goederenrechtelijke overeenkomst in de akte van levering 198
5.5.15 Nieuwe perspectieven door het DSM/Fox-arrest 201
5.5.16 De beginselen van het goederenrecht en de bedoeling van partijen 201
5.5.17 Een strikte uitleg binnen de Haviltex-maatstaf 205

6 BEDENKTIJD 207
6.1 Verzet of overgave? 207
6.2 Werking, geschiedenis en ratio van de bedenktijd in artikel 7:2 BW 209
6.3 Inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst 214
6.3.1 Pacta sunt servanda? 214
6.3.2 Inbreuk of gewoon een nieuwe uitzondering? 215
6.3.3 De leer van de uitgestelde overeenkomst 216
6.3.4 Synthese via het vormvoorschrift 218
6.3.5 *Schwebend unwirksam oder schwebend wirksam?* 221
6.3.6 De keuze van de wetgever in artikel 7:2 BW 223
6.4 De rede(n)loze ontbinding 225
6.4.1 Zonder opgave van redenen 225
6.4.2 Bescherming tegen informatietekort en tegen een tekort aan weerstand 225
6.4.3 Formele en materiële contractvrijheid 227
6.4.4 De inpassing van de bedenktijd in het contractenrecht 229
6.4.5 De handelingsonbekwame consument 230
6.4.6 De problematische aansluiting bij andere rechtsfiguren 231
6.4.7 Stelt het recht toch grenzen aan de uitoefening van de wettelijke bedenktijd? 232
6.4.8 De visie van Hijma 233
6.4.9 De bedenktijd in het licht van de redelijkheid 234
6.4.10 Walkmans, smokings en huizen 236
6.4.11 Grenzen aan de uitoefening van de bedenktijd-ontbinding 239
6.5 Bedenktijd als inbreuk op het causabeginsel 240
6.5.1 De totstandkoming van de overeenkomst en het causabeginsel 240

6.5.2 De rechtvaardiging van de inbreuk op het causabeginsel 242
6.5.3 De inbreuk op de belangen van de verkoper van een onroerende zaak 244
6.5.4 De toepassing van het causabeginsel bij de uitoefening van de bedenktijd 246
6.5.5 Een contractuele bedenktijd voor de verkoper? 249
6.6 De bedenktijd en de levering van een onroerende zaak 251
6.6.1 Drie vragen 251
6.6.2 Een weinig voorkomende casus 251
6.6.3 Nakoming tijdens de bedenktijd 253
6.6.4 Afstand van de bedenktijd en rechtsverwerking 255
6.6.5 Heeft de bedenktijd-ontbinding terugwerkende kracht? 260
6.6.6 Herleeft de bedenktijd wanneer de akte van levering afwijkt van de onderhandse koopakte? 264
6.7 Aanpassing van het contractenrecht aan de bedenktijd 270
6.7.1 Bedenktijd, wilsgebreken en tekortkoming 270
6.7.2 Eenvoudig en drastisch of beargumenteerd en subtiel 271
6.7.3 Beroep op wilsgebrek of tekortkoming na ongebruikt verlopen van de bedenktijd 271
6.7.4 Bestaat er een verplichting tot nader onderzoek door de koper in de bedenktijd? 272
6.7.5 De mededelingsplicht van de verkoper tijdens de bedenktijd 275

7 VORM, VRIJHEID EN GEBONDENHEID 277

SUMMARY 281
LITERATUUR 291
RECHTSPRAAKREGISTER 305
TREFWOORDENREGISTER 309
CURRICULUM VITAE 317

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	*Ars Aequi*
aant.	aantekening
AcP	*Archiv für die civilistische Praxis*
Afd.	Afdeling(en)
A-G	Advocaat-Generaal
Art(t).	artikel(en)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	*Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*
BR	*Bouwrecht*
BV	besloten vennootschap
B.V.	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
(oud) BW	Burgerlijk Wetboek 1838
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Weens Koopverdrag)
c.q.	casu quo
c.s.	cum suis
CAO	collectieve arbeidsovereenkomst
d.d.	de dato
d.w.z.	dat wil zeggen
diss.	dissertatie
e.a.	et alii
e.d.	en dergelijke
EG	Europese Gemeenschap
EV	Eindverslag
e.v.	en verder
GS	gedeputeerde staten
hfdst.	hoofdstuk
HR	Hoge Raad der Nederlanden
i.c.	in casu
Inv.	Invoering
JBN	*Juridische berichten voor het notariaat*
JCP	*Juris-classeur Périodique*
jo.	juncto
JOR	*Jurisprudentie Onderneming & Recht*
KG	*Kort Geding*
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
losbl.	losbladig

LUF	Loi Uniforme sur la Formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels
LUVI	Loi Uniforme sur la Vente Internationale des objets mobiliers
m.n.	met name
m. nt.	met noot van
MvA	Memorie van Antwoord
M.v.h.N	*Maandblad voor het notariaat*
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	*Maandblad voor Vermogensrecht*
LJN	*Landelijk Jurisprudentie Nummer*
NbBW	*Nieuwsbrief BW*
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NEV	Nota naar aanleiding van het eindverslag
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NJF	*NJ Feitenrechtspraak*
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
NTBR	*Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*
nt.	noot
nr(s).	nummer(s)
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
NVM	Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen NVM
NvW	Nota van Wijzigingen
o.a.	onder andere
o.m.	onder meer
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
Parl. Gesch.	*Parlementaire geschiedenis*
PbEG	*Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*
PECL	Principles of European Contract Law
Pres.	President
Prg.	*Praktijkgids*
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
RMThemis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
Rn.	Randnummer
r.o.	rechtsoverweging
r.o.v.	rechtsoverweging
Rv.	Rechtsvordering
RvdW	*Rechtspraak van de Week*
Stb.	*Staatsblad*
Stcrt.	*Staatscourant*
t.b.v.	ten behoeve van
T&C	*Tekst & Commentaar*
TM	Toelichting Meijers bij het Ontwerp NBW
t/m	tot en met

TWHOZ	Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken
UvA	Universiteit van Amsterdam
vgl.	vergelijk
VrA	*Vermogensrechtelijke Annotaties*
VU	Vrije Universiteit
VV	Voorlopig Verslag
Vzr.	Voorzieningenrechter
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*
ZEuP	*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*

1 Inleiding

'Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur.'[1] Drie woorden in de nieuwe wettelijke bepalingen over de koop van onroerende zaken en wat eeuwenlang waar was, lijkt nu achterhaald. Voor het tot stand komen van een overeenkomst is in beginsel geen vorm voorgeschreven (*consensualisme*), overeenkomsten moeten worden nagekomen (*pacta sunt servanda*) en de eigenaar blijft bevoegd tot het verrichten van beschikkingshandelingen, ook al heeft hij de zaak reeds verkocht. De casus A verkoopt zijn huis aan B zal deze beginselen niet meer kunnen illustreren. Drie woorden van de wetgever in de nieuwe regeling voor koop van onroerende zaken zijn hiervan de oorzaak: schriftelijkheidsvereiste (art. 7:2 lid 1 BW), bedenktijd (art. 7:2 lid 2 BW) en inschrijfbaarheid van de koopovereenkomst in openbare registers (art. 7:3 BW). Dit boek gaat over de vraag hoe de koopovereenkomst met betrekking tot een woning tot stand komt en welke rol het vormvoorschrift en de bedenktijd hierin spelen.[2] Voor de beantwoording hiervan zijn de beginselen van het contractenrecht niet terzijde gelegd. Met het oog op de eenheid van het recht zal de toepassing van nieuwe rechtregels vragen om een bezinning op de tot nog toe geldende regels en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Misschien is het zo dat de invoering van een nieuwe regel juist leidt tot het stellen van vraagtekens bij een eerdere ontwikkeling. Vraagt het vormvoorschrift niet om een andere blik op de precontactuele gebondenheid dan die met het Plas/Valburg-arrest is ingezet? Welke rechtsbeginselen zijn bij de bedenktijd in het geding en in hoeverre kunnen de problemen die dit met zich brengt binnen het contractenrecht tot een oplossing worden gebracht? Kortom, laten we geen boeken over het contractenrecht naar de ramsj brengen, we hebben ze nog nodig.

De vraagstelling brengt met zich dat op een fundamenteel niveau wordt ingegaan op de wijze waarop een overeenkomst tot stand komt. Zoals bekend is hierover door talloze auteurs geschreven en bestaan er vele meer of minder van elkaar verschillende theorieën. Het bestek van dit boek brengt met zich

1 Kirchmann 1848, p. 29.

2 De problemen die samenhangen met de inschrijfbaarheid van de koopovereenkomst in de openbare registers (*Vormerkung*) komen in dit boek niet aan de orde, zodat buiten beschouwing blijft de uitzondering die hierdoor wordt gemaakt op de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar.

mee dat hiervan geen allesomvattende behandeling wordt gepresenteerd. De problematiek eist echter wel een positiebepaling. In hoofdstuk 2 wordt daarom ingegaan op het tot stand komen van de overeenkomst als rechtshandeling en de rol die de wilsverklaring hierin speelt. Het vormt de opmaat voor de beschouwingen over het vormvoorschrift in hoofdstuk 3. Wat betekent het dat voor de totstandkoming van een overeenkomst een vormvoorschrift geldt? Is het gewoon een extra voorwaarde of is het essentiëler? Twee mogelijke visies zullen worden gepresenteerd: de 'formaliteitsvisie' en de 'handelingsvisie'. Mijn voorkeur gaat uit naar de laatste. In dit licht zal de vraag worden behandeld of de verkoper en de koper reeds aan de mondelinge afspraak gebonden zijn en of zij en met name de verkoper op grond van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid vanwege deze mondelinge overeenstemming gedwongen kunnen worden tot het ondertekenen van de akte. Tot nog toe heeft dit punt sinds de inwerkingtreding van artikel 7:2 BW de meeste – nog steeds lagere – jurisprudentie opgeleverd.

Wie nadenkt over vorm moet ook nadenken over inhoud. Partijen worden het niet zomaar eens, zij worden het *ergens* over eens. Het vormvoorschrift dwingt ons te bepalen wat er in de vorm gegoten moet worden. Hoofdstuk 4 gaat daarom over inhoud. Gelden hiervoor minimumvereisten? Het oude onderscheid tussen de *essentialia*, *naturalia* en *accidentalia* biedt aanknopingspunten en wordt gekoppeld aan het moderne bepaalbaarheidsvereiste. De belangrijke rol, die het aanvullend recht en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid in de contractsvorming hebben, komt aan de orde. In dit verband zal ook een in het onroerend goedrecht steeds opduikende vraag worden behandeld: geldt de financieringsclausule ook indien deze niet met zoveel woorden is overeengekomen?

Geen inhoud zonder uitleg. Aangezien de vraag naar de wijze waarop een overeenkomst moet worden uitgelegd nauw verwant is met de vraag hoe deze tot stand komt, komt de uitleg in hoofdstuk 5 aan de orde. In hoeverre is de Haviltex-maatstaf nog bruikbaar nu een vormvoorschrift geldt? Aangezien bij de koop van woningen meestal gebruik wordt gemaakt van zogenaamde modelakten, wordt ook dit aspect in de beschouwingen betrokken. De koop van een woning is in zoverre bijzonder dat hierbij twee achtereenvolgende akten een rol spelen. Na de koopakte wordt immers ten behoeve van de levering nog een akte opgemaakt: de akte van levering. Hoofdstuk 5 zal worden besloten met een beschouwing over de rol die deze akte van levering speelt bij de uitleg van de koopovereenkomst en de maatstaf die hierbij moet worden gehanteerd.

Het tweede 'woord' van de wetgever betreft de bedenktijd die de consument-koper na de totstandkoming van de koopovereenkomst ter beschikking staat en tijdens welke periode de koper zonder opgave van redenen de koopovereen-

komst kan ontbinden (art. 7:2 lid 2 BW). Hoofdstuk 6 is aan deze nieuwe rechtsfiguur gewijd. De kritiek op de bedenktijd is dat deze niet goed in het contractenrecht valt in te passen, omdat het inbreuk maakt op de verbindende kracht van de overeenkomst. In dit hoofdstuk zullen nog twee beginselen worden opgevoerd die door de bedenktijd onder spanning komen te staan: de redelijkheid en het causabeginsel. Echter, met de invoering van de bedenktijd is de rol van de rechtsbeginselen waarop de bedenktijd een inbreuk maakt, niet uitgespeeld. Bij de inpassing in het contractenrecht en bij het stellen van grenzen aan de toepassing van de bedenktijd zullen deze beginselen de bakens vormen. Voorts wordt aandacht besteed aan de vragen die de bedenktijd oproept in samenhang met de levering van een onroerende zaak. Zo komt aan de orde de vraag of in het medewerken aan de levering tijdens de bedenktijd een afstand van recht is gelegen en of de bedenktijd-ontbinding terugwerkende kracht heeft. Ten slotte zal in dit hoofdstuk niet alleen de inpassing van de bedenktijd in het contractenrecht aan de orde komen maar ook de aanpassing van het contractenrecht aan de bedenktijd. In hoeverre heeft het feit dat de koper een bedenktijd ter beschikking heeft gestaan invloed op de beoordeling van een beroep op een wilsgebrek of een tekortkoming?

In het laatste hoofdstuk zal wederom worden ingegaan op de totstandkoming van de koopovereenkomst, maar nu met inbegrip van precontractuele gebondenheid van de verkoper, vormvoorschrift én bedenktijd. Aanschouwelijk zal worden gemaakt welk beeld dit bij de totstandkoming van de overeenkomst oproept.

Aangezien artikel 7:2 BW tot uitgangspunt is genomen beperkt deze studie zich tot de koop van bestaande woningen. Aan de problematiek die uitsluitend samenhangt met nog te bouwen onroerende zaken is geen aandacht besteed. Dientengevolge komt ook de koop-aannemingsovereenkomst niet aan de orde. Over artikel 7:2 BW zijn verschillende positiefrechtelijke vragen te stellen. Zo is bijvoorbeeld niet duidelijk wat precies wordt verstaan onder een 'voor bewoning bestemde onroerende zaak'. Valt hieronder ook een winkelpand met een woning? En is de vader die ten behoeve van zijn studerende zoon een studentenhuis koopt nu wel of niet een koper die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf? Op dergelijke vragen, waarover al het een en ander is geschreven, zal slechts worden ingegaan voorzover dit voor het betoog relevant is. De rechtsvergelijking zal binnen het betoog plaatsvinden. Hierbij wordt gekeken naar het Duitse recht, omdat hierin een vormvoorschrift geldt voor de koopovereenkomst van een onroerende zaak (§ 311b BGB) en de problemen met betrekking tot het niet voldoen aan dit vormvoorschrift in de jurisprudentie en literatuur uitgebreid aan de orde komen. Hoewel de bedenktijd (*Widerrufsrecht*) naar Duits recht in beginsel niet van toepassing is op de koop van onroerende zaken is de vergelijking op dit punt met het Duitse recht toch interessant, omdat het BGB een uitgewerkte algemene regeling van de

Widerrufsrechte kent, waarin vele dogmatische vragen (bijv. heeft het *Widerrufsrecht* terugwerkende kracht) worden beantwoord. Omdat het Franse recht inmiddels wel een bedenktijd voor de consument-koper kent (art. L 271-1 Code de la construction et de l'habitation) zal een bescheiden vergelijking met deze regeling gemaakt worden.

De term 'consument-koper' is in verband met de koop van onroerende zaken eigenlijk onjuist omdat de term consumentenkoop is voorbehouden aan de koop van roerende zaken (art. 7:5 BW). Omdat de frase 'koper die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf' de zinsbouw vaak niet ten goede komt zal toch de term 'consument-koper' worden gebruikt voor de in artikel 7:2 BW bedoelde koper.

Tijdens het verrichten van het promotie-onderzoek zijn enkele bevindingen al gepubliceerd. De vindplaatsen van deze artikelen zijn op de bestemde plaats in de noten vermeld. Het onderzoek is afgesloten op 1 september 2006.

2 Wil en verklaring bij de totstandkoming van de koopovereenkomst van onroerende zaken

2.1 INLEIDING

Wat maakt het uit of men een bosje bloemen op straat koopt dan wel een huis tijdens een cafégesprek? Is het zo dat zodra partijen het eens zijn over de zaak én de prijs de overeenkomst van koop en verkoop perfect is, ongeacht het daarbij betrokken belang?[1] Het lijkt wellicht absurd dat voor de totstandkoming van beide koopovereenkomsten tot de invoering van artikel 7:2 BW op 1 september 2003 alleen de algemene regels van het overeenkomstenrecht golden. Het voorbeeld van de bloemen en het huis wil dat suggereren. Het tegenovergestelde zou waar kunnen zijn. Deze algemene regels voor de totstandkoming van overeenkomsten raken immers de kern van ons overeenkomstenrecht: de vrije wilskeuze van beide partijen. Of het nu gaat om de koop van een reep chocolade of om de koop van de chocoladefabriek, er moet wilsovereenstemming bestaan tussen verkoper en koper. Welke nadere vereisten men ook aan de koop van onroerende zaken wil stellen, zonder de wilsovereenstemming van partijen komt er geen overeenkomst tot stand. Speelt het belang van de transactie dan geen rol? Hierover gaat dit hoofdstuk. Op welke wijze komt de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak tot stand? Wanneer kan worden gesproken van wilsovereenstemming en welke rol spelen vormvereisten hierbij?

2.2 DE TOTSTANDKOMINGSVEREISTEN VOOR DE KOOPOVEREENKOMST VAN ONROERENDE ZAKEN: STAND VAN ZAKEN

Voor de totstandkoming van de koopovereenkomst gelden de algemene regels van het overeenkomstenrecht. Zij komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan (art. 6:217 BW). Niet iedere overeenkomst is een koopovereenkomst. Dit betekent dat aan de inhoud van de wilsovereenstemming eisen worden gesteld. Van een koopovereenkomst is eerst sprake indien de ene partij zich verbindt tot het geven van een zaak en de ander hiervoor een prijs[2] betaalt (art. 7:1 BW). Op de rol die deze bestanddelen op de totstandkoming

1 Kleijn en Van Velten 1985, p. 29.
2 Art. 7:4 BW lijkt de indruk te wekken dat overeenstemming over de prijs niet vereist is. Zie hierover par. 4.3.2.

van de koopovereenkomst spelen wordt in hoofdstuk 4 nader ingegaan. Voor koopovereenkomsten gelden in het algemeen geen andere totstandkomingsvereisten. Op dit uitgangspunt bestaan echter verschillende uitzonderingen. Zo geldt voor een koopovereenkomst waarop de Colportagewet van toepassing is, dat deze moet zijn neergelegd in een akte (art. 24 Colportagewet) en voor de koop van timeshares dat deze schriftelijk wordt aangegaan (art. 7:48b lid 1 BW). Ook uit de woorden van artikel 2 lid 1 Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken (TWHOZ) lijkt een vormvoorschrift voor te vloeien. Hierin wordt bepaald dat de overeenkomst van huurkoop wordt aangegaan bij notariële akte. Uit andere bepalingen in de TWHOZ vloeit evenwel voort dat dat niet het geval is. Volgens artikel 2 lid 4 TWHOZ kan de huurkoper immers schriftelijke vastlegging van de overeenkomst vorderen, als geen notariële akte is opgemaakt. Voorts kan hij op grond van artikel 3 TWHOZ vernietiging van de overeenkomst vorderen als geen notariële akte is opgemaakt noch schriftelijke vastlegging heeft plaatsgehad. In het systeem van de TWHOZ is er wel contractuele gebondenheid vóór de notariële akte is opgemaakt. Volgens de memorie van toelichting bij de wet houdende Vaststelling en invoering van afdeling 7.1.12 (huurkoop onroerende zaken) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, die was bestemd de TWHOZ te vervangen, is de notariële akte nodig voor de inschrijving in de openbare registers, die de huurkoopovereenkomst zakelijke werking geeft.[3] Aldus beschouwd is het voorschrift van artikel 2 lid 1 TWHOZ geen vormvoorschrift in die zin dat deze bestaansvoorwaarde voor de overeenkomst is. Sinds de inwerkingtreding op 1 september 2003 van de Wet van 5 juni 2003, houdende aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk) (verder te noemen: Wet Koop van onroerende zaken) is er naast de koop van timeshares nog een belangrijke categorie koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken bijgekomen, waarvoor een vormvoorschrift geldt.[4] Artikel 7:2 lid 1 BW bepaalt dat de koop van een voor bewoning bestemde onroerende zaak door een particulier schriftelijk moet worden aangegaan. Wanneer de koop van een onroerende zaak niet onder artikel 7:2 BW valt, blijft de vormvrije consensuele leer gelden. Hierbij zal het dan gaan om de koop van niet tot bewoning bestemde onroerende zaken en/of om een koopovereenkomst waarbij de koper handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.[5]

3 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 212, nr. 3, p. 11 (MvT). Dit wetsvoorstel is echter ingetrokken bij brief van de Minister van Justitie van 26 april 2004 (*Kamerstukken I* 2003/04, 24 212, nr. A).

4 *Stb*. 2003, 272, Besluit van 25 juni 2003, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 5 juni 2003, houdende aanvulling van titel 7.1 (Koop en ruil) van het nieuwe Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake de koop van onroerende zaken alsmede vaststelling en invoering van titel 7.12 (Aanneming van werk) (*Stb*. 2003, 238).

5 Uiteraard voorzover niet de timeshare regeling van toepassing is.

2.3 De artikelen 3:33 en 3:35 BW: gecorrigeerde wilsleer of dubbele grondslag?

Een overeenkomst komt tot stand door overeenstemmende wilsverklaringen. Over de verhouding tussen de twee elementen wil en verklaring bestaan vele theorieën, die grofweg kunnen worden onderscheiden in de wilstheorie, de verklaringstheorie en de vertrouwenstheorie.[6] In de wilstheorie is het in wezen de wil die de overeenkomst tot stand doet komen. Wanneer de verklaring van een der partijen niet overeenstemt met zijn wil komt de overeenkomst niet tot stand. In de verklaringstheorie staat uitsluitend de verklaring zoals deze door een partij is afgelegd centraal. Wanneer deze verklaring afwijkt van hetgeen de partij die haar aflegde wilde, ontstaat de overeenkomst toch indien deze verklaring overeenstemt met de verklaring van de andere partij. Ook de vertrouwenstheorie gaat uit van de verklaring van partijen, maar deze verklaring doet alleen een overeenkomst ontstaan indien zij in verband met de eisen van het maatschappelijk verkeer het vertrouwen mocht wekken dat zij ook daadwerkelijk gewild is. Het voert in het kader van dit boek te ver om nader op deze theorieën en hun verschijningsvormen in te gaan. Toch zal voor de vraag wanneer de koopovereenkomst van onroerende zaken tot stand komt een grondslag moeten worden bepaald.

De artikelen 3:33 en 3:35 BW dienen zich aan als praktisch uitgangspunt. Dit zijn immers de bepalingen met behulp waarvan in de rechtspraktijk rechtvaardige oplossingen moeten worden gevonden. Wanneer evenwel aan deze bepalingen geen notie van rechtvaardigheid ten grondslag ligt zullen ze op het pad der rechtsvinding een dwaallicht zijn of op zijn best een uitgedoofd licht. De keuze voor het koppel artikel 3:33 BW en artikel 3:35 BW is evenwel ook een principiële keuze. Wordt in deze bepalingen de controverse omtrent de grondslag van de gebondenheid aan de overeenkomst dan opgelost? Uit het gedeelte van de Parlementaire Geschiedenis dat dateert van na de Toelichting Meijers zou men evenals Hartkamp de conclusie kunnen trekken dat de artikelen 33 en 35 BW geen leerstellige bepalingen zijn over de grondslag van de gebondenheid aan de overeenkomst.[7] Geconfronteerd met 'kritische beschouwingen' in de literatuur over deze artikelen en over de uitleg van Meijers koos de minister voor een dogmatische terugtocht:[8]

> 'De ondergetekende heeft in de memorie van antwoord betreffende Boek 6 onder *Algemeen* bij afdeling 6.5.2. (blz. 198-199) (c) reeds uiteengezet dat deze kritiek in feite de vraag betreft hoe de gebondenheid van partijen aan een door hen verrichte rechtshandeling – waarbij veelal in de eerste plaats aan een obligatoire overeen-

6 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 98.
7 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 103.
8 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 167 (NvW).

> komst wordt gedacht – het beste kan worden verklaard. Ook gaf hij daar reeds aan dat deze vraag zich naar zijn mening niet voor beantwoording door de wetgever leent, terwijl de redactie van de artikelen 3.2.2 en 3 met geen van de recentelijk op dit punt verdedigde standpunten onverenigbaar is, wanneer men deze artikelen maar opvat als één samenhangend geheel, waarin wordt aangegeven aan welke eisen in beginsel moet zijn voldaan, wil een rechtshandeling tot stand komen. Zij bieden aldus aan de rechter voldoende ruimte om aan wil, verklaring en opgewekt vertrouwen de betekenis toe te kennen, die daaraan in de gegeven omstandigheden behoort toe te komen en om aan partijen de rechtsgevolgen toe te rekenen die zij behoren te dragen.'

Aldus bezien bieden de artikelen 3:33 en 35 BW voor elk wat wils. Zo komt Hartkamp tot de conclusie dat de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen en zo ja met welke inhoud, beantwoord moet worden aan de hand van een op de relevante beginselen berustende normatieve waardering van feiten en omstandigheden, waaronder in het bijzonder begrepen de in de verklaringen en gedragingen uitgedrukte wil van de partijen en het gerechtvaardigd vertrouwen.[9] Wat bedoelde Meijers nu met de dubbele grondslag? Hij formuleerde het in de toelichting bij artikel 3.2.2 (art. 3:33 BW) en artikel 3.2.3 (art. 3:35 BW) als volgt:[10]

> 'Met het stellen van deze dubbele eis van wil en verklaring, is geenszins in de vroegere strijd tussen wilstheorie en verklaringstheorie voor de eerste partij gekozen. Het dilemma was vroeger onjuist geformuleerd. De strijd ging immers niet tussen wil of verklaring (d.i. het door een verklaring opgewekte vertrouwen) maar tussen: alleen de geopenbaarde wil als grondslag van het rechtsgevolg, of een dubbele grondslag, zowel de geopenbaarde wil als daarnaast het opgewekt vertrouwen. In aansluiting met de in de Nederlandse rechtspraak reeds lang tot uitdrukking gekomen opvatting is het laatste stelsel aanvaard. Artikel 2 heeft betrekking op de geopenbaarde wil, artikel 3 op het opgewekte vertrouwen als grondslag ener rechtshandeling. Door het in artikel 2 bepaalde voorop te stellen, komt duidelijk uit, dat een rechtshandeling, waarbij wil en verklaring overeenstemmen, het normale geval is, terwijl artikel 3 dan in het belang van het verkeer bescherming verleent aan hem, die te goeder trouw op een rechtsschijn is afgegaan.'

De strijd gaat tussen enerzijds alleen de wil en anderzijds wil én verklaring (en het hierdoor opgewekte vertrouwen). Meijers kiest voor het laatste: de dubbele grondslag. Deze grondslag vindt men terug in artikel 3:33 BW, het normale geval. Wil en verklaring liggen in elkaars verlengde en stemmen overeen. Artikel 3:35 BW is hierdoor ook geen correctie op de ongewenste consequenties van de wilsleer, maar een toepassing van de in artikel 3:33 BW

9 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nrs. 102 en 106.
10 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 164 (TM).

gekozen dubbele grondslag in het abnormale geval: wil en verklaring stemmen niet overeen.

Maar is deze dubbele grondslag zelf niet een correctie op de wilsleer? Met andere woorden: er was een wilsleer. Men zag dat dat niet (altijd) goed was en nam zijn toevlucht tot de dubbele grondslag. Dit is alleen waar wanneer men uitgaat van een individualistische liberale visie die zijn hoogtepunt had in de tweede helft van de 19e eeuw. De autonome wil van het individu stond centraal. De vrije wilskeuze en de daarmee samenhangende contractvrijheid zijn evenwel geen uitvindingen van de negentiende eeuwse filosofen en rechtsgeleerden, maar van een aantal natuurrechtelijke schrijvers uit de 17e en 18e eeuw.[11] Stelden zij bij het verrichten van rechtshandelingen ook de wil boven de verklaring, of is dit een moderne liberale opvatting? Het laatste is het geval, want sporen van de dubbele grondslag zijn bij Hugo de Groot te vinden. Hij wijst er in *De iure belli ac pacis* herhaaldelijk op dat wie aan een ander een recht wil verlenen dit niet alleen innerlijk moet willen, maar dit ook met een uiterlijk teken aan de ander kenbaar moet maken. Niet alleen om zijn wil te openbaren, maar met name om aan deze wil effect te verlenen. Zonder dit uiterlijke teken wordt aan de ander geen recht verleend. De rechtshandeling is niet alleen een zaak van het innerlijk, maar ook van het uiterlijk. Deze gedachte vindt men onder meer terug bij de beschrijving van de overdracht van eigendom:[12]

> 'I.1 (…) Twee zaken slechts moeten worden opgemerkt, één met betrekking tot de gever, één met betrekking tot hem aan wie wordt gegeven. Bij de gever is niet voldoende een innerlijke wilshandeling, maar worden tegelijkertijd vereist òf woorden òf andere uiterlijke tekens: omdat [het toekennen van effect aan] een innerlijke wilshandeling, zoals wij elders hebben gezegd, niet overeenkomt met de aard van de menselijke samenleving.
>
> II. Op zijn beurt wordt van hem aan wie de zaak wordt gegeven, wanneer het positieve recht buiten beschouwing wordt gelaten, van nature de wil vereist tot het aannemen, met een [eigen] uiterlijk teken. (…)'

In een eerdere passage, waarnaar Hugo de Groot in bovenstaand citaat verwijst ('zoals we elders hebben gezegd'), zien we de natuurrechtelijke oorsprong van de rechtshandeling:[13]

---

11 Feenstra en Ahsmann 1980, p. 6.

12 De Groot (1625) 1939, LIB. II CAP. VI § I-II (met dank aan R. Feenstra en M.C.I.M. Duynstee voor de vertaling).

13 De Groot (1625) 1925, p. 221. Zie over de natuurrechtelijke oorsprong van de rechtshandeling uitgebreid Gordley 1991, p. 79-82.

> 'What shall we say? Actions at law, which are dependent on intent, cannot indeed be inferred from mental act alone, unless that act has been indicated by certain outward signs. For to assign a legal effect to mere acts of the mind was not consistent with human nature, which is able to recognize such acts only from outward signs.'

In modern Nederlands: het gaat hier om sociale communicatie. Mensen kunnen geen gedachten lezen. Onze communicatie verloopt via uiterlijke tekens. Hugo de Groot had zich er niets bij kunnen voorstellen, maar zelfs in het digitale tijdperk blijft dit waar.

Maar niet elk kenbaar maken van de wil is een rechtshandeling. In de bewoordingen van artikel 3:33 BW: de wil moet op een rechtsgevolg zijn gericht. Deze gerichtheid zal dan ook uit de verklaring moeten blijken. Bij het sluiten van een overeenkomst zijn deze rechtsgevolgen het verlenen van rechten en het op zich nemen van verplichtingen. Die rechten kunnen niet aan een ander worden verleend door het mededelen aan de ander van een wil, maar door de belofte. Paul Scholten brengt dit als volgt onder woorden:[14]

> 'ik moet betalen, niet omdat ik het gewild heb, maar omdat ik het beloofd heb, d.w.z. die wil tegenover een ander heb verklaard.'

Nieuwenhuis ziet daarom de belofte als de grondvorm van het contractenrecht en illustreert dit met de verkoop van een huis.[15]

> 'De verkoper van een huis doet bij gelegenheid van de totstandkoming van de koopovereenkomst geen mededelingen omtrent zijn innerlijk leven, te weten de aanwezigheid van een wil tot levering van het huis; hij *belooft* levering, met andere woorden hij verleent de koper een *recht* op deze prestatie.'

In het hoofdstuk over toezeggingen (*De Promissis*) onderscheidt Hugo de Groot drie treden van spreken over toekomstige gebeurtenissen. De eerste trede is het aan de ander meegedeeld voornemen[16] dat tot niets verplicht omdat de mens zijn wil mag wijzigen. De tweede trede is de toezegging, die ook zonder wet verplicht, maar de ander nog geen echt recht verschaft.
Pas bij de derde trede kan van het ontstaan van een persoonlijk recht worden gesproken:[17]

---

14 Asser-Scholten 1974, p. 17.
15 Nieuwenhuis 1999, p. 23.
16 Vertaling uit Nieuwenhuis 1999, p. 23.
17 De Groot (1625) 1939, LIB. II CAP. XI § IV, 1 (vertaling uit Feenstra & Ahsmann 1980, p. 47, m.u.v. de vertaling van het woord *gradus*).

> 'De derde trede is die waar bij een dergelijke vastlegging van de wil nog een teken komt dat men een eigen recht aan de ander wil verlenen. Dit is een volmaakte toezegging en heeft dezelfde werking als de vervreemding van eigendom. Want het is òf de weg tot vervreemding van de zaak òf de vervreemding van een gedeelte van onze vrijheid.'

Niet de wil tot levering, maar de wil een ander een recht op levering te verlenen, die zich door een uiterlijk teken aan een ander heeft geopenbaard. Dat is een volmaakte toezegging, een belofte. Een *teken* dat men de ander een eigen recht *wil* verlenen. De dubbele grondslag tekent zich af. Ook in het Duitse recht wordt door de aanhangers van de zogenaamde *Geltungstheorie* deze *Doppelfunktion* van de rechtshandeling onderkend.[18] De op rechtsgevolgen gerichte wil verwerkelijkt zich door de verklaring. De wilsverklaring is als voltrekkingshandeling tezamen met de in haar belichaamde wil de grondslag van de gewilde rechtsgevolgen. De wilsverklaring is een door de wil gedragen *bestimmender Akt*. Zowel de wil van degene die zich verklaart als de verklaring zelf is van betekenis. De wilsverklaring wordt gedaan omdat men dit heeft gewild. De verklaring is ook *ein Akt zwischenmenslicher, sozialer Kommunikation*. Een uiting die ertoe bestemd is dat zij anderen ter kennis komt. Deze theorie is gebaseerd op de fenomenologische beschouwingen van Reinach.[19] Hij heeft uiteengezet dat handelingen die voortvloeien uit de wil kunnen worden onderscheiden in handelingen, die geheel in het innerlijk kunnen geschieden en waarvoor het naar buiten openbaar maken niet wezenlijk is en handelingen die zich niet uitsluitend innerlijk kunnen voltrekken, maar waarvoor wezenlijk is dat zij bekend worden. Wanneer ik een beslissing neem is deze voltooid zodra ik deze heb genomen. Natuurlijk kan ik deze beslissing door middel van handelingen kenbaar maken of aan anderen mededelen, wanneer ik dat wil. Wezenlijk voor de beslissing is dat echter niet. Een bevel of een verzoek daarentegen kan zich niet alleen innerlijk voltrekken. Het bevel maakt zich bekend. Het is wezenlijk dat het door anderen vernomen wordt; het is *vernehmungsbedürftig*. Deze *vernehmungsbedürftigen Akte* worden door Reinach *soziale Akte* genoemd. Deze handelingen hebben 'eine innere und ein äußere Seite, gleichsam eine Seele und einen Leib'. De buitenzijde is niet iets wat er toevallig bijkomt, maar staat in dienst van de sociale handeling en is noodzakelijk om zijn *kundgebende Funktion* te vervullen.

Ook de belofte is een sociale handeling. Reinach wijst erop dat net als bij alle andere sociale handelingen de wil van degene die belooft hieraan ten grondslag ligt. Maar de belofte is meer dan een uiting van een voornemen of van een wil:[20]

---

18 Larenz/Wolf 2004, § 24, Rn. 29-31.
19 Reinach 1913, p. 37-54.
20 Reinach 1913, p. 50.

> 'Eine Willensäußerung lautet: Ich will. Sie kann sich an jemanden wenden, dann ist sie eine Mitteilung, ein sozialer Akt zwar, aber kein Versprechen. Und auch dadurch wird sie natürlich nicht zum Versprechen, daß sie sich an denjenigen wendet, in dessen Interesse das vorgesetzte Verhalten liegt. Das Versprechen ist weder Wille noch Äußerung des Willens, sondern es ist ein selbständiger spontaner Akt, der, nach außen sich wendend, in äußere Erscheinung tritt. Diese Erscheinungsform mag Versprechenserklärung genannt werden. Eine Willenserklärung ist sie nur mittelbar, insofern dem spontanen Versprechungsakte notwendig ein Wollen zugrunde liegt.'

Het zou volgens Reinach volstrekt onbegrijpelijk zijn waarom de uiting van een wilsvoornemen een verbintenis met zich mee zou brengen. In het wezen van de belofte is gelegen dat zij rechten en verbintenissen voortbrengt.

De Groot, Reinach, Paul Scholten en Nieuwenhuis; hoort Meijers met de 'dubbele grondslag' in dit rijtje thuis? Hij acht wat de rechtshandeling betreft de wilsverklaring meer dan bewijsmiddel van de wil, zij is ook voorwaarde voor het intreden van het rechtsgevolg. In die visie is een erkenning in een proces, dat de tegenpartij, ook al heeft hij door geen enkele gedraging zijn wil te kennen gegeven, ongetwijfeld het rechtsgevolg gewild heeft, voor de rechter onvoldoende om aan de wil het beoogde rechtsgevolg te verbinden. Wil en verklaring zijn beide bestanddeel van de rechtshandeling.[21]

Het beginsel dat een overeenkomst eerst tot stand kan komen indien partijen aan elkaar hebben doen blijken hem een recht te willen verlenen, wordt duidelijk verwoord in de *Principles of European Contract Law*:[22]

> '*Article 2:101: Conditions for the Conclusion of a Contract*
>
> (1) A contract is concluded if:
> (a) the parties intend to be legally bound, and
> (b) they reach a sufficient agreement
> without any further requirement.
> (2) A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses.
>
> *Article 2:102: Intention*
>
> The intention of a party to be legally bound by contract is to be determined from the party's statements or conduct as they were reasonably understood by the other party.'

21 E.M. Meijers 1958, p. 213.
22 Lando & Beale 2000, p. 137-146.

De bedoeling om rechtens gebonden te zijn wordt afgeleid uit de verklaringen en gedragingen van een partij. Het is de echo van de derde trede van Hugo de Groot: de wil om een ander een recht te verlenen, die uit een teken blijkt.

Bij de totstandkoming van de koopovereenkomst van onroerende zaken is het van belang de dubbele grondslag goed in het oog te houden. De wilsverklaring in de zin van artikel 3:33 BW is niet alleen het openbaar maken van de wil, maar tevens een sociale handeling waarmee aan een ander een recht wordt verleend en waarmee men zichzelf bindt. In het kader van de totstandkoming van een koopovereenkomst van een huis is de wilsverklaring van de verkoper de belofte een huis te leveren aan de koper en de wilsverklaring van de koper de belofte hiervoor een koopprijs te betalen. Het gaat erom of de verklaringen van partijen deze beloftes inhouden. Wilden zij hun wederpartij een dergelijk recht verlenen of mocht de wederpartij er redelijkerwijs op vertrouwen dat zo'n recht werd verleend?

2.4 AANBOD EN AANVAARDING: MEER DAN EEN DENKMODEL

Hoe geraken twee onderhandelende partijen tot het punt waarop kan worden gezegd dat zij het erover eens zijn ten opzichte van elkaar rechtens gebonden te zijn? Hoe komt men tot overeenstemmende wilsverklaringen? Artikel 6:217 BW is duidelijk: een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding daarvan. Hijma wijst erop dat dit model niet steeds aan de werkelijkheid beantwoordt, omdat 'het' aanbod en 'de' aanvaarding niet meer eenvoudig aanwijsbaar zijn en in sommige opzichten de ene en in andere opzichten de andere partij de aanbiedersrol hebben vervuld. De begrippen aanbod en aanvaarding moeten volgens Hijma niet te rigide worden opgevat, maar als een denkmodel, waarin tot uitdrukking komt dat een overeenkomst eerst tot stand komt wanneer de contractanten het op essentiële punten met elkaar eens zijn.[23] Dit laatste is waar, want dat is het te bereiken resultaat. Maar het is meer dan een denkmodel. Wanneer het slechts een denkmodel zou zijn, zou dit proces niet zo minutieus in de artikelen 6:217 BW tot en met 6:225 BW zijn geregeld. Veel hangt af van de herroepelijkheid van het aanbod, de termijn waarbinnen moet worden aanvaard en hoe men een van het aanbod afwijkende aanvaarding moet interpreteren.

Ook in de literatuur en in de jurisprudentie lijkt het schema van aanbod en aanvaarding meer dan een denkmodel te zijn geworden. Ik ben het met Hijma eens dat het er in wezen om gaat dat de contractanten het op essentiële punten met elkaar eens zijn geworden. In het licht van de vorige paragraaf zou ik nog een stap verder willen gaan; het gaat er bovendien om dat zij het erover

23 Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 161.

eens zijn ten opzichte van elkaar rechtens gebonden te zijn. Hieraan zal het resultaat van het denken in het model aanbod en aanvaarding moeten worden getoetst. Indien zowel aan het aanbod als aan de aanvaarding de eis zou worden gesteld dat hieruit moet blijken van de wil van degene die deze rechtshandeling verricht om hiermee aan de ander een recht te verlenen, zal in de meeste gevallen dit resultaat via het denkmodel wel worden bereikt. Opvallend is echter dat deze eis, indien men deze al in de literatuur terugvindt, alleen aan het aanbod wordt gesteld. Van een aanbod is eerst sprake als het blijk geeft van de wil van de aanbieder om door een enkele aanvaarding gebonden te raken.[24] Deze eis wordt aan de aanvaarding niet met zoveel woorden gesteld. Aan het aanbod enerzijds en aan de aanvaarding anderzijds wordt verschillend gewicht toegekend voor wat betreft de vraag of de betreffende wilsverklaring ervan blijk geeft de ander een recht te willen verlenen. Dit kan leiden tot onrechtvaardige uitkomsten, waarin te snel wordt aangenomen dat een der partijen, die men de rol van aanvaarder heeft toebedacht zich bedoelde te binden. Vooral bij de koop van onroerende zaken en de grote belangen die hierbij op het spel staan treedt deze onrechtvaardigheid aan de oppervlakte. Twee arresten over de koop en verkoop van een onroerende zaak illustreren welke eisen aan het aanbod en welke eisen aan de aanvaarding worden gesteld. Het eerste arrest, Hofland/Hennis, dat gaat over het aanbod, is een standaardarrest geworden. Het tweede arrest over de aanvaarding, Camping Vredenburg, mag deze status niet verkrijgen.

2.5 HOFLAND/HENNIS; AANBOD EN BINDINGSWIL

In de woninggids voor het Gooi en omstreken van dec./jan. 1975, een uitgave van de Nederlandse Bond van Makelaars in onroerende goederen NBM, staat op pagina 6 de volgende mededeling: 'Bussum, Elizabethgaarde, ƒ 215.000, hoekhuis met garage, schuur, gas c.v., woon-eetkamer, keuken, kelder waarin hobbyruimte, provisiekelder; boven: 3 kamers, badkamer, apart toilet, zolder met kamer'.[25] Hennis leest dit en wendt zich tot zijn makelaar Wolthuis om het huis te bezichtigen. Wolthuis heeft de bezichtiging geregeld door inschakeling van het makelaarskantoor Nienaber, aan wie verkoper Hofland de woning ten verkoop in handen had gegeven. Hennis bezoekt de woning en spreekt met Hofland en diens echtgenote, die Hennis vertellen, dat er meer gegadigden zijn geweest, en dat het tuinvijvertje niet bij de koopprijs was inbegrepen. Hierna is Hennis teruggekeerd naar het makelaarskantoor Wolthuis, alwaar hij Wolthuis het volgende mededeelt: 'het is verkocht voor ƒ 215.000. Ik kan wel gaan bieden, maar het is een mooi huis'. Daarop belt Wolthuis makelaarskantoor Nienaber met de mededeling dat het huis is verkocht. In een later

24 Asser-Hijma 2001 (5-1), nr. 163.
25 HR 10 april 1981, NJ 1981, 532 m.nt. CJHB.

telefoongesprek verzoekt Wolthuis aan Nienaber de personalia van Hennis op te nemen voor de voorlopige koopakte. Hofland is echter van mening dat er nog geen sprake is van een koopovereenkomst. Er zit voor Hennis niets anders op dan in rechte nakoming te vorderen. De rechtbank wijst zijn vordering af met de overweging dat het aanbod van Hofland in de woninggids 'vrijblijvend' is. Dit houdt volgens de rechtbank in dat voor het tot stand komen van een overeenkomst van koop en verkoop met betrekking tot dit onroerend goed niet voldoende is dat de aspirant-koper een bod doet, gelijk aan de vraagprijs, maar dat na ieder bod, ongeacht de inhoud daarvan, eerst nog een acceptatie door of namens de eigenaar moet volgen. Hennis gaat in hoger beroep. Ook het hof gaat ervan uit dat het aanbod tot verkoop van het huis voor een vraagprijs van *ƒ* 215.000 zoals vermeld in de advertentie in de woninggids een vrijblijvend aanbod is. Dit gelet op de aard van de materie waarop het aanbod betrekking heeft (verkoop van onroerend goed) en de wijze van publicatie (in een door makelaars verzorgde verschijnende woninggids). Het hof verbindt aan het vrijblijvende aanbod andere rechtsgevolgen dan de rechtbank en zoekt hiervoor aansluiting bij artikel 6.5.2.2 lid 2 van het op dat moment als wetsvoorstel ingediende Gewijzigd Ontwerp van Wet, houdende vaststelling van Boek 6 van het nieuw BW (het huidige art. 6:219 lid 2 BW). Het hof acht de overeenkomst tot koop en verkoop van het huis tot stand te zijn gekomen door aanvaarding door Hennis van het vrijblijvende aanbod, zoals gepubliceerd in de advertentie, tenzij dat aanbod door of namens Hofland nog onverwijld na de aanvaarding is herroepen. Aangezien het hof niet bewezen acht dat Hofland het aanbod tijdig heeft herroepen, heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en Hofland veroordeeld het huis binnen vier weken na de betekening van 's hofs arrest aan Hennis te leveren, zulks op verbeurte van een dwangsom van *ƒ* 1.000 per dag. Hofland stelt in zijn cassatieberoep dat het hof de advertentie ten onrechte als een vrijblijvend aanbod aanmerkt. De Hoge Raad stelt hem in het gelijk:

> 'Vooropgesteld moet worden dat een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich in beginsel niet ertoe leent door eventuele gegadigden anders te worden opgevat dan als een uitnodiging om in onderhandeling te treden, waarbij niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn. Het antwoord op de vraag, wanneer, als inderdaad onderhandelingen volgen, de koop geacht moet worden tot stand te zijn gekomen en of dit wellicht moet worden aangenomen op grond van het uitblijven van een tijdige reactie op een uiting van de wederpartij dat volgens haar overeenstemming is bereikt, hangt in een zodanig geval niet daarvan af, of de advertentie als een vrijblijvend aanbod mocht worden opgevat.'

Waarom leent een advertentie waarin een individueel bepaalde zaak voor een bepaalde prijs te koop wordt aangeboden, zich er in beginsel niet toe te worden opgevat als een aanbod? Hofland heeft zijn wil tot verkoop van zijn huis voor

een prijs van *f* 215.000 toch duidelijk openbaar gemaakt? Omdat, volgens de Hoge Raad, niet alleen de prijs en eventuele voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn. Dat zou kunnen, maar het hoeft niet. Is niet verdedigbaar dat een gegadigde ervan uit mag gaan dat er een aanbod is, wanneer deze voorwaarden niet in de advertentie voorkomen? Kennelijk niet. De Hoge Raad wil niet van een aanbod weten, omdat voorwaarden en persoon van belang *kunnen* zijn. Met andere woorden: iemand die een dergelijke verklaring aflegt moet worden geacht nog vrij te zijn in de (nadere) bepaling van het recht dat hij wil verlenen en in de keuze aan wie hij dit recht wil verlenen. Een dergelijke advertentie is geen aanbod, omdat niet blijkt van de *the intention to be legally bound*. Dit is de verborgen regel uit het Hofland/Hennis-arrest, die anders dan in artikel 14 CISG en de artikelen 1:101 en 2:201 PECL in het BW en in de jurisprudentie niet expliciet wordt gemaakt.[26] Toch geldt hij wel. Hijma verwijst bij zijn formulering van deze regel naar de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Een aanbod is een eenzijdige rechtshandeling; de vraag of rechtens een aanbod voorligt en wat daarvan de inhoud is wordt derhalve bepaald aan de hand van deze artikelen (wils-vertrouwensleer). Hieruit leidt Hijma af dat essentieel voor het aanbod is, dat uit de verklaring van de aanbieder valt af te leiden dat hij in geval van aanvaarding *zonder meer* aan de aanvaardende partij gebonden wenst te zijn.[27] Hier blijkt het belang om de in artikel 3:33 BW neergelegde dubbele grondslag te blijven herkennen. Uit de verklaringen en gedragingen van een partij moet de bedoeling om rechtens gebonden te zijn blijken.

2.6 CAMPING VREDENBURG; WANNEER IS ER EEN AANVAARDING?

Van Beers c.s. zijn eigenaar van een kampeerterrein in Bergen op Zoom, dat bekend staat onder de naam 'Camping Vredenburg'. Zij willen dit terrein verkopen en onderhandelen hierover met Van Daalen.[28] Nadat Van Daalen al twee keer een bod op de camping heeft uitgebracht, heeft op 1 december 1995 een bespreking plaats ten kantore van Van Beers c.s. Daarbij waren aanwezig Van Beers, zijn adviseur Zantboer en zijn makelaar Dees enerzijds en Van Daalen en diens adviseur Van Lienden anderzijds. Tijdens deze bespreking hebben partijen over de hoogte van de koopprijs, onder (financierings)voorbehoud, overeenstemming bereikt. De koopprijs zal *f* 2.400.000 kosten koper bedragen. Op initiatief van Van Beers is tijdens deze bespreking ook verschenen een medewerker van de ABN-AMRO Bank, Jochems, opdat deze voor de financiering zorg kan dragen. Ter voorbereiding van deze bespreking heeft Van Beers een concept voor een schriftelijke koopovereenkomst opgesteld.

---

26 De Vries 2001, p. 118.
27 Asser-Hijma 2001 (5-1), nr. 163.
28 HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 60.

Onderdeel van dit concept is een boetebeding op grond waarvan de koper aan verkoper een bedrag van *f* 250.000 schuldig zal zijn indien hij om wat voor reden dan ook in verzuim zal geraken met de nakoming van de koopovereenkomst. Kort voor het begin van de bespreking heeft Van Beers een exemplaar van het concept aan Van Daalen overhandigd. Het concept is door partijen niet ondertekend. Nadat Van Daalen een week later door een andere medewerker van de ABN-AMRO Bank, La Grand, is bezocht, heeft hij de besprekingen over de aankoop van de camping beëindigd en Van Beers c.s. daarvan in kennis gesteld. Van Beers c.s. vorderen dat Van Daalen zal worden veroordeeld aan hen een bedrag van *f* 250.000 te voldoen. Primair stellen zij daartoe dat tussen partijen tijdens de bespreking van 1 december 1995 een koopovereenkomst tot stand is gekomen, waarvan een boetebeding onderdeel uitmaakt ten belope van dit bedrag. Subsidiair voeren zij daartoe aan dat, als het in rechte ervoor moet worden gehouden dat deze overeenkomst nog niet is gesloten, de onderhandelingen tussen partijen in elk geval zover zijn gevorderd dat het Van Daalen niet vrijstaat deze zonder meer af te breken, althans niet zonder vergoeding van de daardoor door Van Beers c.s. geleden schade. Doordat hij de onderhandelingen wel heeft afgebroken heeft Van Daalen onrechtmatig gehandeld, aldus Van Beers c.s.

De rechtbank wijst de vordering van Van Beers c.s. toe. In hoger beroep heeft het hof het vonnis vernietigd, op grond van het oordeel dat Van Beers c.s. er niet in zijn geslaagd te bewijzen dat tussen partijen op 1 december 1995 een perfecte koopovereenkomst onder de ontbindende voorwaarde van financiering tot stand is gekomen. Het bewijs van Van Beers berustte op zijn eigen verklaring en de verklaringen van de getuigen Dees en Zantboer. De verklaring van Van Beers als partijgetuige, dat Van Daalen heeft gezegd dat hij met alle punten van de conceptovereenkomst akkoord was, staat volgens het hof op zichzelf en kan derhalve niet tot het bewijs van de gestelde totstandkoming van de overeenkomst bijdragen. Ook de verklaringen van de getuigen Dees en Zantboer dragen volgens het hof niet bij aan het bewijs omdat deze verklaringen over de tussen partijen bereikte overeenstemming berusten op eigen conclusies dienaangaande. Beiden refereren op geen enkele wijze aan uitdrukkelijke of concrete bewoordingen van partijen waarmee deze hun overeenstemmende wil jegens elkaar hebben verklaard. Aan de eigen conclusies van de getuigen Dees en Zantboer kan volgens het hof daarom onvoldoende bewijskracht worden ontleend voor de definitieve wilsovereenstemming tussen partijen. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof op twee gronden. In de eerste plaats heeft het hof miskend dat aan een getuigenverklaring ook betekenis kan worden toegekend voorzover het daarbij gaat om verklaringen omtrent de indrukken bij de getuige ontstaan naar aanleiding van de gebeurtenissen die in zijn verklaring aan de orde komen. De tweede grond hangt samen met de eerste:

> 'Onderdeel 3.2 strekt ten betoge dat het Hof in rov. 4.7 heeft miskend dat Van Daalen het aanbod van Van Beers c.s. ook stilzwijgend kan hebben aanvaard, in het bijzonder door gedragingen die deze aanvaarding impliceren, over welke gedragingen beide getuigen hebben verklaard.
> Het antwoord op de vraag of een overeenkomst is totstandgekomen, is afhankelijk van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten afleiden. Aanbod en aanvaarding hoeven niet uitdrukkelijk plaats te vinden; zij kunnen in elke vorm geschieden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen (zie art. 3:35 in verband met art. 3:33 en art. 3:37 lid 1 BW).'

Deze overweging bevat een op zich correct antwoord op de vraag wanneer een overeenkomst tot stand komt. Een praktische overweging ook, die zich leent voor hergebruik, omdat hij toepasbaar is op alle overeenkomsten: of we het nu hebben over de koop van een bosje bloemen, het sluiten van een vervoersovereenkomst met een trambestuurder van de HTM of de koop van een kampeerterrein van *f* 2.400.000 gekoppeld aan een boeteclausule van *f* 250.000. Het lijkt alsof de woorden van de Hoge Raad zich onttrekken aan de zaak en alles wat we daar inmiddels van weten: een verkoper die veel initiatief naar zich toetrekt, die de financiering voor koper wil regelen en een concept akte opstelt. Een concept dat nota bene niet door partijen wordt ondertekend. Bovendien wordt het door verkoper aangedragen bewijs, dat koper stilzwijgend akkoord zou zijn gegaan, geleverd door getuigen die aan de kant van verkoper staan.

De Hoge Raad casseert met een eenvoudige verwijzing naar de artikelen 3:33, 35 en 37 BW, zonder in te gaan op wat de dubbele grondslag, die van origine in deze artikelen is neergelegd, onder deze omstandigheden zou betekenen. Blijkt uit de verklaringen en gedragingen van de koper de wil om rechtens gebonden te zijn? Mocht de verkoper er redelijkerwijs op vertrouwen dat de koper met zijn stilzwijgen de bedoeling had zich te binden aan een contract met een belang van *f* 2.400.000 en een boetebeding van *f* 250.000 terwijl hij de concept akte, die niet door hem was opgesteld, niet had ondertekend? Dat lijkt toch niet vol te houden?

Zwitser heeft dit gevaar zien aankomen en ervoor gewaarschuwd dat de gewone burger moet worden beschermd tegen 'de' jurist, die op grond van het leerstuk van de vrijwel algemene vormloosheid van overeenkomsten doorschiet en tegen de partijbedoeling in het geschrift slechts als bewijsmiddel ziet en niet als bestaansvoorwaarde.[29] Maar wat is de partijbedoeling in een geval waarin de koper de wil heeft de overeenkomst pas door ondertekening van een schriftelijk stuk tot stand te laten komen en de verkoper daarentegen

29 Zwitser 1988, p. 199-216.

zich op het standpunt stelt dat zijn wil gericht was op het tot stand komen via mondelinge overeenstemming? Zij hebben iets verschillends gewild ten aanzien van de mondelinge overeenstemming. Zwitser neemt als uitgangspunt het Bunde/Erckens-arrest: het gaat erom wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid.[30] In dit verband is van belang dat niet-juristen zich veelal pas gebonden achten aan een overeenkomst die doorgaans op schrift wordt gesteld, wanneer zij het geschrift hebben ondertekend.[31]

Maar hoe moet worden omgegaan met het dogma dat een overeenkomst vormloos tot stand komt? Zwitser wijst erop dat de vrijheid om elke vorm te kiezen voor het doen ontstaan van overeenkomsten de jurist niet blind moeten maken voor de partijbedoeling die de voorwaarde voor iedere keuze is. Hij zoekt de oplossing in het leerstuk van de wilsovereenstemming en met name in het begrip wil. Het probleem wordt veroorzaakt door te veel de nadruk te leggen op het psychologische aspect, de interne besluitvorming van een partij, zijn bewustzijn. Zwitser stelt dat deze historisch-psychologische methode, die de partijbedoeling zo hoog heeft, er juist toe leidt dat die partijbedoeling miskend wordt waar het de vorm van de overeenkomst betreft. De oplossing moet volgens hem niet worden gezocht in de stromingen die de wil van partijen min of meer opzijzetten, zoals de leer van de normatieve uitleg en de leer van de derogerende werking van de goede trouw. De wil van partijen moet niet opzij worden gezet, maar moet beter tot zijn recht komen. Aan het begrip 'wil' moet opnieuw inhoud worden gegeven; volgens de huidige filosofische kennis waarbij zowel het subjectieve als het objectieve element een plaats krijgen. Zwitser doet dit door naast het psychologische aspect ook het sociologische aspect in de menselijke wil te onderkennen. De mens is een *animal sociale*, die al zijn kennis, wensen en gevoelens ontleent aan de maatschappij waarin hij leeft. Met een 'wilsverklaring' slaat een *animal sociale* een reeds gebaand pad in. Subjectiviteit en objectiviteit krijgen hier een passende plaats. Het individu kiest wel zelf, maar hij kiest een gebaand pad. Hij sluit een koopovereenkomst met alles wat daarbij hoort. Aldus komt de nadruk te liggen op het handelingskarakter van de overeenkomst. Het vormaspect van de overeenkomst treedt in deze sociologische benadering van Zwitser weer op de voorgrond. Handelingen hebben, zegt hij, van nature een bepaalde vorm en hierbij past meer of minder ritueel. Bij grotere gebeurtenissen past meer ritueel dan bij kleinere. Dat het aankopen van een huis of een motorrijtuig gepaard gaat met de ondertekening van een geschrift past hierbij

30 HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS; Bunde/Erckens.

31 Zie voor een overzicht van auteurs die de 'burgerlijke' opvatting onderkennen dat een overeenkomst die schriftelijk wordt aangegaan pas bij de ondertekening van de akte perfect wordt: Zwitser 1988, p. 205.

heel goed. Wanneer wij aan een handeling denken in plaats van aan een gedachte, staan wij open voor het ritueel waarmee deze handeling omgeven kan zijn en lopen wij volgens Zwitser minder kans de bedoeling van partijen mis te verstaan dat een koopovereenkomst pas tot stand komt door het tekenen van het bijbehorende geschrift.

Het 'sociologische aspect' van Zwitser, dat door hem op de moderne wetenschap van de sociologie wordt gebaseerd, toont evenwel opvallende gelijkenis met de *Sociale Akte* van Reinach waarop de *Doppelfunktion* van de wilsverklaring is gebaseerd. Deze dubbele grondslag kan, indien men wil, ook in de artikelen 3:33 en 35 BW gelezen worden. De wilsverklaring in de zin van artikel 3:33 BW is meer dan alleen het openbaar maken van de wil. Het is een sociale handeling waarmee aan een ander een recht wordt verleend en waarmee men zichzelf bindt. Hierdoor is het dan ook een rechtshandeling.

Waar Zwitser voor waarschuwde gebeurt in het Camping Vredenburg-arrest: door vormvrijheid centraal te stellen wordt de partijbedoeling miskend. De 'burgerlijke' opvatting dat de koopovereenkomst van een onroerende zaak niet tot stand komt zonder ondertekening van een geschrift had aan de orde moeten komen bij de beantwoording van de ten onrechte niet gestelde vraag of er bij beide partijen sprake was van een bedoeling aan de ander een recht te verlenen. Vooral nu een voorliggend schriftelijk concept niet door partijen is ondertekend. De liberale opvatting van de wilsverklaring als uitsluitend openbaring van de wil in combinatie met het leerstuk van de vormvrijheid ondermijnt in dit arrest datgene wat deze leerstukken willen verdedigen: de autonomie van partijen.

Zou het niet beter zijn om het handelingskarakter van de koopovereenkomst van *alle* onroerende zaken duidelijker in de wet tot uitdrukking te brengen door in de wet een vormvoorschrift op te nemen als nu reeds op grond van artikel 7:2 lid 1 BW geldt bij de koop van een woning door een consument-koper? Bij een juiste interpretatie van de artikelen 3:33 en 35 BW zou dat niet nodig moeten zijn. Bovendien zou een dergelijke uitzondering op het beginsel van vormvrijheid weer andere nadelen met zich kunnen brengen, al was het maar dat een partij die wel heeft toegezegd zich te binden daarna op het gegeven woord kan terugkomen met een beroep op het vormvereiste. Misschien is het goed bij onroerende zaken dit vormvereiste wel te stellen en niet te vertrouwen op de uitleg van de artikelen 3:33 en 35 BW. Daarvoor zijn deze bepalingen door het verlaten van de dogmatische onderbouwing te vaag. Vanwege de grote belangen verbonden aan de koop en verkoop van onroerende zaken is het goed dat een partij ook met het oog op de wet weet: 'tot hiertoe ben ik vrij, daarna ben ik gebonden'.

2.7 De wil: begeerte of bewuste keuze?

Wil en verklaring. In de vorige paragraaf ligt de nadruk op de buitenkant: de verklaring als teken van de wil zich rechtens te binden. Dit neemt niet weg dat er ook een binnenkant is: de wil om zich te binden. Bij de koop van een huis gaat het dan om de wil een bepaald huis te verkopen of te kopen. Speelt de vorming van deze wil een rol bij de vraag hoe de koopovereenkomst tot stand komt? Zou ook hier het stellen van een vormvereiste een goede rol kunnen vervullen?

Men pleegt onroerende zaken niet in een opwelling te kopen of te verkopen. De gevolgen van het gebonden zijn aan een dergelijke overeenkomst zijn immers ingrijpend. Veel ingrijpender dan de gebondenheid aan de koopovereenkomst van een bosje bloemen. Bij de laatste overeenkomst kan enige spontaniteit geen kwaad. Wat weten wij van de wil? Voorzover het gaat om het verrichten van rechtshandelingen gaat het om een op een rechtsgevolg gerichte wil (art. 3:33 BW). Bij de totstandkoming van een obligatoire overeenkomst zal deze wil betrekking moeten hebben op het zich verbinden enerzijds en het verkrijgen van een recht op prestatie anderzijds.[32] Maar het antwoord op de vraag wat wil is, is met het aangeven van het onderwerp waarop zij betrekking moet hebben nog niet gegeven. Van Schilfgaarde neemt als uitgangspunt de geopenbaarde psychische wil, maar er zijn omstandigheden waarin het objectieve recht met voorbijgaan van de psychische wil een verklaring, optreden of gedraging als rechtens bindende wilsuiting duidt.[33] Los van de objectivering die nodig is wanneer wil en verklaring niet overeenstemmen is de psychische wil het uitgangspunt. Is dit het punt waar juristen moeten stoppen, omdat hier het gebied van de psychologie wordt betreden? Of begrijpt iedereen wel wat hier wordt bedoeld?

Hugo de Groot, die het beginsel der vrije wilskeuze vanuit de (moraal)theologie en de filosofie in het recht heeft geïntroduceerd, spreekt van *deliberatus animus*, een weloverwogen wil (lett. ziel). Interessant is hetgeen Hugo de Groot na de uiteenzetting over de drie treden van toezeggingen zegt over de betekenis van de *stipulatio* in het Romeinse recht:[34]

> 'Hiervan kennis genomen hebbende zullen wij zonder moeite de argumenten van Connanus kunnen beantwoorden. Want hetgeen de Romeinse juristen zeggen over de naakte *pacta* heeft betrekking op wat door de Romeinse wetten was ingevoerd, die de stipulatie in het leven hebben geroepen als een vast teken voor een welover-

32 Asser-Hijma 2001 (5-1), nr. 161.
33 P. van Schilfgaarde 1969, p. 2-3.
34 De Groot (1625) 1939, LIB. II CAP. XI § IV, 2 en 3 (vertaling uit Feenstra & Ahsmann 1980, p. 47).

> wogen wil. En niet ontkennen wij dat er soortgelijke wettelijke voorschriften zijn bij andere volkeren (…),
>
> Er kunnen uiteraard volgens het natuurrecht andere tekenen van een weloverwogen wil zijn dan de stipulatie of iets soortsgelijks dat het positieve recht voor het doen ontstaan van een actie eist. Wat echter geschiedt zonder weloverwogen wil, daarvan menen ook wij dat het geen verbindende kracht kan verkrijgen; hetgeen ook Theophrastus in zijn boek over de wetten had aangetekend.'

Het verband met de in de derde trede benadrukte bedoeling om een eigen recht aan een ander te verschaffen volgt hier direct op:

> 'Integendeel, zelfs wat weloverwogen geschiedt maar niet met de bedoeling om een eigen recht aan de ander te verschaffen, daarvan ontkennen wij dat er naar het natuurrecht een recht om te eisen aan wie dan ook gegeven wordt, hoewel wij erkennen dat hier niet alleen een soort fatsoensplicht maar ook een soort morele noodzaak ontstaat (…)'

Aannemelijk is dat deze 'weloverwogen wil' verwant is aan hetgeen Aristoteles *prohairesis* noemt. De bewuste keuze, die aan het *handelen* vooraf gaat en die niet moet worden geïdentificeerd met begeerte, drift, wens of een bepaalde mening. Redeloze mensen hebben immers wel begeerten en driften maar niet het vermogen keuzes te maken.[35] Een keuze impliceert een proces van afwegen en redeneren.[36] Voor het maken van deze keuze is beraad vereist.

Aan de rechts*handeling* behoort geen begeerte of wens ten grondslag te liggen, maar een bewuste keuze, waarover is nagedacht. Het spreekt voor zich dat dit aspect van groter belang is wanneer de gevolgen van de rechtshandeling gewichtiger zijn. De koop van een reep chocolade vereist minder overweging dan de koop van een huis. Om partijen tegen onberadenheid en overijling te beschermen is in veel landen met betrekking tot de koopovereenkomst van onroerende zaken een vormvoorschrift opgenomen. Artikel 1350 van het Italiaanse Codice Civile schrijft om deze reden voor dat contracten die de eigendomsoverdracht van onroerende goederen bewerkstelligen bij openbare of onderhandse akte moet geschieden.[37] In Duitsland heeft § 311b BGB deze waarschuwingsfunctie: overeenkomsten waarin men zich verplicht de eigendom van *Grundstücke* over te dragen of te verwerven moeten in een notariële akte worden neergelegd.[38] Wanneer zoals in Italië ten minste een onderhandse akte wordt voorgeschreven, worden partijen hierdoor meer bewust gemaakt van het gewicht van de rechtshandeling die zij verrichten. Wanneer, zoals in

35 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, 1111b10-13.
36 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, 1112a15-16.
37 Hierbij moet bedacht worden dat naar Italiaans recht de eigendom tussen partijen overgaat bij de koopovereenkomst.
38 Esser/Weyers 1998, p. 12.

Duitsland, zelfs een notariële akte is vereist, zullen partijen in hun overwegingen ook de *rechtlich sachkundige Beratung* van de notaris betrekken. Op deze wijze wordt zo goed als mogelijk is verzekerd dat de wil die aan de rechtshandeling ten grondslag ligt op een goede wijze tot stand is gekomen.

2.8 CONCLUSIE

Maakt het voor de totstandkoming van de overeenkomst uit of men een bosje bloemen koopt of een huis? In beginsel niet. In beide gevallen moeten partijen het erover eens zijn dat de ene partij zich heeft verbonden een bepaalde zaak te leveren en de ander om een bepaalde prijs te betalen. De koopovereenkomst van onroerende zaken is onderhevig aan dezelfde vragen rond wil, verklaring en vertrouwen als andere overeenkomsten. Het Hofland/Hennis-arrest en het Camping Vredenburg-arrest illustreren dat de dogmatische keuzes die hierin worden gemaakt belangrijke gevolgen hebben. Het is alsof het belang van de koopovereenkomst van een onroerende zaak de begrippen wil en verklaring uit de artikelen 3:33 en 35 BW onder een vergrootglas legt.

De vervreemdende overweging uit het Camping Vredenburg-arrest illustreert dat men in artikel 3:33 BW de dubbele grondslag van de rechtshandeling moet blijven herkennen. De wilsverklaring is meer dan een openbaar maken van de wil, het is een sociale handeling waarmee aan een ander een recht wordt verleend en waarmee men zichzelf bindt. Bij de totstandkoming van een koopovereenkomst gaat het erom dat partijen het erover eens zijn ten opzichte van elkaar rechtens gebonden te zijn. Hieraan zal het resultaat van het denken in het model aanbod en aanvaarding moeten worden getoetst. In de literatuur wordt de eis dat moet blijken van de wil van degene die deze rechtshandeling verricht om hiermee aan de ander een recht te verlenen alleen aan het aanbod gesteld. Of degene die men de rol van aanvaarder heeft toebedacht zich met zijn verklaring bedoelde te binden en of dientengevolge deze verklaring als een aanvaarding kan worden gekenschetst, wordt niet met zoveel woorden getoetst. De autonomie van beide partijen vereist echter dat deze eis zowel aan het aanbod als aan de aanvaarding moet worden gesteld.

Wanneer wordt onderkend dat een rechtshandeling een sociale handeling is, ligt voor de hand dat deze een bepaalde vorm heeft. Nu is het in beginsel aan partijen deze vorm zelf te kiezen. Vormvrijheid is het uitgangspunt. Toch is het in het algemeen zo dat bij grotere gebeurtenissen meer ritueel past dan bij kleinere. De 'gewone burger' ziet de ondertekening van het geschrift bij belangrijke contracten dan ook vaak als bestaansvoorwaarde en niet alleen als bewijsmiddel. Bij de beantwoording van de vraag of een koopovereenkomst van een onroerende zaak tot stand is gekomen moet bij de toepassing van de artikelen 3:33 en 35 BW met deze 'burgerlijke' opvatting rekening worden

gehouden. De bedoeling van partijen mag niet worden miskend met een beroep op het leerstuk van de vrijwel algemene vormloosheid van overeenkomsten.

Het handelingskarakter van de koopovereenkomst van onroerende zaken zou duidelijker tot uitdrukking kunnen worden gebracht door in de wet voor *alle* koopovereenkomsten van onroerende zaken een vormvoorschrift op te nemen zoals nu reeds geldt voor de koop van een woning door een consument-koper (art. 7:2 BW).[39] Hierbij kan worden aangesloten bij de opvatting dat bij het afsluiten van een belangrijk contract op zijn minst de ondertekening van een geschrift hoort. Het verlaten van het beginsel der vormvrijheid lijkt op het eerste gezicht in strijd met de autonomie van partijen. Maar dat is slechts schijn. Het verbinden van een vorm aan een rechtshandeling van groot gewicht staat ook in dienst van deze autonomie, wanneer dit vormvereiste past bij de te verrichten rechtshandeling. Zolang nog niet aan het vormvereiste is voldaan weet een partij dat hij en de ander nog niet zijn gebonden. Maar met de ondertekening van het geschrift is de rechtshandeling geschied en is men gebonden.

Aan een rechtshandeling ligt een 'wil' ten grondslag. Deze wil moet niet gelijkgesteld worden met begeerte of wens, maar met het resultaat van overweging en beraad. Een *deliberatus animus*. Aan de rechts*handeling* behoort een bewuste keuze ten grondslag te liggen. Dit aspect is van groter belang wanneer de gevolgen van de rechtshandeling gewichtiger zijn. Een voor de totstandkoming van een overeenkomst vereist vormvoorschrift kan partijen tegen onberadenheid en overijling beschermen. Partijen worden door het ondertekenen van een geschrift meer bewust gemaakt van het gewicht van de rechtshandeling die zij verrichten. Wanneer zelfs notariële bijstand wordt voorgeschreven, zal ook de notaris een rol vervullen bij het op goede wijze tot stand komen van de wil die aan de rechtshandeling ten grondslag ligt.

Vormvoorschriften spelen een rol bij zowel de buitenkant als de binnenkant van de rechtshandeling. Zij verlenen enerzijds een vorm aan de sociale handeling die de rechtshandeling is en markeren hierdoor het moment waarop partijen gebonden zijn en dus ook tot welk moment zij vrij zijn. Anderzijds scheppen vormvoorschriften voor partijen een mogelijkheid zich te beraden, opdat hun wil weloverwogen tot stand komt. Wij raken hier een paradox. Hoewel vormvoorschriften inbreuk lijken te maken op de contractvrijheid van partijen kunnen zij de autonomie van partijen bewaken. Deze functie kunnen

39 Dit heeft als belangrijk bijkomend voordeel dat een einde wordt gemaakt aan de afgrenzingsproblemen die ontstaan door de vragen wat moet worden beschouwd als een tot bewoning bestemde onroerende zaak en wie al dan niet als consument-koper kan worden beschouwd. (Zie hierover Van Velten 2006, p. 131-133) Daarnaast lijkt het onjuist dat de vraag of een vormvoorschrift van toepassing is afhankelijk is van dergelijke vage criteria.

zij uitsluitend hebben indien zij worden voorgeschreven bij overeenkomsten die in het maatschappelijk verkeer van voldoende belang zijn, zoals bij de koop van onroerende zaken.

3 Het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW

3.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat centraal het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW, dat wordt gesteld voor de koop van een woning door een consument.[1] Vele vragen dienen zich aan. Welke gevolgen heeft het niet in acht nemen van het nieuwe vormvereiste? Welk lot treft de niet in het schriftelijke contract opgenomen bedingen? Wanneer partijen eenmaal een akte hebben ondertekend, maar bepaalde mondeling gemaakte afspraken hierin niet hebben opgenomen, zijn deze bedingen dan nietig of geldig? En wanneer er zonder inachtneming van het vormvoorschrift geen sprake kan zijn van contractuele gebondenheid, is er dan misschien sprake van precontractuele gebondenheid indien tussen partijen al een mondelinge wilsovereenstemming bestaat?

Het antwoord op deze vragen zal afhankelijk zijn van de aard en van de strekking van het nieuwe vormvoorschrift. Wat is eigenlijk een vormvoorschrift; wat is de aard daarvan? Welke zijn de redenen dat de koopovereenkomst schriftelijk moet worden aangegaan? In dit hoofdstuk zal eerst de inhoud van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW worden behandeld. Welke vorm wordt nu precies geëist? Vervolgens zal de aard van een vormvoorschrift in zijn algemeenheid aan de orde komen. Daarna zal worden ingegaan op de mogelijke strekking van een vormvoorschrift in zijn algemeenheid en dat van artikel 7:2 BW in het bijzonder.[2] Aan het einde van dit hoofdstuk zal aandacht worden besteed aan een moderne wijze van totstandkoming van de overeenkomst: de koop via e-mail.

Naar Duits recht geldt een verderstrekkend vormvoorschrift dan dat van artikel 7:2 BW. Een onderhandse akte is niet voldoende, aangezien § 311b Absatz 1 Satz 1 BGB een notariële akte eist:

> 'Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung.'

---

1 De term 'consument' wordt in dit boek gehanteerd voor een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en is dus niet beperkt tot de koper van een *roerende* zaak als bedoeld in art. 7:5 lid 1 BW.

2 Op deze vragen ben ik eerder kort ingegaan in Breedveld-de Voogd 2003b, p. 114-119.

Dit vormvoorschrift geldt voor alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken en ziet dus niet alleen op de koop van woningen. Ook is het niet beperkt tot de koop door een consument-koper. Het niet in acht nemen van dit vormvoorschrift leidt tot nietigheid van de overeenkomst op grond van § 125 Satz 1 BGB.[3] Bij de Duitse literatuur en jurisprudentie kan daarom niet alleen te rade worden gegaan met betrekking tot vragen rond aard en strekking van vormvoorschrift, maar ook met betrekking tot de vraag op welke wijze eventuele onrechtvaardige consequenties van deze nietigheid kunnen worden weggenomen.

3.2 De inhoud van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW

Wat houdt het vormvoorschrift in? Voor de duidelijkheid volgt hier de tekst van de eerste twee leden van artikel 7:2 BW:

> '1. De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.
> 2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.'

De tekst van lid 1, waarin uitsluitend de eis wordt gesteld dat de koopovereenkomst 'schriftelijk' wordt aangegaan lijkt ruimte te laten voor de interpretatie dat voor de geldigheid van de koopovereenkomst niet nodig is dat deze in één onderhandse akte wordt neergelegd. Zo zou een door partijen ondertekende briefwisseling waarin over en weer een aantal kernpunten van overeenstemming wordt vastgelegd kunnen volstaan. Dit is volgens de minister niet de bedoeling. Het schriftelijkheidsvereiste van lid 1 staat volgens zijn uitleg gelijk aan de onderhandse akte in lid 2. Een briefwisseling voldoet niet aan laatstgenoemd vereiste. Ofschoon de parlementaire geschiedenis van artikel 3:89 BW in een andere richting wijst[4] moet op grond van tekst en strekking van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW worden aangenomen dat daaraan niet

3 Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 64.
4 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 379 (MvA II).

is voldaan in het geval van twee op elkaar aansluitende akten.[5] Een andere uitleg zou volgens de minister leiden tot onwenselijke complicaties bij de toepassing van artikel 7:2 BW, op grond van welke bepaling de bedenktijd immers pas begint te lopen nadat aan de koper (een afschrift van) de tussen partijen opgemaakte koopakte ter hand is gesteld.[6] Er kan derhalve vanuit worden gegaan dat het schriftelijkheidsvereiste inhoudt dat de koopovereenkomst in een tussen partijen opgemaakte akte moet worden neergelegd.

3.3 De aard van het vormvoorschrift

3.3.1 Opschortende voorwaarde of constitutief element?

Wat betekent het dat voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling in de wet een bepaalde vorm wordt voorgeschreven?[7] Wordt aan de verrichte rechtshandeling een (opschortende) voorwaarde toegevoegd, die tot gevolg heeft dat indien hieraan niet is voldaan de verrichte rechtshandeling (nog) niet geldig is of heeft het vormvoorschrift betekenis voor de wijze waarop de rechtshandeling zelf wordt verricht? Is de vorm *Wirksamkeitsbedingung* of *ein konstitutives Element des Rechtsgeschäfts*?[8]

In het vorige hoofdstuk stond de wilsverklaring die de rechtshandeling constitueert centraal. Deze verklaring kan in vele vormen geschieden: een hoofdknik, het opsteken van een hand, het spreken van (bepaalde) woorden al dan niet tegenover een openbaar ambtenaar, het ondertekenen van een verklaring en het opmaken van een notariële akte. Hoofdregel van ons contractenrecht is dat de verklaringen die de wilsovereenstemming constitueren in iedere vorm kunnen plaatshebben (art. 3:37 BW). Partijen kunnen van deze regel afwijken door overeen te komen dat de door hen beoogde overeenkomst in een bepaalde vorm tot stand kan komen. Dit hoofdstuk gaat niet over deze overeengekomen vorm, maar over de door de wet voorgeschreven vorm voor bepaalde rechtshandelingen. De wetgever heeft voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen in afwijking van de hoofdregel van artikel 3:37 BW een bepaalde vorm voorgeschreven. Een huwelijk komt tot stand doordat de aanstaande echtgenoten ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand en in tegenwoordigheid van getuigen verklaren, dat zij getrouw alle plichten zullen vervullen,

---

5 Zie voor een toepassing van deze regel: Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937, *Notamail* 2006, 159.

6 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 38a, p. 5-6 (Nadere MvA).

7 Partijen kunnen overeenkomen dat bepaalde tussen hen te verrichten rechtshandelingen die wettelijk vormvrij zijn aan een bepaalde vorm worden gebonden. Hierover gaat dit hoofdstuk in beginsel niet. Hieruit mag evenwel niet a contrario worden afgeleid dat de getrokken conclusies niet voor contractueel overeengekomen vormvereisten zouden gelden.

8 Larenz 1987, p. 147.

die door de wet aan de huwelijkse staat worden verbonden (art. 1:67 lid 1 BW). Huwelijkse voorwaarden moeten bij notariële akte worden aangegaan (art. 1:115 lid 1 BW). Een testament wordt opgemaakt bij notariële akte of bij een aan een notaris in bewaring gegeven onderhandse akte (art. 4:94 BW). Een registergoed wordt geleverd bij notariële akte gevolgd door inschrijving in de openbare registers (art. 3:89 lid 1 BW). Het oprichten van een besloten vennootschap geschiedt bij notariële akte, waarop een verklaring van geen bezwaar van de Minister van Justitie is verkregen (art. 2:4 lid 1 en art. 2:175 lid 2 BW). Een vordering levert men door middel van een daartoe bestemde akte (art. 3:94 lid 1 BW). Een timeshare-overeenkomst wordt schriftelijk aangegaan (art. 7:48b lid 1). Een huurkoopovereenkomst wordt aangegaan bij authentieke of onderhandse akte (art. 7A:1576i BW). In een arbeidsovereenkomst moeten boetebeding, proeftijdbeding en concurrentiebeding schriftelijk worden aangegaan (art. 7:650 lid 2 BW, art. 7:652 lid 2 BW en art. 7:653 lid 1 BW). Het beginsel der vormvrijheid kent derhalve vele uitzonderingen. Voordat op de aard en strekking van deze vormvereisten wordt ingegaan, moet eerst een categorie vormvoorschriften worden uitgezonderd. Het betreft de gevallen waarin de wet een geschrift voorschrijft met betrekking tot het bewijs.

3.3.2 Solemnitatis causa en probationis causa

In de literatuur wordt van oudsher een onderscheid gemaakt tussen vormvereisten die worden voorgeschreven voor de geldigheid van de rechtshandeling en vormvoorschriften die slechts zien op de vraag op welke wijze een gesloten rechtshandeling kan worden bewezen. Van de eerste categorie wordt gezegd dat deze *solemnitatis causa* of *securitatis causa* wordt voorgeschreven.[9] Bij de tweede categorie spreekt men van voorschriften die *probationis causa* worden gegeven.[10]

Is er geen derde categorie? Is het niet denkbaar dat er vormvoorschriften zijn die geen betrekking hebben op het bewijs van een rechtshandeling, maar ook geen gevolgen hebben voor de geldigheid van een rechtshandeling? In Asser-Hartkamp wordt opgemerkt dat denkbaar is dat een akte vereist is teneinde de rechtshandeling tegen derden te kunnen inroepen; teneinde een gemakkelijke overdraagbaarheid tegen derden van het in de akte belichaamde recht in het leven te roepen (order- en toonderpapieren); teneinde een executoriale titel te scheppen (de authentieke akte, art. 430 Rv.); teneinde een bewijsvermoeden te ontzenuwen (art. 7:176 BW m.b.t. misbruik van omstandigheden bij schen-

9 Van Brakel 1948, p. 448 (§ 358 en § 359).

10 Asser-Hartkamp 2001 (4-II), nr. 59 en nr. 218. (In de in 2005 verschenen druk zijn de termen *solemnitatis causa* en *securitatis causa* niet meer in de tekst opgenomen, alleen de term *probationes causa* vindt men nog terug).

king) et cetera.[11] Maar ook van deze voorbeelden kan men zeggen dat ze of in de eerste categorie vallen, omdat men met het in acht nemen van de vorm een bepaald rechtsgevolg bewerkstelligt, dat men niet kan bereiken zonder deze vorm in acht te nemen (inroepbaarheid jegens derden,[12] order en toonderpapier en executoriale titel) of dat het gaat om een bewijsvoorschrift. Eigenlijk spreekt dit voor zich. Waarom zouden in de wet vormvereisten – niet zijnde bewijsvoorschriften – worden opgenomen die, wanneer ze niet in acht worden genomen, geen consequenties hebben voor het beoogde rechtsgevolg? Indien deze voorschriften bestaan, kun je niet meer spreken van vormvereisten. Een vormvereiste heeft naar zijn aard gevolgen voor de geldigheid van de rechtshandeling.[13] De vraag is soms welke rechtshandeling. De overeenkomst neergelegd in een onderhandse akte waarbij meneer A geld uitleent aan meneer B is een geldige geldleenovereenkomst, maar levert geen geldige executoriale titel op. Had A dit rechtsgevolg ook willen doen intreden dan had de overeenkomst in een notariële akte moeten worden opgenomen. Bij de uitleg van wettelijke vormvereisten komt het steeds aan op de vraag welk beoogd rechtsgevolg gevaar loopt bij niet in achtneming daarvan: de gehele rechtshandeling of bepaalde aspecten daarvan zoals bijvoorbeeld de overdraagbaarheid aan derden.

Het onderscheid tussen vormvereisten die *solemnitatis causa* en vormvereisten die *probationis causa* zijn voorgeschreven acht ik nog steeds bruikbaar in die zin dat het óf gaat om de geldigheid van de rechtshandeling óf om het bewijs daarvan. Of kan men in de moderne wetgeving bepalingen vinden van vormvereisten voor rechtshandelingen, die geen consequenties hebben voor de geldigheid van de beoogde rechtshandeling, maar ook niet slechts zijn geschreven met het oog op het bewijs? Is artikel 7:48b BW niet een voorbeeld van een vormvereiste dat geen consequenties heeft voor de geldigheid van de overeenkomst? Dit artikel bepaalt dat de timeshare-overeenkomst schriftelijk moet worden aangegaan. De ratio van deze bepaling is dat verzekerd moet zijn dat de bedenktijd niet eerder gaat lopen dan vanaf het tijdstip dat de koper de beschikking heeft over de koopakte met daarin voldoende gegevens om tot een afgewogen oordeel te komen.[14] Met het oog hierop zou kunnen worden verdedigd dat het enige gevolg zou behoeven te zijn dat de bedenktijd niet gaat lopen zolang niet is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Dit zou

11 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 218.

12 Met inroepbaarheid jegens derden zou overigens ook bewijs jegens derden kunnen zijn bedoeld.

13 Vgl. Flume 1997, p. 276, die opmerkt dat de nietigheid een noodzakelijke gevolg van het vormvoorschrift is. Trekt men deze consequentie niet dan zouden vormvoorschriften *'leges imperfectae'* zijn met enkel betekenis als aanbeveling. Hij vervolgt: 'eine "Soll"-Vorschrift ist nur sinnvoll, wenn sie sich an Amtspersonen wendet. Eine "Soll"-Vorschrift für privatautonomes Handeln ist dagegen ohne Sinn.'

14 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 449, nr. 3, p. 7 (MvT).

echter betekenen dat de vormvrije overeenkomst geldig is en dat zowel de verkoper als de koper hiervan nakoming kan vorderen. Ontbinding door de koper is echter niet mogelijk, omdat de bedenktijd nog niet is gaan lopen (art. 7:48c lid 1 BW). De bescherming van de koper zou dus illusoir zijn zonder een nietigheidssanctie in de ruime betekenis van het woord. Om die reden moet men aannemen dat de niet schriftelijk aangegane overeenkomst nietig of vernietigbaar is.

Men zou hiertegen in kunnen brengen dat de werking van het schriftelijkheidsvereiste een heel andere is, namelijk dat zolang de overeenkomst niet op schrift is gesteld en zolang deze niet aan de koper ter hand is gesteld de bedenktijd in ieder geval niet eindigt en de overeenkomst ook gedurende deze periode door de koper kan worden ontbonden. Een dergelijke constructie zou mogelijk zijn geweest. Het was dan echter niet nodig geweest in de wet te bepalen dat de koop schriftelijk wordt aangegaan (art. 7:48b lid 1 BW). Bovendien had dan ook artikel 7:48c lid 1 BW anders moeten worden geredigeerd, want in dat geval moet het recht de overeenkomst te ontbinden al worden toegekend bij de mondelinge overeenstemming en niet 'gedurende tien dagen na de terhandstelling van de akte'. Bovendien zou een dergelijk systeem niet passen bij de gegeven ratio. De bedenktijd is gekoppeld aan het tijdstip dat de koper de beschikking heeft over de koopakte met daarin voldoende gegevens om tot een afgewogen oordeel te komen. Hier kan nog aan worden toegevoegd dat op grond van artikel 7:48b lid 1 BW de koopakte de bij algemene maatregel van bestuur bepaalde gegevens moet bevatten. Het schriftelijkheidsvereiste en de aanvang van de bedenktijd zijn in artikel 7:2 BW op vergelijkbare wijze geformuleerd.[15] Eerst bepaalt artikel 7:2 lid 1 BW dat de koopovereenkomst schriftelijk moet worden aangegaan. Vervolgens wordt in lid 2 de aanvang van de bedenktijd afhankelijk gesteld van de terhandstelling van de akte. Het lijkt mij daarom in strijd met de wet aan te nemen dat de bedenktijd reeds aanvangt bij de onderlinge overeenstemming.[16]

Het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:48b lid 1 en artikel 7:2 lid 1 BW kan om bovenvermelde redenen niet worden opgevat als slechts 'een peildatum' voor de aanvang van de bedenktijd.[17] Ook dit 'moderne' vormvereiste is een vereiste dat *solemnitatis causa* is voorgeschreven, omdat het niet in acht nemen ervan gevolgen heeft voor de geldigheid van de overeenkomst. De vraag of

15 Uit de Memorie van Toelichting bij art. 7:48b BW blijkt dat de voorschriften betreffende het vormvereiste en de terhandstelling van de akte zijn ontleend aan wetsvoorstel 23 095 betreffende Koop van onroerende zaken (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 449, nr. 3, p. 6-7).

16 Ook Bartels en Sander nemen aan dat tussen het tijdstip van het mondelinge akkoord en de schriftelijke vastlegging daarvan nog geen contract is totstandgekomen (Bartels & Sander 1998, p. 84 noot 17).

17 Een mogelijkheid die wordt gesuggereerd door Hesselink & Van Kooten 1996, p. 72.

hier nietigheid of vernietigbaarheid op zijn plaats is komt in paragraaf 3.5 aan de orde.

Als synoniemen van *solemnitatis caus*a komt men ook wel de termen *securitatis causa* of *ad substantium* tegen.[18] Het eerste betekent 'vanwege de plechtigheid', het tweede 'vanwege de zekerheid' en het derde 'met het oog op het bestaan'. Aangezien het in deze categorie gaat om de geldigheid van de rechtshandelingen, zou mijn voorkeur uitgaan naar *ad substantium*. Omdat de term *solemnitatis causa* meer wordt gebruikt blijf ik deze in het navolgende hanteren. Wanneer in dit hoofdstuk wordt gesproken over vormvereisten doel ik op vormvereisten die *solemnitatis causa* zijn voorgeschreven. De vormvereisten die *probationis causa* worden voorgeschreven blijven buiten beschouwing.

3.3.3 Geen vorm, geen rechtshandeling?

Wat betekent het dat voor een bepaalde rechtshandeling een vorm is voorgeschreven? Laten we de vraag andersom stellen. Is er nog sprake van een rechtshandeling als de voorgeschreven vorm niet in acht wordt genomen? Een rechtshandeling die met nietigheid wordt bedreigd, maar niettemin een rechtshandeling. Of is er helemaal geen rechtshandeling, ook geen nietige? Wij betreden hier het netelige gebied van het onderscheid tussen non-existentie en nietigheid. De verleiding is groot dit gebied links te laten liggen met de dooddoener dat deze keuze niet ter zake doet, omdat in beide gevallen de beoogde rechtsgevolgen niet intreden. Toch valt aan het onderscheid tussen non-existentie en nietigheid juist bij vormvoorschriften niet te ontkomen. Het is van belang voor de vraag in welk kader het handelen van partijen moet worden beoordeeld indien niet is voldaan aan het vormvoorschrift. Bevinden we ons dan in contractuele of buitencontractuele ruimte? En welke rol speelt de ratio van het vormvoorschrift bij de vraag of er al dan niet een rechtshandeling tot stand is gekomen?

Hijma benadrukt dat het aannemen van non-existentie tot andere resultaten leidt dan nietigheid:[19]

> 'Een nietige rechtshandeling is en blijft een rechtshandeling. Zij heeft "verminderd rechtsgevolg"; waarin die vermindering precies bestaat, dient van geval tot geval te worden beslist. Een nonexistente rechtshandeling wordt daarentegen volledig (in haar hoedanigheid van rechtshandeling) "weggedacht". Dat nu is een zienswijze die geen nuancering toelaat: niets blijft niets, hoe men het ook wendt of keert.'

---

18 Zie voor *solemnitatis causa* en *securitatis causa* Asser-Hartkamp 2001 (4-II), nr. 59 en voor *ad substantium Compendio di Diritto Civile* 2001, p. 126.

19 Hijma 1988, p. 118-119.

Hijma neemt het onderscheid tussen nietigheid en non-existentie serieus, maar verwerpt de non-existentie, die aan de daad op voorhand elke werking-als-rechtshandeling ontzegt op grond van de principiële redenering dat in het recht bepaalde gegevens niet bij voorbaat kunnen of moeten worden weggewerkt. Het gegeven dat volgens Hijma hier niet moet worden weggewerkt is de 'beschikkingsdaad'. Hij schrijft hierover:[20]

> 'Als een beschikkingsdaad is gesteld, blijft de aard van deze gedraging een gegeven als alle andere, waaraan – gelijk aan ieder feit – al dan niet het intreden van rechtsgevolgen kan worden verbonden. De leer der nonexistentie, die aan de daad op voorhand elke werking-als-rechtshandeling ontzegt, dient op deze principiële grond over de gehele linie worden verworpen. Ligt een beschikkingsdaad – een rechtshandeling – voor, dan kan nimmer bij voorbaat, doch slechts langs de weg van een juridische afweging tot de conclusie worden geraakt dat zij "haar" rechtsgevolg (geheel of ten dele) ontbeert.'

Hierin schuilt een cirkelredenering. De leer der non-existentie draait nu juist om de vraag óf iets wel een rechtshandeling of – zoals gedefinieerd door Hijma – een beschikkingsdaad is. Want is het dat niet, dan heeft het niet de rechtsgevolgen van een rechtshandeling. Dit nu wordt door Hijma onderkend, omdat hij tenslotte opmerkt:[21]

> 'De werking-als-rechtshandeling komt vanzelfsprekend aan haar grens, waar niet langer van een rechtshandeling kan worden gesproken. Maar daar gaat het hier niet om. Zeker zijn er talloze handelingen die niet als rechtshandelingen zijn te betitelen omdat zij het in hoofdstuk II geschetste beschikkingskarakter missen.'

Hijma kent het gebied van de non-existentie dus eigenlijk wel. Het ligt voorbij de grens 'waar niet langer van een rechtshandeling kan worden gesproken'. Hij omschrijft de rechtshandeling als 'een menselijke handeling die naar haar aard tot rechtsdoorvoering is geëigend'. In de woorden 'naar zijn aard' ligt volgens Hijma besloten dat het moet gaan om een 'beschikkingshandeling': een werkelijke keuze-uiting die voor het recht van voldoende importantie is.[22]

Het eigene aan vormvoorschriften is nu juist dat zij zich richten op de wijze waarop deze 'beschikkingshandelingen' plaats moeten hebben. Een huwelijksaanzoek heeft voor het recht als rechtshandeling geen gevolgen, ook niet als het met 'ja' wordt beantwoord. Een huwelijk voltrokken tegenover een geestelijke of notaris is naar Nederlands recht geen huwelijk.[23] Alleen door het door beide echtelieden tegenover de ambtenaar van de burgerlijke stand uitspreken

---

20 Hijma 1988, p. 119.
21 Hijma 1988, p. 119-120.
22 Hijma 1988, p. 49.
23 HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 74 en HR 16 oktober 1992, *NJ* 1992, 790.

van het jawoord wordt een huwelijk gesloten. Heeft het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW hetzelfde karakter? Of moeten we een onderscheid maken tussen absolute vormvoorschriften en voorschriften die slechts zijn geschreven met het oog op een bepaald doel?

3.3.4 De formaliteitsvisie: een onderscheid tussen absolute vormvoorschriften en additieve vormvoorschriften

Flume beschrijft dat aan het begin van de rechtsontwikkeling vorm en rechtshandeling samenvielen. De vorm was *Wirkform*.[24] De rechtshandeling bestond slechts door de vorm en was in die zin *ein Absolutum*. Zo vallen de vormen van het vroeg-Romeinse privaatrecht samen met de rechtshandeling zelf.[25] Met de erkenning dat ook rechtshandelingen kunnen bestaan die niet op een bepaalde formele wijze totstandkomen is de vorm geen *absolutum* meer. Een vorm wordt dan tot een middel in dienst van verschillende doelen. Zo dient zij, aldus nog steeds volgens Flume, voor alles het bewijs en in zijn algemeenheid de *Klarstellung und Sicherung* van de rechtshandeling, de bescherming tegen ondoordacht handelen et cetera. De vorm als middel wordt niet meer door de handeling bepaald, maar door het met de vorm nagestreefde doel. Over de plaats die de vorm inneemt bij de totstandkoming van de rechtshandeling schrijft Flume:[26]

> 'Im allgemeinen ist nach modernem Denken die Form in den Fällen der Formbedürftigkeit nur ein Attribut des gegenüber der Form selbständig gedachten Rechtsgeschäfts. Ein Grundstückskaufvertrag z.B., der entgegen § 313 nicht gerichtlich oder notariell beurkundet ist, wird dennoch als Kaufvertrag angesehen, er ist nur wegen Mangels der Form nichtig.'

Toch kennen we ook nu nog, volgens Flume, de vorm als *absolutum*. Als voorbeelden geeft hij: de wissel, de cheque en de huwelijkssluiting. Hij acht het onderscheid tussen vorm als *absolutum* en vorm als attribuut van de rechtshandeling van principiële aard. Hij vervolgt:[27]

> 'Die Form als Absolutum verträgt keine Einschränkungen, die an irgendwelchen Gesichtpunkten orientiert wären. Denn sonst wäre die Form kein Absolutum mehr. Die Form als Absolutum kann nur geändert oder ganz preisgegeben werden. Ist die Form dagegen mediatisiert, wird die Formbedürftigkeit als Mittel im Dienste bestimmter Zwecke gedacht, so erhebt sich die Frage, ob die in Hinsicht bestimmte

24 Flume 1979, p. 244-245.
25 Kaser-Wubbe 1971, p. 41.
26 Flume 1979, p. 245.
27 Flume 1979, p. 245.

> Zwecke bestehende Formbedürftigkeit nicht um andere Zwecke eingeschränkt werden müsse.'

Bij de zogenaamde *absolute* vorm is de vorm *Tatbestand der Willenserklärung*. Wilsverklaring en vorm vormen hier een niet te scheiden eenheid. Wanneer niet van een absolute vorm kan worden gesproken dan is de vorm slechts een voorwaarde voor de vervulling van de rechtshandeling. Reinhart brengt dit lastige onderscheid als volgt onder woorden:[28]

> 'Ist es aber durch das Gesetz zugelassen, daß die Form von der Willenserklärung *getrennt* wird, so ist dann, wenn der das Rechtsgeschäft intendierende Wille formlos erklärt worden ist, zwar der Tatbestand der Willenserklärung erfüllt, zur *Vollendung* des Tatsbestands des Rechtsgeschäfts fehlt aber noch ein *Teil* – die Form –, der von dem die Anerkennung durch die Rechtsordnung abhängt. Für die *Wirksamkeit* des Rechtsgeschäfts bedarf es noch der *Wirksamkeitsvoraussetzung*.'

Wanneer wilsverklaring en vorm geen ondeelbare eenheid zijn, kan volgens Reinhart van een gerelativeerde of relatieve vorm worden gesproken. Relatief in die zin dat de invloed op de wilsverklaring daartoe beperkt is dat zij zowel in de vorm als vormvrij afgegeven kan worden. Reinhart prefereert echter de term *akzessorische Form*, omdat hierdoor tot uitdrukking komt dat de vorm weliswaar ziet op de wilsverklaring, maar in tegenstelling tot de absolute vorm voor de erkenning van de werking van de wilsverklaring niet zo belangrijk is. Omdat de termen relatief en accessoir in de rechtswetenschap al zijn vergeven aan andere rechtsfiguren, kiest Reinhart uiteindelijk voor *attributiven* of *additiven Form* als tegenstelling tot het begrip *absolute Form*.

Reinhart verwerpt de term *Zweckform*, omdat de wetgever ook met het in de wet neerleggen van absolute vormen bepaalde doelen voor ogen staat.[29] Dit ben ik met Reinhart eens. Zo wordt met het voorschrift van artikel 1:67 lid 1 BW beoogd dat huwelijken in het openbaar worden afgesloten en dat de overheid hierbij is betrokken. Maar dit betekent niet dat het een *Zweckform* zou zijn en een informeel ja-woord wel tot een huwelijk zou leiden, zij het dat deze dan nietig is.

Is de vorm slechts *Wirksamkeitsvoraussetzung* dan wordt de vormvrij verklaarde wil als *wilsverklaring* in ogenschouw genomen. In wezen handhaaft men dan het beginsel der vormvrijheid voor de wilsverklaring. De *rechtshandeling* echter is eerst geldig wanneer de voorgeschreven vorm in acht wordt genomen. Er moet nog slechts een formaliteit worden verricht. Deze visie op de aard van de rechtshandeling wordt hierna 'formaliteitsvisie' genoemd.

---

28 Reinhart 1969, p. 92.
29 Reinhart 1969, p. 93 noot 12.

Het onderscheid tussen *absolute* vormen enerzijds en *additieve, attributieve* vormen anderzijds lijkt mij evenwel onjuist. Ik ben het met Flume eens dat met de erkenning dat ook rechtshandelingen kunnen bestaan die niet op een bepaalde formele wijze totstandkomen de vorm geen *absolutum* meer is. Het gaat zelfs verder. Vanuit het beginsel dat de op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard de rechtshandeling constitueert is het verrichten van de formaliteit niet voldoende om tot een rechtshandeling te concluderen. In het licht van artikel 3:33 BW kan de vorm geen *absolutum* meer zijn, aangezien de vraag of er een op rechtsgevolg gerichte wil aan ten grondslag ligt dan irrelevant zou zijn. Dat wil echter niet zeggen dat de moderne vormvoorschriften *additieve* vormvoorschriften zijn. Is de vorm slechts *Wirksamkeitsvoraussetzung* dan wordt de vormvrij verklaarde wil als *wilsverklaring* in ogenschouw genomen. Maar waarvoor is die vorm dan een vorm? Wat wordt er dan nog vormgegeven? De wilsverklaring was er al in een vrij gekozen vorm. Moet dat dan nog dunnetjes over worden gedaan in de voorgeschreven vorm; is het slechts een formaliteit, een rite, de toverspreuk waardoor de rechtshandeling 'verschijnselt'?[30] En indien de vorm in deze visie toch ook de vormgeving is van de wilsverklaring, is er dan sprake van twee in ogenschouw te nemen wilsverklaringen: de vormvrije en de formele? Enerzijds hebben vormvoorschriften geen betrekking meer op absolute vormen in die zin dat door het verrichten van de formaliteit de rechtshandeling is verricht. Anderzijds is de vorm niet slechts een extra voorwaarde naast de wilsverklaring voor het tot stand komen van de rechtshandeling. De rechtshandeling kan niet worden gescheiden van de op rechtsgevolg gerichte wilsverklaring. De te beantwoorden vraag is een andere: welke wilsverklaring geldt rechtens als rechtshandeling?

3.3.5 De betekenis van constitutieve regels en de handelingsvisie op de aard van een vormvoorschrift

Veel regels – zo houdt Nieuwenhuis ons voor – zijn normen die de handelingsvrijheid inperken door bepaalde gedragingen verplicht te stellen of juist te verbieden.[31] Als voorbeelden van deze zogenaamde obligatoire regels geeft hij artikel 713 (oud) BW dat de eigenaar van een erf verbiedt hoogopschietende bomen te planten binnen twee meter van de grenslijn en artikel 714 (oud) BW dat de nabuur het recht geeft verwijdering van dergelijke bomen te vorderen.[32] Dit zijn regels, die verplichtingen opleggen en aanspraken verlenen; obligatoire regels. Nieuwenhuis wijst erop dat het recht ook regels kent die

30 Vrij naar het 'verdwijnselen' in *Harry Potter en de Vuurbeker* (door J.K. Rowling; oorspr. titel: *Harry Potter and the Goblet of Fire*; vertaling van Wiebe Buddingh).

31 Nieuwenhuis 1979, p. 33.

32 Dit volgt thans uit art. 5:42 BW.

de productie van de obligatoire regels mogelijk maken; de zogenaamde constitutieve regels. Zij geven aan langs welke weg een bepaald resultaat kan worden bereikt. Artikel 1356 (oud) BW waarin de vereisten voor het sluiten van een overeenkomst worden opgesomd, is daarom een constitutieve regel. Nieuwenhuis brengt het verschil met de obligatoire regels als volgt onder woorden:

> 'Art. 713 BW behelst een obligatoire regel omdat zowel naleving (geen bomen binnen twee meter van de erfscheiding) als schending (wel bomen binnen twee meter van de erfafscheiding) tot de mogelijkheden behoort. Art. 1356, 1° bevat géén obligatoire regel omdat er niets is, dat in gelijke zin als 'schending' kan worden beschouwd. Het is bepaald onjuist het vereiste van toestemming te zien als een verbod tot het sluiten van overeenkomsten waaraan toestemming ontbreekt en de "ongeldigheid" van een dergelijke overeenkomst voor te stellen als "sanctie" op de overtreding van dit verbod.'

In navolging van Drion[33] noemt Nieuwenhuis deze rechtsregels, die bepalen hoe rechtshandelingen tot stand komen, 'recept-regels'. Zij geven aan hoe een rechtshandeling zoals een overeenkomst tot stand moet worden gebracht.[34]

Is artikel 7:2 lid 1 BW een obligatoire of een constitutieve regel? Is het een verbod tot het aangaan van een koopovereenkomst die niet in een schriftelijk stuk is neergelegd? En wordt deze gedraging bedreigd met de 'sanctie' van nietigheid van de koop? Dat is niet het geval. Artikel 7:2 BW verbiedt niet de gedraging van het vormvrij tot overeenstemming komen. Dat zou zinloos zijn. De vormvrije wilsovereenstemming van partijen behoort tot de stappen die genomen moeten worden voor het sluiten van een overeenkomst. De betekenis van artikel 7:2 lid 1 BW is een andere: zij is een 'recept-regel'. Zij geeft aan hoe partijen moeten handelen om de beoogde rechtshandeling, de koopovereenkomst, tot stand te brengen. De koop wordt, zo staat er, 'schriftelijk aangegaan'. Zonder geschreven woorden bestaat de overeenkomst (nog) niet. Zij geldt rechtens niet, omdat de regels die de beoogde rechtshandeling constitueren niet in acht zijn genomen. Een tegenwerping: de wilsverklaringen die de rechtshandeling constitueren in de zin van artikel 3:33 BW en artikel 6:217 BW kunnen er zonder de wettelijk voorgeschreven vorm toch zijn? Het antwoord hierop luidt ontkennend. Het gaat er bij constitutieve regels als artikel 7:2 BW juist om *welke* wilsverklaring als rechtshandeling rechtens geldt en tot gebondenheid leidt. Vormvoorschriften zien op de wijze waarop de wilsverklaringen die tot gebondenheid leiden moeten worden afgelegd. Een vormvoorschrift onderstreept in wezen het handelingskarakter van de rechtshandeling. De vorm is de vormgeving van de verklaring, waarmee de rechtshandeling

33 Drion 1973, p. 55, die zich op zijn beurt baseert op Hart 1961, p. 32.
34 Nieuwenhuis 1979, p. 34-35.

tot leven komt. Deze visie op de aard van het vormvoorschrift wordt hierna 'handelingsvisie' genoemd.

3.3.6 De koppeling van wilsovereenstemming en vorm binnen de handelingsvisie

De voorgeschreven vorm ziet op de vormgeving van de op de rechtshandeling gerichte wilsverklaring. Wanneer het gaat om een overeenkomst is de vorm de vormgeving van de wilsovereenstemming. Alleen het in acht nemen van de vorm is dus niet voldoende om deze overeenkomst tot stand te laten komen. In deze zin is de vorm geen absoluut gegeven. Is de vorm in acht genomen, maar is er (achteraf bezien) geen wilsovereenstemming, dan komt de overeenkomst niet tot stand. De vraag of er sprake is van wilsovereenstemming speelt derhalve bij vormgebonden overeenkomsten geen minder grote rol dan bij vormvrije overeenkomsten. Zo bezien is de vorm een extra vereiste en blijft de wilsovereenstemming de kern van de overeenkomst. Maar omdat een wettelijk vormvoorschrift een constitutieve regel is, is deze meer dan een (opschortende) voorwaarde, die slechts tot gevolg heeft dat indien hieraan niet is voldaan de verrichte rechtshandeling (nog) niet geldig is.[35] Het vormvoorschrift heeft betekenis voor de wijze waarop de rechtshandeling zelf wordt verricht. De *solemnitatis causa* voorgeschreven vorm maakt daarom deel uit van de rechtshandeling als zodanig en is meer dan alleen een voorwaarde waaraan een reeds verrichte rechtshandeling nog moet voldoen om geldig of onaantastbaar te zijn.

3.3.7 De plaats van het vormvoorschrift in de wet

Past de handelingsvisie in de wet? Het lijkt een wat ouderwetse 'legistische' vraag, maar deze is toch niet onbelangrijk als men het wettelijke voorschrift als constitutieve gedragsregel centraal wil stellen.

We concentreren ons weer op het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW: de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak moet, indien de koper een consument is, schriftelijk worden aangegaan. Het gelaagde systeem leidt ons via 'de koop', dat volgens de definitie van artikel 7:1 BW een overeenkomst is, naar de totstandkoming hiervan. Artikel 6:217 BW bepaalt dat een overeen-

35 De vorm als (opschortende) voorwaarde voor de gelding van de *rechtshandeling* moet worden onderscheiden van de (opschortende*) verbintenis* in de zin van art. 6:21 e.v. BW. Bij een voorwaardelijke verbintenis is de werking van de verbintenis op grond van een *bestaande* rechtshandeling van een voorwaarde afhankelijk. Een verbintenis onder opschortende voorwaarde is vanaf de aanvang een geldige verbintenis, die echter nog geen werking heeft (art. 6:26 BW). Echter ook in de formaliteitsvisie geldt dat een rechtshandeling die (nog) niet in de voorgeschreven vorm is verricht nietig of vernietigbaar is. Van een bestaande althans onaantastbare rechtshandeling is (nog) geen sprake.

komst tot stand komt door aanbod en aanvaarding. Wanneer nu artikel 7:2 BW vereist dat de overeenkomst schriftelijk wordt aangegaan betekent dat deze twee met elkaar overeenstemmende wilsverklaringen in schriftelijke vorm moeten zijn neergelegd. Dit is in overeenstemming met artikel 3:37 BW, dat bepaalt dat verklaringen in iedere vorm kunnen geschieden, tenzij anders is bepaald. Artikel 7:2 BW vormt derhalve een uitzondering op de hoofdregel van artikel 3:37 BW. De vorm is geen extra vereiste voor de totstandkoming van de koopovereenkomst van onroerende zaken, maar zegt iets over de wijze waarop de wilsverklaringen moeten geschieden, waardoor de overeenkomst tot stand komt. De handelingsvisie ligt derhalve in de lijn van artikel 3:33 BW dat bepaalt dat een rechtshandeling een op rechtsgevolg gerichte wil vereist, die zich door een verklaring heeft geopenbaard.

3.3.8 De handelingsvisie en de vergaande gevolgen hiervan

De vorm maakt dus naar zijn aard deel uit van de rechtshandeling zelf en is geen bijkomende voorwaarde voor een in beginsel vormvrij tot stand gekomen rechtshandeling. Dit uitgangspunt heeft grote gevolgen voor de vraag wat de situatie is als de wilsovereenstemming vormvrij tot stand is gekomen en het vormvereiste niet in acht is genomen. De beoogde rechtshandeling is dan niet tot stand gekomen. Dit betekent dat wanneer partijen beogen een koopovereenkomst te sluiten in de zin van artikel 7:2 BW en zij de voorgeschreven vorm niet in acht nemen deze overeenkomst niet tot stand is gekomen. Is er dan misschien een andere overeenkomst tot stand gekomen, omdat er toch sprake is van wilsovereenstemming? Dat kan niet het geval zijn. De wilsovereenstemming ziet immers op de definitieve koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak.[36] Het niet voldoen aan het vormvereiste betekent in dit geval dat partijen zich bevinden in buitencontractuele ruimte. De overeenkomst is non-existent of nietig.[37] Gaat dat niet veel te ver? Wordt hierdoor het vormvereiste niet tot te grote proporties opgeblazen en verhindert een dergelijk uitgangspunt niet het ontbreken van de vorm in voorkomende gevallen te relativeren al dan niet ter bescherming van een der partijen? De kern van het probleem zit niet in de hierboven omschreven aard van het vormvereiste, maar in het feit dat het vormvereiste een uitzondering is op het beginsel dat rechtshandelingen en meer specifiek overeenkomsten vormvrij tot stand komen. Het uitgangspunt dat men zich aan een gegeven woord moet houden heeft een grote morele betekenis. Vormvereisten zijn in dat opzicht 'verdachte' rechtsfiguren. Wanneer desalniettemin de wet bepaalt dat de

36 Zie over de vraag of hier wellicht sprake is van een zogenaamde voorovereenkomst par. 3.7.

37 Aangezien de wet het begrip non-existent niet kent, gebruik ik hiervoor in het vervolg de term nietig.

koopovereenkomst van een woning schriftelijk tot stand komt of dat huwelijkse voorwaarden worden gesloten bij notariële akte dan zal men er toch van uit moeten gaan dat het rechtsverkeer door deze regels wordt beheerst en dat de afspraak is dat de betreffende rechtshandeling op de voorgeschreven wijze tot stand komt. Iemand die zich in zijn gedrag laat leiden door de wet en ervan uitgaat dat hij zich eerst heeft gebonden indien aan een bepaald vormvereiste is voldaan, mag niet achteraf gebonden worden geacht op grond van de redenering dat dit vormvereiste toch in het licht van het consensualiteitsbeginsel moet worden gerelativeerd. Dit zou in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Bovendien ontneemt een dergelijke relativering de contractvrijheid aan diegene die zich op wettelijke en dus goede gronden nog niet gebonden behoefde te achten.

Het stellen van een wettelijke vormvereiste is een serieuze aangelegenheid. De uitzondering op de vormvrijheid van rechtshandelingen kan in beginsel niet ongedaan worden gemaakt door het vormvoorschrift te relativeren of zelfs te negeren, aangezien hierdoor weer andere rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het autonomiebeginsel geweld worden aangedaan. De uitzondering op de regel dat rechtshandelingen vormvrij kunnen worden aangegaan behoeft een rechtvaardiging.[38] De wetgever moet daarom goede redenen hebben om een vormvoorschrift voor te schrijven. Over deze redenen gaat paragraaf 3.4. Daarna zal in paragraaf 3.5 weer worden teruggekomen op de gevolgen van het niet voldoen aan een vormvoorschrift.

3.4 Rationes voor vormvoorschriften

3.4.1 Rechtszekerheid en goede wilsvorming

Pacta quantumcunque nuda servanta sunt. Onder invloed van de natuurrechtelijke schrijvers heeft het contractenrecht zich bevrijd van vormvoorschriften. Door de enkele wilsovereenstemming tussen partijen komt de overeenkomst tot stand. De trouw aan het gegeven woord is de basis van het contractenrecht. Het stellen van vormvoorschriften voor de geldigheid van rechtshandelingen wordt door sommigen zelfs gekenschetst als een teken van primitiviteit en amoraliteit.[39] Desondanks kan men in alle tijden voor bepaalde rechtshandelingen vormvoorschriften blijven terugvinden. Welke zijn de redenen die worden aangevoerd om op de hoofdregel van de vormvrijheid uitzonderingen te maken en vormvereisten *solemnitatis causa* (met het oog op de geldigheid van de rechtshandeling, zie hierover par. 3.3.2) voor te schrijven?

38 Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 3.
39 Pitlo/Gerver 1995, nr. 37.

In grote lijnen zijn er twee redenen te onderscheiden: ter waarborging van de rechtszekerheid en ter bevordering van een goede wilsvorming bij partijen.[40] Van vormvoorschriften die *solemnitatis causa* met het oog op de rechtszekerheid zijn voorgeschreven moet men onderscheiden de vormvoorschriften die *probationis causa* zijn voorgeschreven, hoewel ook laatstgenoemde voorschriftende rechtszekerheid dienen. Het verschil is echter dat bij vormvoorschriften die *solemnitatis causa* met het oog op de rechtszekerheid zijn voorgeschreven de geldigheid van de rechtshandeling als zodanig in het geding is en niet alleen de vraag op welke wijze het bestaan of de inhoud hiervan moet worden bewezen. In de categorie van vormvoorschriften die *solemnitatis causa* met het oog op de rechtszekerheid zijn voorgeschreven wordt weer onderscheid gemaakt tussen het waarborgen van de rechtszekerheid in het belang van partijen en in het belang van derden.[41] Ook op een ander vlak kan men binnen deze categorie differentiëren namelijk met betrekking tot de vragen óf de betreffende rechtshandeling heeft plaatsgevonden en wat de precieze inhoud hiervan is.[42] Als voorbeelden van vormvoorschriften die de rechtszekerheid waarborgen worden genoemd: het huwelijk, huwelijksvoorwaarden en de levering van onroerende zaken.[43]

Wat bedoel ik met de ratio die ziet op de bevordering van een goede wilsvorming bij partijen? In de eerste plaats valt hieronder de klassieke functie van een vormvoorschrift: de bescherming van een partij tegen zichzelf, tegen zijn eigen onberadenheid en overijling.[44] Dit wordt ook wel de waarschuwingsfunctie genoemd.[45] Een van de belangrijkste voorbeelden hiervan was de formele schenking (art. 1719 en 1720 (oud) BW).[46] Dit is naar huidig Nederlands recht geen goed voorbeeld meer, omdat dit vormvoorschrift niet meer met het oog op de geldigheid van de rechtshandeling is voorgeschreven.[47] De noodzaak van bescherming van een partij tegen zijn eigen onberadenheid

40 Zie voor een opsomming van rationes die worden aangevoerd voor het vormvoorschrift van de notariële akte Verstappen 2003, p. 68.
41 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 219.
42 Loos 2002, p. 360.
43 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 219.
44 Pitlo/Gerver 1995, nr. 37.
45 Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 8.
46 Scholten 1934, p. 109.
47 Een rudiment van deze beschermingsgedachte is overgebleven in artikel 7:176 BW. Wanneer de schenker stelt dat hij onder misbruik van omstandigheden heeft gehandeld, rust op de begiftigde het bewijs van het tegendeel, tenzij van de schenking een notariële akte is opgemaakt of deze verdeling van de bewijslast in de gegeven omstandigheden in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou zijn. De gedachte hierachter is dat, indien van de schenking een notariële akte is opgemaakt, voorshands mag worden aangenomen dat de schenker zonder overijling en ongeoorloofde beïnvloeding heeft gehandeld (H.D. Ploeger 2005 (T&C BW), art. 7:176 BW, aant. 1).

zal zich vooral doen gevoelen bij rechtshandelingen en overeenkomsten die om financiële of andere redenen van bijzonder belang zijn.

In de tweede plaats valt onder de ratio van de goede wilsvorming de bescherming van een der partijen tegen de ander of van beide tegen elkaar. Vormvoorschriften die om deze reden worden voorgeschreven zijn vaak te vinden in de wettelijke regeling van overeenkomsten, waarbij ervan wordt uitgegaan dat partijen in het sociaal-economisch verkeer een ongelijke machtspositie hebben. Voorbeelden waarbij de ene partij tegen de ander wordt beschermd zijn artikel 24 Colportagewet, artikel 7:650 lid 2 BW (boetebeding in arbeidsovereenkomst), artikel 7:652 lid 2 BW (proeftijd in arbeidsovereenkomst), artikel 7:653 BW lid 1 (non-concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst). In de derde plaats valt onder de ratio van de goede wilsvorming de functie die een vormvoorschrift kan hebben met het oog op het door partijen overzien van de consequenties van een voorgenomen rechtshandeling en het voorkomen van een onjuiste voorstelling van zaken. Met name wanneer het vormvoorschrift de inschakeling van een deskundige impliceert, zal deze laatste functie van bijzondere betekenis zijn.

In de Duitse literatuur kan met betrekking tot het voorschrift dat alle obligatoire overeenkomsten, die een verplichting inhouden tot de overdracht van een onroerende zaak, bij notariële akte dienen te geschieden (§ 311b BGB) zowel de functie van het bevorderen van de rechtszekerheid als de functie van de goede wilsvorming van partijen worden teruggevonden. De rechtszekerheid wordt bevorderd doordat de notariële akte het bewijs zeker stelt (*Beweissicherung*) en de rechtsgeldigheid van de rechtshandeling waarborgt (*Gültigkeitsgewähr*). De goede wilsvorming wordt gediend doordat de verplichting een notariële akte op te maken partijen niet alleen behoedt voor overijling en hen wijst op de bijzondere betekenis van de rechtshandeling (*Warnfunction*), maar ook de *Beratung und Belehrung* met zich meebrengt, waartoe de notaris verplicht is (*Beratgebungsfunktion*).[48] Het gaat hier zowel om de bescherming van partijen tegen eigen juridische onkunde als tegen elkaar.[49] Op deze functies van de notariële akte zal in paragraaf 5.4 nader worden ingegaan.

48 Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 10; Jauernig/Volkommer 2003, § 311b, Rn. 1; Palandt/Grüneberg 2006, § 311b, Rn. 2; Münchener Kommentar/Kanzleiter 2003, § 311b, Rn, 1.

49 De verplichting van de notaris tot *Beratung und Belehrung* vindt zijn wettelijke grondslag in § 17 (1) Beurkundungsgesetz: '1 Der Notar soll den Willen der Beteiligte erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. 2 Dabei soll er darauf achten, daß Irtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.'

3.4.2 De visie van Meijers

Het was de bedoeling van Meijers om in Boek 7 BW minder frequent dan in het voor de invoering van dit nieuwe wetboek geldende recht een bepaalde vorm voor te schrijven als geldigheidsvereiste voor het tot stand komen van een bepaalde overeenkomst of van een bepaalde rechtshandeling. Het uitgangspunt is dat een gegeven woord voldoende is om partijen te binden.[50] Hij ziet slechts twee redenen om van dit uitgangspunt af te wijken:

> 'In de eerste plaats kan de rechtszekerheid dit eisen. En in de tweede plaats kunnen de maatschappelijke verhoudingen medebrengen dat de onderhandelingspositie van een der partijen niet gelijkwaardig is aan die van de andere partij en dat derhalve de eerstgenoemde partij er tegen beschermd moet worden dat haar rechtspositie in een bepaalde zin wordt vastgelegd zonder dat zij voldoende in de gelegenheid is gesteld van de inhoud van een beding kennis te nemen en zich te beraden.'

Meijers verwerpt als motivering voor het voorschrijven van een vormvereiste de redenering dat een overeenkomst voor een der partijen bijzonder onereus kan zijn met het oog waarop de voorgeschreven vorm die partij zou nopen tot nadere bezinning alvorens hij zich bindt. Deze gedachte zou ten grondslag liggen aan het vereiste van een notariële akte voor het aanbod tot schenking in artikel 1719 (oud) BW en aan het schriftelijkheidsvereiste voor de geldigheid van een dading in artikel 1888 (oud) BW. Meijers aanvaardt deze ratio niet omdat dan de uitwerking hiervan in het BW tamelijk willekeurig is: er zijn talrijke overeenkomsten die voor een der partijen belastend kunnen zijn, voor welke niet een vormvoorschrift wordt gesteld, zoals bijvoorbeeld de borgtocht. Bovendien – zo voegt Meijers hieraan toe – kent het recht niet de algemene regel dat een overeenkomst nietig of vernietigbaar is op grond van ernstige benadeling van partijen. Meijers zoekt de bescherming tegen onereuze rechtshandelingen daarom niet in het stellen van een vormvoorschrift voor bepaalde rechtshandelingen, maar wijst erop dat het nieuwe BW meer bescherming biedt dan het oude recht tegen onereuze rechtshandelingen in het algemeen, men denke aan de geldende vernietigbaarheid van de misbruik van omstandigheden en de imprevisionregeling. Deze algemene bescherming is volgens Meijers voldoende voor die overeenkomsten waarbij niet de maatschappelijke constellatie meebrengt dat de wet een der partijen een bijzondere bescherming dient te verlenen.[51]

Meijers is derhalve niet bereid met het oog op een goede wilsvorming uitzonderingen toe te laten op het beginsel dat het gegeven woord bindt. Wanneer

---

50 *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 6 (TM).
51 *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 7 (TM).

hiermee iets mis is dient de vraag of dit de rechthandeling aantastbaar maakt te worden beoordeeld binnen de structuren van dwaling, misbruik van omstandigheden, bedrog en onvoorziene omstandigheden. Alleen wanneer maatschappelijke verhoudingen meebrengen dat de onderhandelingspositie van een der partijen niet gelijkwaardig is aan die van de andere partij is een vormvoorschrift toegestaan. Maar waarom is in het geval van de ongelijke maatschappelijke verhoudingen dan niet voldoende om achteraf te beoordelen of de overeenkomst niet vernietigbaar is op grond van een der wilsgebreken? Het antwoord staat in bovenstaand citaat. De partij met de zwakkere onderhandelingspositie moet ertegen beschermd worden dat haar rechtspositie in een bepaalde zin wordt vastgelegd zonder dat zij voldoende in de gelegenheid is gesteld om van de inhoud van een beding kennis te nemen en zich te beraden. Meijers maakt evenwel niet duidelijk waarom in een geval waarin beide partijen een zwakke onderhandelingspositie hebben, bijvoorbeeld omdat zij het recht onvoldoende kennen en zo hun rechtspositie niet kunnen overzien, deze partijen er niet tegen zouden moeten worden beschermd dat hun rechtspositie in een bepaalde zin wordt vastgelegd. De wilsgebreken bieden geen bescherming tegen eigen overijling en onberadenheid zolang de wederpartij hiervan geen gebruik of misbruik heeft gemaakt door te zwijgen waar spreken plicht was of door bepaalde mededelingen te doen. Het door Meijers bepleite systeem komt erop neer dat bescherming tegen eigen overijling en onberadenheid achteraf plaats heeft in het kader van de wilsgebreken. Bescherming door een wettelijk vormvoorschrift vooraf is alleen gerechtvaardigd in het geval van ongelijke maatschappelijke verhoudingen.

3.4.3 De ratio voor het vormvoorschrift in de preadviezen van Kleijn en Van Velten

Welke reden wordt in de preadviezen van Kleijn en Van Velten aangevoerd voor het voorschrijven van een vormvereiste bij de totstandkoming van de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak?[52] Dit pleidooi voor invoering van een vormvereiste heeft niet als achtergrond een herwaardering van het formalisme of het nastreven van een grotere rechtszekerheid ten aanzien van de totstandkoming van een overeenkomst. Kern van Kleijns betoog is dat bij het tot stand komen van de koop iets meer moet gebeuren dan alleen wilsovereenstemming op enkele punten zoals prijs, object en feitelijke levering.[53] De koop van een onroerende zaak is zo complex en belangrijk dat juridische begeleiding bij de totstandkoming van de overeenkomst nodig is. Kleijn vervolgt:

52 Kleijn & Van Velten 1985.
53 Kleijn 1985, p. 111-112.

> 'waarbij niet is gezegd, dat partijen nog geheel zonder punten van overeenstemming moeten zijn als zij zich juridisch oriënteren, maar alleen dat zij op het moment dat zij juridische informatie en bijstand krijgen nog vrij tegenover elkaar moeten zijn. Eerst als alle relevante punten van de koop goed zijn doorgesproken, is het moment aangebroken om de koop definitief te sluiten.'

Het vormvereiste staat in dienst van de juridische begeleiding. Hieraan kan volgens Kleijn worden voldaan door als vormvereiste te stellen een onderhandse akte en een eveneens schriftelijke verklaring van een deskundige.[54] Deze *Beratung und Belehrung*, wordt naast de rechtszekerheid en de bescherming tegen overijling, genoemd als doel van het voorschrift in het Duitse recht dat de koopovereenkomst van een onroerende zaak moet worden neergelegd in een notariële akte.

Wie een uitzondering wil maken op het beginsel dat het gegeven woord bindt moet hiervoor een goede reden aanvoeren. Kleijn doet dat. Juist omdat een overeenkomst zodra deze eenmaal is gesloten partijen bindt, moeten partijen bij belangrijke en complexe overeenkomsten hun wil op goede wijze hebben kunnen vormen. Dit rechtvaardigt het stellen van een vormvereiste dat *Beratung und Belehrung* mogelijk maakt. Het ontneemt partijen niet hun eigen verantwoordelijkheid, maar stelt deze juist centraal. Voorkomen moet worden dat de beslissing van partijen tot het sluiten van de overeenkomst op onjuiste gronden en slecht geïnformeerd wordt genomen, omdat zij deze overeenkomst behoren na te komen.

3.4.4 De ratio van het vormvoorschrift volgens de parlementaire geschiedenis van artikel 7:2 BW

Welke reden ligt aan het schriftelijkheidsvereiste in het artikel 7:2 BW ten grondslag? In de parlementaire geschiedenis worden verschillende rationes voor het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW genoemd. In de eerste plaats wordt aangevoerd dat het vormvereiste van schriftelijkheid is ingevoerd in het belang van de rechtszekerheid. Het vormvereiste dient mede om duidelijkheid te verschaffen over de vraag of en zo ja wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt. Het vormvereiste wordt daarom niet alleen in het belang van de koper gesteld, maar ook in dat van de verkoper en van eventuele

54 Beide preadviseurs bepleitten de invoering van een vormvoorschrift met het oog op de inschakeling van een verplichte deskundige. Van Velten wees hierbij de notaris als exclusieve deskundige aan. Kleijn echter liet partijen hierbij vrij in hun keuze tussen de makelaar in onroerend goed (dit beroep werd destijds nog bij wet geregeld) en de notaris (zie Kleijn 1992, p. 7).

andere gegadigden.[55] In de tweede plaats is het vormvoorschrift nodig omdat het aanvangsmoment voor de bedenktijd afhankelijk is van de ter handstelling van de akte aan de koper (art. 7:2 lid 2 BW).[56] Hier staat ook de derde ratio mee in verband, namelijk dat de koper een schriftelijk stuk ter beschikking heeft waarover hij zich tijdens deze bedenktijd kan beraden.[57]

De eerstgenoemde ratio is een klassieke ratio: het schriftelijkheidsvereiste moet worden ingevoerd met het oog op de rechtszekerheid en wel in het belang van verkoper, koper en eventuele andere gegadigden. Het is ook om deze reden dat de minister aan het niet voldoen van het schriftelijkheidsvereiste de sanctie van nietigheid verbindt.[58] Wanneer we het schriftelijkheidsvereiste evenwel bekijken in de systematiek van de wet, is onbegrijpelijk waarom de rechtszekerheid wel eist dat de koop van een woning door een consument-koper schriftelijk tot stand moet komen, maar niet dat dit vormvoorschrift ook in acht moet worden genomen wanneer een consument-verkoper een woning verkoopt aan een koper die geen consument is. Als de rechtszekerheid al als ratio zou kunnen worden aangevoerd, dan kan het vanuit systematisch oogpunt alleen gaan om de rechtszekerheid van de consument-koper. Het is te betwijfelen of door de minister zelf de rechtszekerheid als ratio serieus wordt genomen. Wanneer hij in de Tweede Kamer wordt geconfronteerd met het pleidooi het schriftelijkheidsvereiste uit te breiden tot alle koopovereenkomsten van onroerende zaken, vergeet hij de rechtszekerheid en wijst hij erop dat het vereiste met name moet worden gezien in samenhang met de bepaling van de aanvang van de bedenktijd.[59] In een brief aan de Eerste Kamer is de minister nog duidelijker:[60]

> 'Dit vormvereiste, dat een inbreuk is op het genoemde beginsel van contractenrecht dat overeenkomsten vormvrij tot stand komen, is in de artikelen 7:2 en 7:766 BW noodzakelijk omdat de bedenktijd die de consument heeft op grond van deze

55 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 6, 8 en 13 (MvA) en *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 11 (MvA).

56 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4 en 8 (MvA); *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 27 (Verslag van een schriftelijk overleg); *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 4 (MvA).

57 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 27 (Verslag van een schriftelijk overleg); *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 4 (MvA).

58 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13 (MvA). Een vergelijkbare passage is terug te vinden in de Memorie van Toelichting bij de implementatiewet van de timeshare-richtlijn: naast het belang van de koper worden ook de algemene belangen van de rechtszekerheid genoemd en van het voorkomen van geschillen. De minister doet hierop de opmerking volgen dat overeenkomstig de hoofdregel van artikel 39 van Boek 3 de sanctie op het niet voldoen aan het vormvereiste dan ook nietigheid is. (*Kamerstukken II* 1995/96, 24 449, nr. 3, p. 6 (MvT)).

59 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4 (MvA). Op dezelfde pagina staat enige regels erboven nota bene dat de bedenktijd het belang van beide partijen dient.

60 *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095 A, p. 2 (Brief van de Minister van Justitie).

> bepalingen aanvangt nadat hem de koopakte of een afschrift daarvan is ter hand gesteld, zodat hij zich, mede aan de hand van de inhoud van de koopakte, binnen zijn bedenktijd op de koop kan beraden.'

Het pleidooi van de fracties van CDA en PvdA voor uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste tot de koop van onroerende zaken in het algemeen stuit hierop af, omdat de minister vooralsnog geen redenen ziet van het beginsel der vormvrijheid af te wijken wanneer dit 'niet noodzakelijk is om een startpunt voor de bedenktijd te hebben'.[61]

Wanneer we de parlementaire geschiedenis analyseren moet de conclusie zijn dat de daarin wel genoemde rechtszekerheid niet de ware ratio van de wetgever kan zijn geweest voor invoering van het schriftelijkheidsvereiste. De wetgever stelt het schriftelijkheidsvereiste in dienst van de bedenktijd.[62] In de eerste plaats als aanvangsmoment en in de tweede plaats om deze bedenktijd goed te kunnen laten uitoefenen door de koper. Hij heeft dan een stuk in handen waarover hij zich kan beraden.

Kort gezegd: de ratio van het schriftelijkheidsvereiste is de bedenktijd. En aangezien met de bedenktijd wordt beoogd de consument-koper te beschermen tegen het ondoordacht en niet voldoende geïnformeerd sluiten van een koopovereenkomst (zie verder over deze ratio par. 6.2) kan dit ook als de achterliggende ratio van het schriftelijkheidsvereiste worden aangemerkt. In zoverre sluit de ratio van het schriftelijkheidsvereiste weer aan bij een van de klassieke rationes van vormvereisten: de goede wilsvorming van (een der) partijen. Toch houdt hier de gelijkenis op. Want anders dan bij de klassieke vormvoorschriften is het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW er niet op gericht de koper te laten nadenken vóórdat hij de overeenkomst sluit. Hij mag immers gedurende drie dagen nadat de overeenkomst met inachtneming van het vormvereiste tot stand is gekomen nog gaan nadenken, eventueel deskundigen inschakelen en terugkomen op zijn al dan niet ondoordacht gegeven belofte.

Door de koppeling van het schriftelijkheidsvereiste aan de bedenktijd is ook goed te verdedigen dat dit vereiste in de lijn ligt van wat Meijers noemt de maatschappelijke constellatie, die meebrengt dat de wet een der partijen een bijzondere bescherming dient te verlenen. Het schriftelijkheidsvereiste en de daaraan gekoppelde bedenktijd geven immers de koper de gelegenheid 'van de inhoud van een beding kennis te nemen en zich te beraden'. Er zijn echter drie verschillen tussen wat Meijers bij het stellen van vormvoorschriften voor ogen heeft en artikel 7:2 BW. In de eerste plaats beperkt Meijers zich tot de nietigheid van bepaalde bedingen van een bepaalde overeenkomst. Hij geeft

61 *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095 A, p. 3 (Brief van de Minister van Justitie).
62 Zie ook Loos 2002, p. 360.

als voorbeelden enige bepalingen over de arbeidsovereenkomst: artikel 7.10.1.5 (art. 7:613c BW) voor afwijkingen van een reglement, artikel 7.10.1.6 (art. 7:650 lid 2 BW) voor het boetebeding en artikel 7.1.4.5 (art. 7:653 lid 1 BW) voor het concurrentiebeding. In de tweede plaats is de maatschappelijke constellatie bij het sluiten van een overeenkomst als een arbeidsovereenkomst duidelijk. De onderhandelingspositie van de werknemer is niet gelijkwaardig aan die van de werkgever. Bij de koop en verkoop van een onroerende zaak is in de regel van een dergelijke ongelijkwaardige positie geen sprake. En in de derde plaats is de werknemer aan het beding gebonden zodra hij zijn handtekening hieronder heeft gezet. De bedenktijd voor de werknemer ligt vóór het sluiten van de overeenkomst, niet erna.

Conclusie: de ratio die de wetgever aan het schriftelijkheidsvereiste ten grondslag heeft gelegd is dat de koper bij de aanvang van de bedenktijd een stuk in handen heeft waarover hij zich kan beraden. De rechtszekerheid wordt in de parlementaire geschiedenis genoemd als een van de rationes, maar niet systematisch uitgewerkt. Het argument dat het gaat om de rechtszekerheid voor zowel de koper als de verkoper wordt hierin echter wel aangevoerd als verklaring voor de sanctie van nietigheid bij het niet in acht nemen van het vormvereiste. Wellicht zou dit aldus moeten worden opgevat dat het schriftelijkheidsvereiste in ieder geval niet de rechtszekerheid van de koper en de verkoper in gevaar mag brengen. Aldus kan worden verdedigd dat hoewel de de koper beschermende strekking van het vormvoorschrift lijkt te wijzen op de sanctie van vernietigbaarheid ten behoeve van de koper, toch wordt gekozen voor de sanctie van nietigheid. Dit omdat laatstgenoemde sanctie de rechtszekerheid van de verkoper niet in gevaar brengt. Ik kom hierop terug in paragraaf 3.5.

3.5 De gevolgen van het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste

3.5.1 Nietigheid of vernietigbaarheid?

Wanneer niet aan het vormvoorschrift is voldaan is de koopovereenkomst nietig, aldus de parlementaire geschiedenis met verwijzing naar artikel 3:39 BW.[63] Uit laatstgenoemde bepaling volgt evenwel dat uit de wet anders ook een andere sanctie kan voortvloeien. Op grond hiervan wordt wel aangenomen dat als het geschonden voorschrift uitsluitend het belang van één der partijen beoogt te beschermen, de overeenkomst niet nietig, maar vernietigbaar is.[64] Zo zal de sanctie op het overtreden van het vormvoorschrift afhangen van

63 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13 (MvA).
64 *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 189 (NvW).

de strekking van het vormvoorschrift.[65] Ook Hartkamp verdedigt dat bij overtreding van vormvoorschriften die beogen 'een der partijen tegen de ander of tegen zichzelf, of beiden tegen elkaar, te beschermen' de sanctie van nietigheid veel minder voor de hand ligt. In beginsel zal het dan op zijn plaats zijn de partij die door het vormvoorschrift wordt beschermd, de keuze te laten of hij zich op het ontbreken daarvan wil beroepen. In dat geval moet men niet de nietigheid van de vormloos tot stand gekomen rechtshandeling aannemen, maar de vernietigbaarheid.[66] Is dat bij het overtreden van het vormvoorschrift van artikel 7:2 lid 1 BW dan niet het geval? De minister verdedigt de sanctie nietigheid met de stelling dat het vormvereiste niet alleen in het belang is van de koper, maar ook in dat van de verkoper en van eventuele andere gegadigden. Dit omdat het om een vormvereiste gaat dat mede dient om duidelijkheid te verschaffen omtrent het moment waarop partijen overeenstemming hebben bereikt.[67] Maar zoals in paragraaf 3.4.4 uiteen is gezet blijkt uit het systeem van de wet en uit de rest van de parlementaire geschiedenis dat dit niet de echte ratio van het schriftelijkheidsvereiste is. Deze is immers gelegen in de ratio van de bedenktijd.

Wanneer we ervan uit mogen gaan dat het schriftelijkheidsvereiste slechts is gegeven met het oog op de belangen van de koper, lijkt de conclusie snel getrokken. Alleen de koper zou dan een beroep op de nietigheid mogen doen en de verkoper niet. De sanctie op het niet in acht nemen van het vormvereiste vernietigbaarheid zou moeten zijn.[68] Hesselink en Van Kooten hebben er echter op gewezen dat de rechtszekerheid, die artikel 7:2 BW eveneens wil waarborgen, niet bij de vernietigbaarheid is gebaat. Het zou immers betekenen dat de consument-koper *de facto* een 'bedenktijd' van drie jaren zou hebben, want dit is de termijn waarbinnen de rechtsvordering tot vernietiging van de koopovereenkomst wegens vormverzuim zou verjaren (art. 3:52 lid 1 sub d BW). Zij voegen er in een noot evenwel aan toe dat onmiddellijk belanghebbenden na de aanvang van deze verjaringstermijn aan de consument-koper een redelijke termijn kunnen stellen om te kiezen tussen bevestiging of vernietiging. Zou de consument-koper binnen deze termijn geen keuze hebben gemaakt, dan zou zijn bevoegdheid om de koop te vernietigen komen te vervallen (art. 3:55 BW).[69] Zo bezien wordt de rechtszekerheid niet al te veel geschaad.

Toch ben ik het eens met de conclusie dat de rechtszekerheid in gevaar komt wanneer het niet in acht nemen van het vormvoorschrift van artikel 7:2 lid 1

65 In deze zin ook Verstappen 2003, p. 66-68.
66 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 219.
67 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 13 (MvA) en *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 11 (MvA).
68 Op deze mogelijkheid is ook gewezen door Bosman 2005, p. 749.
69 Hesselink & Van Kooten 1996, p. 72 en noot 13.

BW tot vernietigbaarheid zou leiden. Hiervoor is een principiële grond aan te voeren. Deze is gelegen in de aard van het vormvoorschrift, zoals beschreven in paragraaf 3.3.5. Bij de beantwoording van de vraag tot welk gevolg de niet inachtneming van een vormvoorschrift leidt moet naar mijn mening niet worden gekeken naar de *ratio* of *strekking* van het vormvoorschrift, maar naar de *aard* van het vormvoorschrift. Ziet men, zoals ik, de vorm als de vormgeving van de wilsverklaring dan is dit het moment waarop de rechtshandeling wordt verricht. Voordat de akte wordt ondertekend zijn beide partijen vrij, daarna is men gebonden. Zonder de voorgeschreven vorm bestaat de rechtshandeling niet; zij is nietig. De vraag waarom de wetgever is afgeweken van de regel dat rechtshandelingen vormvrij tot stand komen kan derhalve niet relevant zijn voor de vraag of de rechtshandeling geldig tot stand is gekomen. Nu artikel 7:2 lid 1 BW voorschrijft dat de koopovereenkomst schriftelijk tot stand komt mogen zowel koper als verkoper hierop afgaan.

Ziet men de vorm 'slechts' als formaliteit, als een soort echo van een reeds verrichte rechtshandeling, dan kan al dan niet op grond van een aangenomen ratio met het moment van gebondenheid worden geschoven tussen het moment van de wilsovereenstemming (of zelfs op grond van precontractuele gebondenheid nog naar een moment daarvoor) en dat van de ondertekening van de akte. De vraag tot hoever wordt geschoven is daarbij afhankelijk van de vraag naar wiens gebondenheid men vraagt. Ziet de ratio van het vormvoorschrift uitsluitend op de bescherming van de koper, dan is de koper pas definitief gebonden bij het verrichten van de voorgeschreven vorm en de verkoper al bij de wilsovereenstemming. Zo komt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem op grond van de redenering dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking ervan meebrengt, tot het oordeel dat de verkoper geen beroep op de nietigheid mag doen als koper en verkoper volledige wilsovereenstemming hebben bereikt.[70]

Het verschil in benadering van het vormvoorschrift wordt ook duidelijk wanneer men aan koper en verkoper de betekenis van de ondertekening van de akte voor hun gebondenheid zou willen uitleggen. In het geval op grond van de ratio zou moeten worden aangenomen dat bij niet inachtneming van het vormvereiste alleen de koper de overeenkomst zou kunnen vernietigen, kan men tegen de koper zeggen: 'koper, door de ondertekening van deze akte is de koopovereenkomst definitief gesloten'. Maar tegenover de verkoper moet men het belang van zijn handtekening relativeren: 'verkoper, door het zetten van uw handtekening naast die van de koper gebeurt er voor u eigenlijk niets, u was al gebonden door uw woord'.

70 Vzr. Rb. Haarlem 6 juni 2006, *LJN* AX7093.

Alleen als de vorm slechts wordt gezien als 'formaliteit' blijft er ruimte over voor de vraag wat de ratio was van het vormvoorschrift.[71] Deze benadering brengt, zoals hierboven uiteengezet, rechtsonzekerheid. Daarbij komt dat het speuren naar de ratio van artikel 7:2 BW weinig duidelijkheid zou brengen. Bovendien beperkt men door alleen naar de Nederlandse parlementaire geschiedenis te kijken, de ratio van het vormvoorschrift te veel naar tijd en plaats. In een Europese context waarin vormvoorschriften bij de totstandkoming van de koopovereenkomst betreffende een onroerende zaak met name zijn geschreven met het oog op de klassieke rationes en ter bescherming van zowel de koper als de verkoper, zal ook het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW in deze context functioneren. Bovendien blijkt uit het Zweedse vrouw-arrest dat aan een vormvoorschrift, dat eerst met het oog op een bepaalde ratio in de wet is opgenomen, later ook een nieuwe functie kan worden toegekend (zie hierna par. 3.6.6).[72] Een vormvoorschrift dat van origine bedoeld was ter bescherming van het belang van een partij (in dit arrest in het belang van derden), kan zodra een dergelijk voorschrift is ingevoerd in de praktijk ook tot bescherming van het belang van de andere partij leiden, zodat met dit belang ook rekening behoort te worden gehouden. Bij het opstellen en ondertekenen van de koopakte wordt immers niet alleen de koper, maar ook de verkoper bewust van hetgeen wordt overeengekomen. Beide partijen worden doordrongen van de vraag of de voorliggende bepalingen datgene waarover zij wilsovereenstemming hebben bereikt op een juiste wijze weergeven.

De nietigheid van de rechtshandeling volgt derhalve niet uit de strekking maar uit de aard van het vormvoorschrift. De ratio is belangrijk voor de vraag óf een vormvoorschrift moet worden ingevoerd. Het is de vraag die de wetgever zich moet stellen.[73] Maar zodra een vormvoorschrift is ingevoerd zou de ratio niet richtinggevend meer moeten zijn voor de sanctie die op vormverzuim dient te staan. Dit geldt naar mijn mening voor alle vormvoorschriften die *solemnitatis causa* zijn voorgeschreven.

Tegengeworpen kan worden dat deze visie niet past in de in de literatuur waargenomen tendens tot het terugdringen en relativeren van nietigheden.[74]

---

71 Een voorbeeld van deze benadering vindt men bij Loos 2003a, p. 259-261. Hij ziet het vormvoorschrift van art. 7:2 BW slechts als formaliteit. Het met het vormvoorschrift gedienden belang van de verkoper is zijns inziens dat hij de mogelijkheid heeft objectief te bepalen wanneer de bedenktijd begint en eindigt. Dat belang wordt voldoende gewaarborgd door schending ervan te straffen met nietigheid. Voor nietigheid van de voorovereenkomst, die hij op grond van een mondelinge wilsovereenstemming aanneemt, is volgens deze schrijver onvoldoende reden.

72 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524; Zweedse vrouw.

73 Häsemeyer schrijft dat 'unangemessene Formgebote nicht durch Einschränkungen der Formnichtigkeit in Einzelfällen kompensiert werden dürfen. Das hieße an der ersten Fehler den zweiten anschließen.' (Häsemeyer 1971, p. 309).

74 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 467.

Een voorbeeld hiervan is het Royal & SUN Alliance c.s./Universal Pictures-arrest waarin de Hoge Raad met betrekking tot de vraag of een verzekeraar een geldig beroep op een overeengekomen vervalbeding kan doen in aanmerking neemt 'het aan het Burgerlijk Wetboek ten grondslag liggende uitgangspunt dat nietigheden in beginsel niet verder reiken dan de strekking daarvan meebrengt'.[75] Een volledig beroep op het vervalbeding dat de claim binnen een bepaalde termijn aan de verzekeraar moet zijn gemeld wordt afgewezen omdat de verzekeraar van de late melding nagenoeg geen nadeel heeft ondervonden. Afgezien van het feit dat het in dit arrest niet om een nietig beding gaat, maar om de vraag of een beroep hierop al dan niet is strijd met de redelijkheid en billijkheid, moet in aanmerking worden genomen dat de nietigheid wegens het schenden van een vormvoorschrift dient te worden onderscheiden van andere nietigheden, zoals bijvoorbeeld de nietigheid wegens strijd met de wet, de openbare orde of de goede zeden (art. 3:40 BW). Bij de beoordeling van het vervalbeding of een beding in strijd met de wet gaat het om een reeds gesloten rechtshandeling en bestaat er ruimte deze al dan niet nietig te achten naar gelang de strekking van het vervalbeding c.q. het wettelijke voorschrift. Bij het niet in acht nemen van het vormvoorschrift is de fundamentele vraag aan de orde of partijen de rechtshandeling wel hebben verricht. Dit is afhankelijk van de visie op de aard van het vormvoorschrift en niet van de strekking ervan. Voordat men toekomt aan een eventuele relativering op basis van de strekking van het vormvoorschrift zal men zich eerst moeten afvragen wat de aard is van het vormvoorschrift. Wanneer de conclusie is dat door het in acht nemen van de vorm de wilsverklaring wordt afgelegd die noodzakelijk is voor het verrichten van de rechtshandeling (handelingsvisie), kan van een relativering op basis van de strekking van het vormvoorschrift geen sprake meer zijn. Wanneer de 'relativeringstendens' een sjabloon is dat over *alle* vormen van nietigheden dient te worden gelegd, kan de handelingsvisie als een inbreuk op deze trend worden aangemerkt. Vooralsnog is er echter geen reden om aan te nemen dat de 'relativeringstendens' deze absolute vorm heeft aangenomen.

Voor de wederkerige overeenkomst geldt naast de aard van het vormvoorschrift een andere – meer praktische – reden waarom geen vernietigbaarheid moet worden aangenomen bij vormverzuim. Als voorbeeld dient de koopovereenkomst van artikel 7:2 BW. Vernietigbaarheid zou leiden tot een onevenwichtige situatie bij de totstandkoming hiervan. Vernietigbaarheid impliceert immers dat een mondeling gesloten overeenkomst geldig is, zolang deze niet is vernietigd. De weergave van het overeengekomene in een akte kan leiden tot de discussie tussen partijen of het zo wel was overeengekomen. Wanneer uitsluitend de koper de nietigheid kan bewerkstelligen heeft hij alle wapens

75 HR 17 februari 2006, *RvdW* 2006, 205; Royal & SUN Alliance c.s./Universal Pictures.

in handen. Ziet hij mogelijkheid te bewijzen dat de overeenkomst is gesloten in de door hem voorgestane lezing, dan vordert hij nakoming van de mondelinge overeenkomst. Hier is niets op tegen. Maar deze mogelijkheid heeft de verkoper in geval van vernietigbaarheid niet. Zodra de verkoper een dergelijke vordering (al dan niet in reconventie) instelt zal de koper de mondelinge overeenkomst wegens het vormgebrek vernietigen, ook in het geval de verkoper zijn lezing kan bewijzen.[76] De sanctie van vernietigbaarheid door de koper leidt aldus tot een onevenwichtige situatie bij de totstandkoming van de tekst van de akte. De verkoper die overeengekomen bedingen opgenomen wenst te zien, ziet zijn onderhandelingspositie ondergraven worden door het dreigement van vernietiging. Hij kan de koper niet met gelijke munt terugbetalen door te weigeren dan ook de andere bedingen niet op te nemen, want hiervan kan de koper in beginsel nakoming vorderen, ook al staan ze niet in de akte.

De conclusie is dat het niet in acht nemen van het vormvereiste van artikel 7:2 BW niet moet leiden tot vernietigbaarheid, maar tot nietigheid van de koopovereenkomst. Dit volgt in de eerste plaats uit de door mij aangenomen aard van het vormvoorschrift. In de tweede plaats laat de nietigheid van de overeenkomst het evenwicht tussen partijen bij de totstandkoming van de koopovereenkomst in stand. De nietigheid van de rechtshandeling volgt derhalve niet uit de strekking maar uit de aard van het vormvoorschrift.

3.5.2 Het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW in het licht van de contractvrijheid

De kern van de handelingsvisie is dat de overeenkomst pas tot stand komt wanneer de wilsovereenstemming in de voorgeschreven vorm wordt vormgegeven. Dit lijkt op het eerste gezicht in strijd te zijn met de contractvrijheid, omdat men dan niet meer op de zelf gekozen wijze een overeenkomst kan sluiten. In hoofdstuk 2 heb ik uiteengezet dat de wilsverklaring meer is dan het openbaar maken van de wil, namelijk een sociale handeling waarmee aan een ander een recht wordt verleend en waarmee men zichzelf bindt. Wanneer aan deze wilsverklaring een vorm wordt verbonden markeert deze vorm het moment vanaf hetwelk partijen gebonden zijn en dus ook tot welk moment zij vrij zijn al dan niet met een ander een overeenkomst te sluiten.

76 Hoewel ook de bevoegdheid tot vernietiging niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid mag worden uitgeoefend, zal de verkoper niet snel aannemelijk kunnen maken dat de koper in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft vernietigd, omdat deze bevoegdheid juist is gegeven ter bescherming van de koper.

Bij het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW is er echter ook een ander aspect van contractvrijheid in het geding: het sluiten van een overeenkomst met een door beide partijen te bepalen inhoud. Het vormvereiste biedt immers de mogelijkheid over allerlei punten te onderhandelen zonder dat men al gebonden is om de enkele reden dat men het al eens zou zijn over zaak en prijs. In de lagere jurisprudentie is veelvuldig de vraag aan de orde gekomen of onderhandelende partijen al een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak hebben gesloten. Tot 1 september 2003 speelde hierbij een belangrijke rol dat er toen geen vormvereiste bestond voor de koop van een woning door een consument-koper. Wanneer men deze jurisprudentie overziet kan men constateren dat in de meeste gevallen wordt aangenomen dat de koopovereenkomst is gesloten wanneer partijen het eens zijn over de zaak en de prijs.[77] In het algemeen wordt wel als uitgangspunt genomen dat niet alleen overeenstemming dient te bestaan over zaak en prijs, maar ook over eventuele nadere bedingen die voor partijen als essentieel dienen te worden aangemerkt. Het probleem is echter dat de rechter vaak constateert dat van dergelijke bedingen niet is gebleken.[78] En waar een partij er wel in slaagt aannemelijk te maken dat er over te regelen onderwerpen nog overeenstemming moest worden bereikt, worden deze in veel gevallen door de rechter als niet essentieel aan de kant geschoven.[79] Dit laatste heeft zich zelfs voorgedaan in een geval waarin partijen het niet eens waren over de vraag of was overeengekomen dat de beplating aan de buitenzijde van de woning vrij was van asbesthoudende materialen.[80] In deze gevallen lijkt er in de praktijk weinig onderhandelingsvrijheid te bestaan, zodra men het eens is over zaak en prijs. En dit zijn de onderwerpen waarover men het als eerste eens is.

Van Velten merkt op dat het bij de verkoop van grote objecten niet zo is dat bij (mondelinge) overeenstemming over prijs en object in alle gevallen de koop tot stand is gekomen, maar dat bij een eenvoudig object niet alles uitonderhandeld behoeft te zijn.[81] In de lagere jurisprudentie ziet men inderdaad voorbeelden van het idee dat aan de overdracht van bedrijfsonroerend goed zoveel haken en ogen zijn verbonden dat overeenstemming over zaak en prijs in de regel onvoldoende is. Zo overweegt het Hof 's-Hertogenbosch dat voor de verkoop van een onroerende zaak als de onderhavige (een bedrijfscomplex) tussen verkoper en koper buiten de koopprijs over een aantal andere voor

77 Zie Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht*), art. 217-227, aant. 61.

78 Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 26 maart 1992, *KG* 1992, 137, Rb Arnhem, 19 oktober 2000, *Prg*. 2002, 5904, p. 565, bekrachtigd door Hof Arnhem 22 januari 2002, *Prg*. 2002, nr. 5904, p. 568, Rb. Alkmaar 12 januari 1950, *NJ* 1950, 251, Rb Breda 21 september 1976, *NJ* 1977, 454.

79 Pres. Rb. Assen 8 mei 1984, *KG* 1984, 159; Pres. Rb. Middelburg 19 april 1989, *KG* 1989, 216; Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 26 maart 1992, *KG* 1992, 137; Pres. Rb. Arnhem 8 januari 1993, *KG* 1993, 133, *BR* 1993, p. 660; Pres. Rb. Arnhem, 29 augustus 1996, *KG* 1996, 300.

80 Pres. Rb. Dordrecht 7 juni 2001, *KG* 2001, 157.

81 Van Velten 2006, p. 89-90.

de verkoop van belang zijnde aspecten overeenstemming zal moeten worden bereikt en dat een koopovereenkomst met betrekking tot zodanige zaak daarom doorgaans eerst na de nodige onderhandelingen totstandkomt. De overeenstemming over de koopprijs werd door het hof aangemerkt als uitgangspunt in een precontractuele fase van een tussen partijen beoogde overeenkomst.[82] Dergelijke onderhandelingen in het bedrijfsleven vinden vaak plaats *subject to contract*. Het feit dat een concept-koopcontract niet is getekend is in dit verband een aanwijzing dat geen wilsovereenstemming is bereikt.[83] Geen gebondenheid zodra men het eens is over zaak en prijs, maar onderhandelen in vrijheid totdat de overeenkomst wordt getekend. Deze onderhandelingsruimte wordt gecreëerd door een overeengekomen vormvoorschrift: de ondertekening van de koopakte.

Het is wellicht waar dat bij een eenvoudig object niet alles uit onderhandeld behoeft te zijn, maar wat men wil uitonderhandelen moet men kunnen uitonderhandelen. Dat geldt zelfs voor onderdelen van de overeenkomst die als 'ondergeschikte punten' in de zin van artikel 6:225 lid 2 BW zouden kunnen worden aangemerkt.[84] Het vormvereiste van artikel 7:2 BW brengt derhalve niet alleen duidelijkheid met betrekking tot de vraag wanneer de overeenkomst tot stand komt,[85] maar maakt daarnaast voor beide partijen mogelijk datgene te regelen wat zij al dan niet in afwijking van het aanvullend recht willen regelen. Dit geldt in sterkere mate wanneer het aanvullend recht aan het niet verschaffen van bepaalde informatie (lees ook: aan het niet kunnen bewijzen dat deze is verschaft) verstrekkende gevolgen verbindt, zoals in artikel 7:15 en 7:17 BW. Een schriftelijk gesloten overeenkomst biedt de mogelijkheid privaatrechtelijke en publiekrechtelijke lasten te benoemen en de uitdrukkelijke aanvaarding hiervan te verwoorden. Ditzelfde geldt voor het mededelen van materiële gebreken en het regelen van de gevolgen hiervan.[86]

Het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW brengt niet alleen rechtszekerheid omtrent de vraag wanneer de overeenkomst is gesloten, maar bewerkstelligt tevens dat onderhandelingen in vrijheid kunnen gevoerd. Het bevordert de contractvrijheid zowel met het oog op de vraag wanneer men gebonden wil zijn als met het oog op de vraag over welke punten men in afwijking van

82 Hof 's-Hertogenbosch 10 november 1998 te kennen uit HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 158; Kühr/De Bont Limburg BV.

83 Zie voor een voorbeeld hiervan Pres. Rb. Amsterdam 17 november 1991, aangehaald door Van Velten 1993, p. 399.

84 Zie over de onzekerheid met betrekking tot wat onder 'ondergeschikte punten' moet worden verstaan Van Velten 1993, p. 399 en Van Velten 2006, p. 97-98.

85 Van Velten 2006, p. 98.

86 Van Velten 1993, p. 399.

het aanvullend recht wil contracteren.[87] Zowel de rechtszekerheid als de contractvrijheid zijn in het geding indien het niet in acht nemen van het vormvereiste niet tot nietigheid van de overeenkomst zou leiden.

3.5.3 Nietigheid en de bescherming van de consument-koper

In de literatuur wordt gewezen op de paradox dat hoewel het schriftelijkheidsvereiste met de daaraan gekoppelde bedenktijd beoogt de consument-koper te beschermen, het schriftelijkheidsvereiste ook in zijn nadeel kan werken. Wanneer er mondelinge overeenstemming tussen koper en verkoper bestaat is het immers mogelijk dat de verkoper zich om een of andere reden bedenkt en de beoogde koopovereenkomst liever niet sluit, bijvoorbeeld omdat hij inmiddels van een ander een betere koopprijs geboden heeft gekregen. Indien de sanctie op het niet in acht nemen van het vormvereiste nietigheid van de overeenkomst is, staat de koper met lege handen. Ten opzichte van de situatie die zou hebben bestaan in een stelsel waarin voor het totstandkomen van een koopovereenkomst geen vormvereiste gold bevindt hij zich in een nadeliger positie. Hesselink en Van Kooten merken op dat in een dergelijke casus de nietigheid het doel van de bescherming van de consument-koper voorbijschiet.[88] Ook Bartels en Van Buren-Dee zien dit als een voor de koper nadelig effect dat door middel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid zou moeten worden gecorrigeerd.[89] De vraag die hier voorligt is: waartegen moet de koper nu worden beschermd? Het schriftelijkheidsvereiste met de daaraan gekoppelde bedenktijd beoogt de koper te beschermen tegen het ondoordacht en overhaast aangaan van een koopovereenkomst. Er is echter geen goede reden de koper te beschermen in zijn belang een koopovereenkomst te sluiten vóór het moment waarop de verkoper de hiervoor voorgeschreven wilsuiting heeft gedaan. Integendeel, dit zou zowel in strijd zijn met het autonomiebeginsel als met het rechtszekerheidsbeginsel. Ook het vertrouwensbeginsel noopt hiertoe niet. Wanneer artikel 7:2 BW bepaalt dat een koopovereenkomst schriftelijk tot stand komt, behoort ook de koper te weten dat de verkoper niet gebonden is voordat de akte door beide partijen is ondertekend. Tot dat moment zijn beide partijen vrij om niet te contracteren. Het vormvoorschrift wijzigt het moment waarop de overeenkomst tot stand komt. Net zo min als de koper de verkoper in een consensueel stelsel kan dwingen de koopovereenkomst te sluiten, zou hij dat moeten kunnen in een systeem waar voor deze contractsluiting een vorm is voorgeschreven. Zou hij dat wel kunnen dan zou de bescherming van de koper ten koste te gaan van de gerechtvaardigde belangen

87 Dit verband tussen vormvereisten en *Privatautonomie* wordt ook benadrukt door Häsemeyer 1971, p. 204.
88 Hesselink & Van Kooten 1996, p. 73.
89 Bartels & Van Buren-Dee 1996, p. 59-61.

van de verkoper. Door aan het niet in acht nemen van de voorgeschreven vorm de sanctie van nietigheid te verbinden wordt zowel aan de koper als aan de verkoper bescherming geboden tegen ondoordachtzaamheid.[90] Van een voorbijschieten van het doel van de bescherming van de consument-koper is geen sprake. Niet *alle* belangen van de consument-koper verdienen bescherming. Hierbij komt dat óók de consument-koper na mondelinge wilsovereenstemming kan weigeren de koopovereenkomst te ondertekenen. Alleen Van Gastel verdedigt dat de koper dan toch verplicht is medewerking te verlenen aan de ondertekening van de akte.[91] Dit zou echter een nutteloze exercitie zijn, omdat hij de overeenkomst weer binnen de drie-dagen-termijn kan ontbinden.[92] Met Huijgen en Van Velten kan daarom worden geconcludeerd dat het aannemen van precontractuele gebondenheid van de verkoper leidt tot een asymmetrische binding.[93]

De bescherming van de consument-koper kan derhalve niet worden aangevoerd als reden om aan het niet in acht nemen van het vormvereiste de sanctie van vernietigbaarheid in plaats van nietigheid te verbinden.

3.6 Vormvoorschriften en precontractuele gebondenheid

3.6.1 Precontractuele gebondenheid en vormvoorschriften; een tegenstelling

Wanneer voor de totstandkoming van een overeenkomst een vormvoorschrift geldt, lijkt voor de hand te liggen dat, zolang niet is voldaan aan dit vereiste, partijen niet aan elkaar zijn gebonden. Immers, wanneer partijen toch aan elkaar gebonden zouden zijn zonder dat een overeenkomst tot stand is gekomen, dan is de vraag of en wanneer de overeenkomst
tot stand is gekomen irrelevant en hiermee ook de vraag of aan het gestelde vormvoorschrift is voldaan. Precontractuele gebondenheid maakt een vormvoorschrift tot dode letter. Dit is met name het geval indien op partijen dezelfde rechten en verplichtingen komen te rusten als wanneer een geldige overeenkomst tot stand was gekomen. Het leerstuk van de precontractuele gebondenheid staat op gespannen voet met het stellen van vormvereisten. Toch lijkt te voorspellen dat dit leerstuk door de rechter meer zal worden toegepast wanneer in de wet meer vormvoorschriften worden opgenomen. Het zal alsdan ook worden gebruikt om de gebondenheid aan het over en weer gegeven

90 Terecht overweegt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem dat niet valt in te zien waarom de koper van een woning – afgezien van de drie dagen bedenktijd – meer bescherming zou behoeven dan de verkoper (Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2006, *LJN* AX4870, *Notamail* 2006, 124).

91 Van Gastel 2006, p. 45.

92 Zie ook Dammingh 2004, p. 299 en Loos 2003a, p. 262.

93 Huijgen 2004, nr. 65 en Van Velten 2005a, p. 197.

woord (opnieuw) te kunnen grondvesten. Sinds de invoering van artikel 7:2 BW op 1 september 2003 zijn er verschillende vonnissen gewezen waarin de verkoper gehouden werd geacht tot medewerking aan de opstelling van een koopakte, omdat hij met de koper tot mondelinge overeenstemming was gekomen. In de literatuur bekritiseren Van Velten en Huijgen deze lagere jurisprudentie. Zij zijn voorstanders van een strikte uitleg van artikel 7:2 lid 1 BW. Slechts in uitzonderlijke gevallen zien zij ruimte voor een beroep op precontractuele verplichtingen die uitmonden in een veroordeling tot ondertekening van een koopakte.[94] Een voorteken van de ontwikkeling in de jurisprudentie is de beantwoording door de Minister van Justitie van Kamervragen over de Wet Koop van onroerende zaken.[95]

3.6.2 De precontractuele gebondenheid van de verkoper tot het tot stand brengen van een koopakte

Aan de minister wordt ruim een maand na invoering van de Wet Koop van onroerende zaken het volgende geval voorgelegd. Een makelaar heeft namens de verkoper de mondelinge toezegging gedaan aan de koper om een woning voor een bepaalde koopsom te verkopen. Op een later moment verhoogt de makelaar (kennelijk ook namens de verkoper) de koopsom met het argument dat er inmiddels een hoger bod is gedaan door een derde partij. Drie Tweede-Kamerleden vragen de minister of dit geoorloofd is, of dit wel in overeenstemming is met het doel van de wet te weten een betere bescherming van de kopers van woningen en of het niet nodig is een wetswijziging voor te stellen die ertoe zal leiden dat partijen zijn gehouden aan wat mondeling is overeengekomen en waarop na de schriftelijke vastlegging een bedenktijd van toepassing is. De Kamerleden doen de minister alvast een oplossing aan de hand door hem te vragen hoe hij 'de fase' duidt tussen het bereiken van de mondelinge wilsovereenstemming en de schriftelijke vastlegging daarvan. De minister wijst er in zijn beantwoording eerst op dat zolang de koopakte niet door beide partijen is ondertekend nog niet is voldaan aan het in artikel 7:2 BW gestelde vormvereiste, zodat de koopovereenkomst in deze fase nog niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. Maar dit is letterlijk voor de vorm, want vervolgens kiest hij de brede precontractuele weg:

> 'Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel koop onroerende zaken in de Tweede Kamer is aan de orde geweest wat rechtens is in de "precontractuele fase". Geantwoord is dat het nog ontbreken van de verplichte koopakte niet meebrengt dat de verkoper zich na het bereiken van mondelinge overeenstemming met de koper

94 Van Velten 2005b, p. 729; Huijgen 2004, nr. 65.
95 *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 178, p. 383-384.

> zonder meer zou mogen terugtrekken (Kamerstuk 23 095, nr. 5, p. 13), en dat de verkoper in beginsel gehouden is medewerking te verlenen aan het opmaken van de voor totstandbrenging van de overeenkomst vereiste akte (Kamerstuk 23 095, nr. 8, p. 8). Hij is verplicht zijn gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij (zie o.a. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 en HR 15 februari 1991, NJ 1991, 493). De verkoper handelt dan ook onbehoorlijk als hij, in het geval dat mondeling overeenstemming over de koop is bereikt, de voor totstandbrenging van de overeenkomst vereiste medewerking aan het opmaken van de koopakte weigert met een beroep op het feit dat hij een hoger bod van een derde heeft ontvangen, onder mededeling aan de koper dat hij wel zal meewerken als deze het bod van de derde evenaart.'

In de termen van het Plas/Valburg-arrest is de derde precontractuele fase bereikt. Het stadium waarin de koper erop mag vertrouwen dat enig contract van de soort waarover onderhandeld wordt tot stand zal komen. De verkoper mag zich niet meer terugtrekken. Doet hij dat toch dan dient hij het positief contractsbelang te vergoeden.[96] De verkoper is jegens de koper in beginsel gehouden de koopakte op te maken om de overeenkomst aldus tot stand te laten komen. Dit gaat verder dan de verplichting tot het voortzetten van de onderhandelingen, die het bereiken van de derde fase doorgaans met zich brengt.[97] De mogelijkheid tot reële executie van deze verplichting tot dooronderhandelen wordt gebaseerd op artikel 3:296 BW. Het gaat dan immers om een verplichting tot een doen. De reële executie van de verplichting tot het verrichten van een *rechtshandeling* wordt evenwel gebaseerd op artikel 3:300 BW. De minister verwijst dan ook naar deze bepaling.[98]

> 'Indien de verkoper weigert mee te werken aan het opmaken van de akte kan deze akte (of een deel daarvan) worden vervangen door een rechterlijke uitspraak (artikel 3:300 BW).'

Betekent een en ander nu dat de minister van mening is dat, zodra er tussen koper en verkoper mondelinge wilsovereenstemming is over object en prijs, er voor de verkoper geen ruimte meer bestaat over de te sluiten overeenkomst te onderhandelen? Moet hij reeds dan 'in beginsel' mee werken aan het opmaken van de koopakte? Uit de Nota naar aanleiding van het Eindverslag blijkt een wat genuanceerdere benadering:[99]

> 'De beantwoording van de vraag naar de gebondenheid van de verkoper aan een mondeling akkoord is sterk afhankelijk van de waardering van de omstandigheden van het aan de orde zijnde geval. Daarom is in de memorie van antwoord gesteld

96 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723; Plas/Valburg.
97 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 161.
98 *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 178, p. 384.
99 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 8 (NEV).

> dat denkbaar is dat op de verkoper een verplichting rust tot de medewerking die noodzakelijk is voor de totstandbrenging van de overeenkomst. Zo zal het verschil maken of zich al dan niet het hierboven bedoelde geval voordoet dat, zou geen vormvereiste voor de koop gelden, dat akkoord de beoogde, rechtens bindende hoofdovereenkomst zou opleveren. Zou dit geval zich wel voordoen, dan zal de verkoper in beginsel gehouden zijn om de noodzakelijke medewerking voor totstandbrenging van de overeenkomst te verlenen. Zou het mondelinge akkoord nog niet voldoende omvatten om de beoogde, rechtens bindende hoofdovereenkomst op te leveren, dan bestaat de mogelijkheid dat de verkoper tot voortzetting van de onderhandelingen verplicht is.'

Niet iedere mondelinge overeenstemming is voldoende voor het aannemen van precontractuele gebondenheid. Het gaat erom of het mondelinge akkoord inhoudelijk voldoende omvat om een rechtens bindende hoofdovereenkomst op te leveren wanneer geen vormvereiste zou gelden (wegdenkcriterium). Het vormvereiste speelt dus kennelijk wél een rol bij de vraag of partijen rechtens aan de overeenkomst zijn gebonden, want voor een 'rechtens bindende' overeenkomst wordt aan het vormvereiste vastgehouden. Maar bij de beantwoording van de vraag naar de precontractuele gebondenheid van de verkoper wordt alleen gekeken naar de mondelinge overeenstemming met betrekking tot de inhoud. Dit kan twee dingen betekenen. In de eerste plaats kan het duiden op een zeer formalistische visie op het vormvereiste. Dit wordt niet in verband gebracht met de vraag of partijen en in dit geval met name de verkoper zich ook rechtens heeft willen binden. In de tweede plaats kan het erop wijzen dat niet zo heel erg relevant wordt geacht of de verkoper zich heeft willen binden. Deze visie is inherent aan de gedachte die aan het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid ten grondslag ligt, namelijk dat het sluiten van een overeenkomst een proces is waarin de vraag of gebondenheid is ingetreden eerder een kwestie is van de rechterlijke kwalificatie van de handelingen en gedragingen van partijen dan van hun eigen wilskeuze dienaangaande.

Het wegdenkcriterium is volgens de Nota naar aanleiding van het Eindverslag echter niet de enige maatstaf. De beoordeling van deze postconsensuele situaties dient volgens de minister 'mede' te geschieden aan de hand van de regels zoals die in rechtspraak en doctrine tot ontwikkeling zijn gekomen op het gebied van de onderhandelingsfase. De minister verwijst naar de formulering van het bij de behandeling van de Invoeringswet betreffende Boek 6 voorgestelde doch uiteindelijk niet ingevoerde artikel 6.5.2.8a, waarvan de formulering in het arrest VSH/Shell is overgenomen.[100] In hoeverre is deze precontractuele gebondenheid, die ontstaat in de fase na de mondelinge wilsovereenstemming, maar vóór het voldoen aan het vormvereiste te vergelijken met de precontrac-

100 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 8 (NEV).

tuele gebondenheid zoals we die hebben leren kennen uit het Plas/Valburg- en het VSH/Shell-arrest?

3.6.3 Twee vormen van precontractuele gebondenheid

Wat hebben de volgende overeenkomsten met elkaar gemeen: de overname-overeenkomst van een pakket aandelen, de aannemingsovereenkomst met betrekking tot de bouw van een zwembad, het sluiten van een joint venture, de aanstelling van een wielerploegleider en de overeenkomst tot 'realisering' van de uitbreiding van een hotel?[101] Het zijn alle vormvrije overeenkomsten. De overeenkomst komt tot stand indien en zodra tussen partijen wilsovereenstemming bestaat. Het zijn consensuele overeenkomsten. De jurisprudentie van de Hoge Raad over precontractuele gebondenheid gaat over preconsensuele gebondenheid. De grote vraag waartoe deze jurisprudentie leidt is waarop deze gebondenheid van partijen is gebaseerd nu deze niet kan worden gegrondvest op de wilsovereenstemming tussen partijen. Want ware deze er geweest, dan was sprake geweest van een overeenkomst.

Anders is het geval waarin tussen partijen wél wilsovereenstemming bestaat, maar van een overeenkomst niet mag worden gesproken, omdat aan een vormvereiste niet is voldaan.[102] De fundering van deze vorm van precontractuele gebondenheid lijkt eenvoudig: het is de wilsovereenstemming, de autonomie van partijen. Maar dit antwoord werpt een fel licht op het vormvereiste. Wanneer ook *nuda pacta* moeten worden nagekomen, waarom is dan het vormvereiste gesteld? Zou het niet beter zijn te kiezen voor de benadering van de minister door de jurisprudentie over de preconsensuele gebondenheid ook toe te passen op deze postconsensuele gevallen? Hierna zal blijken dat ook in de laatste benadering de vraag zal moeten worden gesteld naar de aard en de ratio van het vormvereiste.

3.6.4 De postconsensuele gebondenheid langs de precontractuele lat

De minister lijkt geen enkele moeite te hebben met de toepassing van het criterium uit onder andere VSH/Shell op de aan hem voorgelegde casus. Om dit denkproces te kunnen nalopen is het dienstig dit criterium alsmede dat uit het Plas/Valburg-arrest in herinnering te brengen. Eerst Plas/Valburg:

---

101 HR 15 mei 1981, *NJ* 1982, 85 m.nt. CJHB; Stuyvers' Beheer/Eugster; HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt. CJHB; Plas/Valburg; HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. CJHB; VSH/Shell; HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 m.nt. PvS; Vogelaar/Skill en HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481 m.nt. HJS; De Ruijterij/MBO.

102 Zie over dit onderscheid ook Loos 2003a, p. 258.

> 'Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst'.

En vervolgens VSH/Shell:

> 'De grondslag van deze vordering komt daarop neer dat het Shell met het oog op het vertrouwen bij VSH in het tot stand komen van een overeenkomst niet meer vrij stond de onderhandelingen met VSH af te breken.
> Het hof heeft bij de beoordeling van deze grondslag tot uitgangspunt genomen dat Shell en VSH verplicht waren hun gedrag mede te doen bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen en dat het Shell te allen tijde vrijstond de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van VSH in het tot stand komen van de overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval niet gerechtvaardigd – d.w.z. onaanvaardbaar – zou zijn. Dit uitgangspunt is juist'.

De minister herhaalt in de beantwoording van de Kamervragen het onderdeel dat een partij verplicht is zijn gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van zijn wederpartij, maar slaat hierbij over het voor de precontractuele gebondenheid essentiële gedeelte over het gerechtvaardigd vertrouwen. Uit de bekommernis voor de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij vloeit onmiddellijk zijn conclusie voort: 'de verkoper handelt *dan ook* (cursivering CGBdV) onbehoorlijk als hij, in het geval dat mondeling overeenstemming over de koop is bereikt, de voor totstandbrenging van de overeenkomst vereiste medewerking aan het opmaken van de koopakte weigert met een beroep op het feit dat hij een hoger bod van een derde heeft ontvangen, onder mededeling aan de koper dat hij wel zal meewerken als deze het bod van de derde evenaart.' Is het onbehoorlijk het aanbod van A tot koop van mijn huis voor een bedrag X te verwerpen en hem te melden dat hij het wel kan kopen voor het hogere bedrag dat B mij inmiddels heeft geboden? Handel ik onrechtvaardig omdat ik het gerechtvaardigde belang van A om mijn huis zo goedkoop mogelijk te kunnen kopen niet in acht neem? Of andersom: mag na mondelinge overeenstemming de verkoper zijn medewerking aan het opmaken van de koopakte wel weigeren met de mededeling dat hij bij nader inzien zijn huis wil schenken aan een stichting om er straatkinderen in op te vangen? Het gaat niet om de motieven van de verkoper en ook niet om de belangen van de wederpartij, behalve het ene belang dat de verkoper zich aan zijn woord houdt. De minister heeft de precontractuele goede trouw nodig om de gebondenheid aan de mondelinge overeenstemming te bewerkstelligen. Er is nu sprake van precontractuele gebondenheid voor

wat vóór 1 september 2003 gewoon contractuele gebondenheid was. Dit wordt nog onderstreept door het criterium dat de minister in de Nota naar aanleiding van het Eindverslag (geciteerd in par. 3.6.2) voor de precontractuele gebondenheid geeft. Van belang zou immers zijn of het mondelinge akkoord de rechtens bindende hoofdovereenkomst zou opleveren wanneer geen vormvereiste voor de koop zou gelden.[103]

Zou de minister niet tot een ander antwoord zijn gekomen indien hij nader was ingegaan op het criterium dat bij de wederpartij (de koper) het gerechtvaardigd vertrouwen moet zijn opgewekt dat een contract tot stand zou komen? Bij de koper kan geen gerechtvaardigd vertrouwen bestaan dat er een geldige overeenkomst tot stand *is* gekomen, omdat hij behoort te weten dat artikel 7:2 BW een schriftelijke overeenkomst eist. Maar dat neemt niet weg dat hij wel gerechtvaardigd vertrouwt dat de overeenkomst geldig tot stand *zal* komen. Als in een geval de wederpartij dit mag vertrouwen dan is het wel wanneer partijen mondeling tot overeenstemming zijn gekomen. De strekking van het vormvereiste doet in dit licht niet ter zake. Niet valt in te zien hoe de strekking van het vormvereiste van invloed kan zijn op de vraag of het gerechtvaardigd vertrouwen dat aan dit vormvereiste *zal* worden voldaan aanwezig is. Bovendien kan worden betwijfeld of bij justitiabelen bekend is wat de strekking van het vormvereiste is. Het is zelfs voor wetenschappers een lastig te beantwoorden vraag. Ook wanneer het vormvereiste tot doel heeft te beschermen tegen overijling kan niet worden volgehouden dat de wederpartij er niet op had mogen vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zou komen.[104] Bekeken vanuit het criterium voor het intreden van de derde fase staat een vormvereiste niet in de weg aan het intreden van precontractuele gebondenheid. Dat spreekt ook voor zich. Precontractuele gebondenheid kan ontstaan in gevallen waarin nog geen wilsovereenstemming aanwezig is, maar erop wordt vertrouwd dat deze er zal zijn. Met andere woorden: het bestaan van de wilsovereenstemming is irrelevant. De vormgeving van deze wilsovereenstemming kan zo bekeken niet aan precontractuele aansprakelijkheid in de weg staan.

Het criterium voor het intreden van de derde fase uit het Plas/Valburg-arrest leidt dus in beginsel tot de conclusie dat het afbreken van de onderhandelingen niet is toegestaan, zodra er sprake is van mondelinge overeenstemming, ook al is aan het vormvereiste niet voldaan. Na het Plas/Valburg-arrest en het VSH/Shell-arrest heeft de Hoge Raad in het MBO/de Ruiterij-arrest duidelijk gemaakt dat het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen niet onder alle omstandigheden meebrengt dat afbreken onaanvaardbaar is. De Hoge Raad overweegt:

---

103 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 8 (NEV).
104 Anders: Hesselink 1996, p. 909.

> 'De klacht gaat terecht ervan uit dat, ingeval bij de wederpartij van degene die de onderhandelingen over een te sluiten overeenkomst afbreekt, het gerechtvaardigde vertrouwen bestond dat die overeenkomst tot stand zou komen, dit niet onder alle omstandigheden behoeft te leiden tot de slotsom dat het afbreken onaanvaardbaar is. Rekening dient ook te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan.'

Er bestaat dus een uitzondering op de regel dat gerechtvaardigd vertrouwen op het totstandkomen van de overeenkomst leidt tot het niet mogen afbreken van de onderhandelingen. Betwijfeld moet worden of dit tot een andere conclusie zou kunnen leiden wanneer deze wordt toegepast op het geval dat mondelinge overeenstemming tussen partijen bestaat, maar aan het vormvereiste nog niet is voldaan. Immers wanneer er mondelinge overeenstemming bestaat zal niet kunnen worden ontkend dat beide partijen op substantiële wijze aan het totstandkomingsvertrouwen hebben bijgedragen en van onvoorziene omstandigheden die zich *in de loop van de onderhandelingen* hebben voorgedaan kan geen sprake meer zijn, tenzij men hieronder ook wil verstaan onvoorziene omstandigheden die zich na de mondelinge overeenstemming hebben voorgedaan. Welke belangen van de niet aan de ondertekening van de overeenkomst meewerkende partij als gerechtvaardigd kunnen worden aangemerkt is onduidelijk. Wanneer hieronder ook een *better offer* van een derde valt of het verlies van het vertrouwen in de wederpartij biedt deze uitzondering enig soelaas. Is dit het geval dan wordt in wezen de contractvrijheid die, zoals uit het VSH/Shell-arrest bleek als uitgangspunt is blijven gelden, weer gepresenteerd als uitzondering op het gerechtvaardigd vertrouwen als voormeld. Een dergelijke uitleg zou van de rol van het gerechtvaardigd vertrouwen weinig overlaten; van een derde fase in het onderhandelingsproces zou bijkans niet meer kunnen worden gesproken. Dat bij de vraag naar de aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen een hoofdrol blijft weggelegd voor het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst blijkt ten slotte uit het CBB/JPO-arrest, waarin de Hoge Raad een groot deel van zijn jurisprudentie over dit leerstuk samenvat:[105]

> 'Bij de beoordeling van deze klachten moet worden vooropgesteld dat als maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen heeft te gelden dat ieder van de onderhandelende partijen – die verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen – vrij is de onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het totstandkomen van de overeenkomst of in

105 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467; CBB/JPO.

> verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval onderhandelingen ondanks gewijzigde omstandigheden over een lange tijd worden voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van afbreken van de onderhandelingen moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de onderhandelingen (vgl. HR 23 oktober 1987, nr. 12999, *NJ* 1988, 1017, rov. 3.1; HR 4 oktober 1996, nr. 16062, *NJ* 1997, 65, rov. 3.5.2.2; HR 14 juni 1996, nr. 16008, *NJ* 1997, 481, rov. 3.6).'

Hoewel de contractvrijheid voorop wordt gesteld blijft het gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van de overeenkomst[106] een hoofdrol spelen. Dit blijkt ook uit de daarna opgenomen overweging:

> 'Indien het hof heeft nagelaten te onderzoeken of het afbreken van de onderhandelingen door CBB onaanvaardbaar was en of JPO gelet op alle omstandigheden van het geval gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen dat een overeenkomst als door haar gesteld zou zijn totstandgekomen, heeft het voormelde maatstaf miskend en aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.'

Hoewel de Hoge Raad bijna letterlijk de zinnen uit verschillende eerdere arresten herhaalt, zien sommigen in dit arrest een trendbreuk.[107] Wellicht zou uit het vooropstellen van de contractvrijheid enerzijds en het herhalen van de overwegingen van de arresten VSH/Shell, De Ruiterij/MBO en ABB/Staat anderzijds moeten blijken dat het met de uitzondering die het gerechtvaardigd vertrouwen zou moeten maken op de contractvrijheid wel meevalt en dat het Plas/Valburg-arrest, waarin nog gedacht werd in zich verdichtende fases, in wezen is achterhaald. Opvallend is immers dat naar dit arrest niet wordt verwezen. Ook benadrukt de Hoge Raad enige regels verder dat het om een strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf gaat. Vanwege de herhaling van de vorige arresten zou ik dit arrest niet als een teken van een trendbreuk willen kenschetsen. Wel zie ik enige inkeer doorschemeren ten gunste van de contractvrijheid. Pas indien de Hoge Raad uit deze contractvrijheid de conclusie zou trekken dat een onderhandelende partij in beginsel niet aansprakelijk is voor het niet tot stand komen van een overeenkomst tenzij hij handelt

106 Waarschijnlijk moet dit zo worden geïnterpreteerd dat het hier gaat om het vertrouwen in het tot stand *zullen* komen van de overeenkomst. Anders zal dit vertrouwen met name wanneer dit is opgewekt door de wederpartij slecht te onderscheiden zijn van het vertrouwen zoals bedoeld in art. 3:35 BW. Toepassing van dit artikel zou leiden tot 'gewone' contractuele aansprakelijkheid.

107 Drion 2005, p. 1781.

in strijd met de redelijkheid en billijkheid,[108] zou van een trendbreuk kunnen worden gesproken. Gezien de dominante rol die het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij nog speelt is dit moment nog niet aangebroken.

Omdat het gerechtvaardigd vertrouwen dat de beoogde overeenkomst zou zijn totstandgekomen een zeer belangrijke rol blijft spelen binnen het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid bij de vraag of partijen mogen afzien van het sluiten van de overeenkomst, zal toepassing van dit leerstuk op de vraag of een partij na mondelinge overeenstemming moet meewerken aan het in acht nemen van een vormvereiste in het leeuwendeel van de gevallen tot een bevestigend antwoord leiden. Wat is echter het resultaat wanneer we het vormvereiste niet bekijken vanuit het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid, maar andersom: welke ruimte is er nog voor precontractuele aansprakelijkheid in het licht van de aard en de strekking van een vormvereiste?

3.6.5 Precontractuele gebondenheid in het licht van de aard van het vormvoorschrift

Zoals in de paragrafen 3.3.4 en 3.3.5 uiteengezet onderscheid ik twee visies op de aard van het vormvoorschrift: of de vorm geeft uiting aan de wilsovereenstemming tussen partijen en maakt aldus deel uit van de rechtshandeling (de handelingsvisie) of de vorm is 'slechts' een vereiste zonder welke de reeds tot stand gekomen rechtshandeling niet geldig of onaantastbaar is (de formaliteitsvisie). Deze visies hebben ook invloed op de vraag of precontractuele gebondenheid mogelijk is wanneer voor de tot stand te brengen overeenkomst een vormvereiste geldt.

Vormvereisten geven vorm aan de wilsovereenstemming tussen partijen. Dit geldt ongeacht de vraag welke ratio voor dit vormvereiste is gegeven. Of het nu een teken is van de weloverwogen wilskeuze en beschermt tegen overijling en wispelturigheid, zeker stelt wanneer er wilsovereenstemming is of is ingegeven ter bescherming van de belangen van derden, steeds gaat het erom dat de wilsovereenstemming in een bepaalde vorm tot uiting moet worden gebracht voordat partijen aan elkaar zijn gebonden.[109] Centraal in deze visie staat de rechtszekerheid en de autonomie van partijen. Wanneer bijvoorbeeld de regel is gegeven dat de overeenkomst pas tot stand komt door ondertekening van een schriftelijk stuk, dan mogen beide partijen ervan uitgaan dat

---

108 Zie bijv. art. 2:301 PECL.

109 Ook in het geval het vormvereiste in het belang van derden is gesteld is de overeenkomst nietig. Een andere vraag is of deze kan worden geconverteerd in een geldige overeenkomst (HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, 120; Van de Water/Van Hemme).

zij tot op het moment van ondertekening kunnen besluiten niet te contracteren. Hoe dicht men elkaar in de onderhandelingen ook is genaderd, men behoudt in alle opzichten zijn contractvrijheid. Juist wanneer men elkaar zo dicht nadert, wordt wellicht duidelijk dat men niet wil contracteren. En ook wanneer men het nog slechts over details heeft mag men beslissen de overeenkomst niet te sluiten. In deze visie is er geen sprake van zich verdichtende omstandigheden en is de contractsluiting geen zich voltrekkend proces dat zonder bewust gemaakte wilskeuzes tot gebondenheid leidt, maar een handeling die in vrijheid wordt verricht.[110] Nu het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid inhoudt dat men niet meer vrij is van het sluiten van een overeenkomst af te zien zodra men bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen, is dit leerstuk niet met de handelingsvisie in overeenstemming te brengen.[111] Immers dit vertrouwen kan door de mondelinge overeenstemming al zijn gewekt voordat de rechtens relevante wilsuiting is gedaan. Dit kan ook als volgt duidelijk worden gemaakt. In de handelingsvisie is de vorm de vormgeving van de wilsovereenstemming. Wanneer deze wilsovereenstemming er niet behoeft te zijn om gebondenheid te kunnen aannemen – vertrouwen is immers voldoende – komt men aan de vormgeving niet meer toe. Het stellen van vormvereisten en de hiervoor omschreven precontractuele aansprakelijkheid sluiten elkaar in de handelingsvisie uit.[112]

De formaliteitsvisie kan anders dan de handelingsvisie wel in overeenstemming worden gebracht met de leer dat men in beginsel gebonden is zodra men bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat enigerlei overeenkomst tot stand zal komen. In deze visie zijn de wilsovereenstemming en de voorgeschreven vorm zodanig van elkaar gescheiden, dat aan het vormvereiste ook los van de wilsovereenstemming zou kunnen worden voldaan. De wilsovereenstemming die nodig is voor de totstandkoming van de overeenkomst kan zich in deze visie vormvrij hebben gemanifesteerd. Deze ontkoppeling maakt het ook mogelijk dat geen vorm wordt gegeven aan de wilsovereenstemming, maar aan datgene waarvan een partij gerechtvaardigd mocht verwachten dat het tot stand zou komen. Is hiervoor de handtekening van

110 Pfeiffer schrijft hierover: 'Vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit wird man damit auf die Bestimmung desjenigen "*machischen Moments*" niet verzichten können, in dem die vertragliche Bindungswirkung eintritt und nach dessen Maßgaben deren Inhalt festzulegen ist.' Hij stelt dit 'magische moment' van de contractsluiting tegenover het model waarin de contractuele gebondenheid is gebaseerd op een 'gestreckten, prozesshaften Tatbestand mit einer zunehmenden Intensität der obligatorischen Bindung' (Pfeiffer 2003, p. 110-111).

111 Zie over de dominante rol van dit gerechtvaardigd vertrouwen par. 3.6.4.

112 De eisen van redelijkheid en billijkheid die partijen in de precontractuele fase ten opzichte van elkaar in acht moeten nemen spelen echter op een veel directer wijze een rol bij de vraag of een partij aansprakelijk is voor het niet op geldige wijze tot stand doen komen van een overeenkomst. Zie hierover par. 3.8.4 en 3.8.5.

de wederpartij nodig, dan behoort hij deze te zetten. Hij is precontractueel gebonden mee te werken aan het tot stand komen van de overeenkomst. De vorm markeert niet, zoals in de handelingsvisie, het moment waarop gebondenheid mag worden aangenomen. Het is in de formaliteitsvisie andersom: de precontractuele gebondenheid verplicht de wederpartij tot medewerking aan de vorm. Wanneer men nu op grond van de vormvrije wilsovereenstemming aanneemt dat een partij gerechtvaardigd mocht verwachten dat een geldige overeenkomst tot stand zou komen, leidt deze vormvrije wilsovereenstemming op grond van precontractuele gebondenheid tot een verplichting tot medewerking aan de vorm. De vorm wordt aldus slechts een rite de passage op weg naar contractuele volwassenheid, tot medewerking waaraan de wederpartij zo nodig kan worden gedwongen.[113] Ook al wil hij dat op dat moment niet.

Dit samengaan van precontractuele gebondenheid en het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW wordt onder meer verdedigd door Loos.[114] Uit het Beliën/Provincie Brabant-arrest[115] leidt hij af dat wanneer de onderhandelingen hebben geleid tot 'definitieve afspraken' die niet hebben geleid tot een juridisch bindende overeenkomst, de regels omtrent precontractuele aansprakelijkheid van overeenkomstige toepassing zijn. Dit zou volgens Loos betekenen dat wanneer partijen mondelinge overeenstemming hebben bereikt, maar deze wilsovereenstemming nog niet schriftelijk hebben vastgelegd, de regels van het Plas/Valburg-arrest en de daarop volgende rechtspraak dienen te worden toegepast. Het is de vraag of dit uit dit arrest zou kunnen worden afgeleid. In het Beliën/Provincie Brabant-arrest ging het niet om een vormvereiste dat nog moest worden vervuld maar om het voorbehoud van goedkeuring van het overeengekomene door GS. De kwalificatie dat het hier zou gaan om 'definitieve afspraken' die niet hebben geleid tot een juridisch bindende overeenkomst komt ook niet van de Hoge Raad maar van het hof. De Hoge Raad casseert juist omdat het met het oordeel van het hof dat de onderhandelende partijen niet in de precontractuele fase zijn blijven steken niet eens is. Met andere woorden: door het voorbehoud zijn partijen wél in de precontractuele en zelfs preconsensuele situatie blijven steken.[116] Voor de vraag of vormvoorschriften en precontractuele aansprakelijkheid samengaan kan dit arrest dus niet van doorslaggevende betekenis zijn.

Van groter belang voor de conclusie van Loos zijn twee andere elementen in zijn redenering. De eerste is dat op het moment dat de vormvrije mondelinge

113 Nieuwenhuis 1989, p. 467-468.
114 Loos 2003a, p. 259.
115 HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569 m.nt. CJHB; Beliën/Provincie Brabant.
116 Zie ook C.J.H. Brunner in zijn noot onder dit arrest, die schrijft dat het hier gaat om een potestatieve voorwaarde (indien ik zal willen).

overeenstemming is bereikt, bij de koper het gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat de overeenkomst tot stand zal komen. Dat ben ik met hem eens (zie par. 3.6.4). Maar welke betekenis heeft dan nog het vormvoorschrift als men op grond van dit enkele vertrouwen gebondenheid zou willen aannemen? Men komt hier alleen uit door de vorm niet te koppelen aan de wilsovereenstemming waardoor de rechtshandeling tot stand komt, maar het slechts te beschouwen als een formaliteit. Dit tweede element blijkt uit zijn opmerking dat, nu partijen volledige overeenstemming hebben bereikt over de inhoud van de overeenkomst, 'slechts een formaliteit' in de weg staat aan onmiddellijke totstandkoming van de koopovereenkomst en aan binding van de verkoper aan die overeenkomst.

De conclusie is dat er binnen de handelingsvisie er geen ruimte bestaat voor precontractuele gebondenheid uitsluitend op grond van gerechtvaardigd vertrouwen dat na vormvrije wilsovereenstemming een overeenkomst tot stand zal komen. In de formaliteitsvisie bestaat deze ruimte in beginsel wel. Toch kan ook in deze visie precontractuele gebondenheid na vormvrije wilsovereenstemming niet zonder meer worden aangenomen. Want ook wanneer men de *solemnitatis causa* voorgeschreven vorm niet verbindt aan de wilsovereenstemming die nodig is voor de totstandkoming van de rechtshandeling blijft van kracht dat de geldigheid van de rechtshandeling wel van het in acht nemen van de vorm afhankelijk is. Het aannemen van gebondenheid op grond van precontractuele aansprakelijkheid zou de bescherming die het vormvereiste beoogt te bieden kunnen ondermijnen. Hierdoor wordt binnen de formaliteitsvisie de vraag of precontractuele aansprakelijkheid kan worden aangenomen afhankelijk van de ratio van het vormvoorschrift.

3.6.6 Precontractuele gebondenheid en de ratio van het vormvoorschrift in het algemeen

De vraag of precontractuele gebondenheid kan worden aangenomen met betrekking tot een overeenkomst waarvoor een vormvereiste geldt komt aan de orde in het Zweedse vrouwarrest.[117] Een vermogend man treedt zonder het maken van huwelijkse voorwaarden in het huwelijk met een vrouw. Echtelieden zijn het met elkaar eens dat na het sluiten van het huwelijk nog huwelijkse voorwaarden zullen moeten worden opgesteld. Enige jaren later scheiden zij van echt. Er zijn echter nog steeds geen huwelijkse voorwaarden. Dit betekent dat het grote vermogen van de man in de gemeenschap van goederen valt en de vrouw bij de verdeling recht heeft op de helft hiervan. In rechte beroept de man zich primair op rechtstreekse gebondenheid van de

117 HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524; Zweedse vrouw.

vrouw aan de voorovereenkomst. Subsidiair brengt hij de precontractuele redelijkheid en billijkheid in stelling. Op de vrijheid die (aanstaande) echtelieden hebben om hun huwelijksvermogensregime te regelen mogen niet te snel uitzonderingen worden aangenomen. Maar dit wordt volgens de man uiteraard anders indien tussen de (aanstaande) echtelieden reeds voor hun huwelijk een voorovereenkomst bestond tot het aangaan van huwelijkse voorwaarden. Daar komt volgens hem nog bij dat de echtelieden ná het sluiten van hun huwelijk, ook door het ontstaan van de wettelijke gemeenschap van goederen, als deelgenoten in die gemeenschap tot elkaar zijn komen te staan in een rechtsverhouding die beheerst wordt door de redelijkheid en billijkheid. Een gedeelte uit het cassatiemiddel van de man:

> 'Tegen de achtergrond van die (in dubbel opzicht) door de redelijkheid en billijkheid gekleurde rechtsverhouding, geldt dat de man er op mocht vertrouwen dat "enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren" en dat het de vrouw naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet was toegestaan de onderhandelingen over de te sluiten huwelijkse voorwaarden af te breken.'

Leidt Plas/Valburg ons om de vormvoorschriften heen met name in de gevallen waarin er reeds wilsovereenstemming is? De Hoge Raad lijkt geen onderscheid te maken tussen het rechtstreekse beroep op gebondenheid aan de voorovereenkomst en de precontractuele gebondenheid op grond waarvan het niet zou zijn toegestaan de onderhandelingen af te breken. De omstandigheid dat tussen partijen overeenstemming bestond over het alsnog, na de huwelijkssluiting, opstellen van (enige vorm van) huwelijkse voorwaarden kan niet tot afwijking leiden van de verdeling bij helfte van de huwelijksgoederengemeenschap. De Hoge Raad overweegt:

> 'Hierbij verdient aantekening dat, gelet op het bepaalde in art. 6:226 in verbinding met art. 1:115 BW, ook een voorovereenkomst tot het tot stand brengen van (enige voldoende bepaalbare vorm van) huwelijkse voorwaarden niet vormvrij zou kunnen worden aangegaan. De door art. 1:115 voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden op straffe van nietigheid voorgeschreven notariële tussenkomst strekt immers mede tot bescherming van de partijen bij de op te stellen akte van huwelijkse voorwaarden.'

Wanneer men niet contractueel aan een voorovereenkomst is gebonden met het oog op de strekking van het vormvoorschrift verbonden aan de te sluiten overeenkomst, kan men ook niet gebonden zijn op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Dit ligt voor de hand. De bescherming van het vormvoorschrift wordt al ondermijnd wanneer partijen, die zonder in achtneming van deze vorm een voorovereenkomst sluiten, gebonden zouden zijn. Hoe zeer zal dit het geval zijn wanneer deze gebondenheid zelfs niet voorvloeit uit een dergelijke wilsovereenstemming tot het sluiten van een contract, maar

slechts uit het feit dat één van de partijen gerechtvaardigd mocht vertrouwen dat enigerlei contract tot stand zou komen.[118]

Wanneer een voorovereenkomst afstuit op een vormvoorschrift, zal ook de precontractuele gebondenheid hierop afstuiten. Artikel 6:226 BW is analoog van toepassing:[119]

> 'Stelt de wet voor de totstandkoming van een overeenkomst een vormvereiste, dan is dit voorschrift van overeenkomstige toepassing op een overeenkomst waarbij een partij in wier belang het strekt, zich tot het aangaan van een zodanige overeenkomst verbindt, tenzij uit de strekking van het voorschrift anders voortvloeit.'

Waarom zou een voorovereenkomst in dezelfde vorm moeten worden aangegaan als de overeenkomst waartoe men zich verbonden heeft deze aan te gaan? Het antwoord is gelegen in de aard van de voorovereenkomst enerzijds en de ratio van het vormvoorschrift anderzijds. De voorovereenkomst is een obligatoire overeenkomst waaruit voor één partij of voor beide partijen de verplichting voortvloeit medewerking te verlenen aan de totstandkoming van een tweede overeenkomst, waarvan de inhoud bepaald of althans bepaalbaar moet zijn.[120] Omdat het afsluiten van de tweede overeenkomst kan worden afgedwongen met de eerste overeenkomst treedt de gebondenheid van partijen reeds in bij het sluiten van de eerste overeenkomst. Wanneer het vormvoorschrift is voorgeschreven om een partij of beide partijen tegen een te snelle gebondenheid te beschermen, dan zal van deze bedoeling niets terechtkomen, indien ook een vormvrije voorovereenkomst geldig of onaantastbaar zou zijn. Is een vormvereiste *solemnitatis causa* en in het belang van (een van) de partijen voorgeschreven, dan geldt dit vormvereiste ook solemninitatis causa voor de voorovereenkomst.

Geldt dit ook voor vormvoorschriften die *probationis causa* zijn voorgeschreven? In deze categorie kan onderscheid worden gemaakt tussen vormvoorschriften die zien op het bewijs tussen partijen en vormvoorschriften met het oog op het bewijs jegens derden. Een voorbeeld van de eerstgenoemde categorie is artikel 7:859 lid 1 BW:

> 'Tegenover de borg wordt de borgtocht slechts door een door hem ondertekend geschrift bewezen.'

---

118 Opmerking verdient dat door sommigen de precontractuele gebondenheid wordt gebaseerd op het gerechtvaardigd vertrouwen dat een voorovereenkomt is gesloten. Zie Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 164 en Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht)*, art. 217-227, aant. 44.3.

119 Omdat de mondelinge wilsovereenstemming die (bijna altijd) vooraf gaat aan de vorm niet kan worden gelijkgesteld met een voorovereenkomst kan van rechtstreekse toepassing geen sprake zijn (zie par. 3.7).

120 Goudeket 1906, p. 10-12.

Een voorbeeld van de laatstgenoemde categorie is artikel 1:130 BW:

> 'Een echtgenoot kan tegen derden zijn aanbreng van bij huwelijkse voorwaarden buiten de gemeenschap gehouden goederen, voor wat betreft rechten aan toonder en zaken die geen registergoederen zijn, slechts bewijzen door hun vermelding in de akte van huwelijkse voorwaarden of in een door de partijen en de notaris ondertekende, aan de minuut van die akte vastgehechte beschrijving. Indien de vermelding van een goed geen afdoende omschrijving daarvan biedt, kan aanvullend bewijs door alle middelen worden geleverd; ten aanzien van goederen die een echtgenoot buiten diens weten opgekomen waren, kan het bewijs door alle middelen worden geleverd.'

Kan de voorovereenkomst tot het sluiten van een borgtochtovereenkomst worden bewezen met alle middelen, zodat de borg in spe gedwongen kan worden mee te werken aan het sluiten van de borgtochtovereenkomst? Dit zou van de door de wet beoogde bescherming van de borg weinig over laten. Maar dit is anders indien het bewijsvoorschrift met het oog op derden is geschreven. De voorovereenkomst heeft ten aanzien van derden geen werking, deze bindt slechts partijen tot het sluiten van een overeenkomst die een bepaalde werking tegenover derden heeft. Het belang van derden wordt gediend indien bij deze laatste overeenkomst het vormvoorschrift in acht wordt genomen. Bij de voorovereenkomst is het nog niet nodig.

Dit (het bewijsvoorschrift ten behoeve van derden) is de strohalm waar de man zich in het Zweedse vrouwarrest aan vast klampt. Uit de wetsgeschiedenis van deze bepaling alsook uit de oudere literatuur (verwezen wordt naar C.A. Kraan, De overeenkomst tot het aangaan van huwelijkse voorwaarden, *WPNR* (1986) 5776, p. 189-194) zou blijken dat het vormvereiste van een notariële akte gebaseerd is op de bewijsrechtelijke betekenis van die akte en niet op de bescherming van de belangen van één of beide (aanstaande) echtgenoten. Wanneer je alleen naar artikel 1:130 BW zou kijken, zou de man hierin gelijk kunnen hebben. Het probleem is echter dat huwelijkse voorwaarden meer functies hebben dan het leveren van bewijs ten opzichte van derden van wat privé is en wat gemeenschappelijk. Om niet de minste te noemen: zij bewerkstelligen dat wordt afgeweken van wat zonder de huwelijkse voorwaarden op grond van de wet zou gelden, namelijk de wettelijke gemeenschap van goederen of zij wijzigen de vermogensrechtelijke situatie tussen echtgenoten op andere wijze. Wegens deze ingrijpende gevolgen die huwelijkse voorwaarden tussen partijen kunnen hebben, wordt er tegenwoordig van uitgegaan dat het vormvoorschrift van de notariële akte met name ook dient ter bescherming van partijen. De tussenkomst van een notaris strekt ertoe een degelijke regeling te garanderen en partijen het grote gewicht van de handeling in te

scherpen.[121] Het kan zo zijn dat dit oorspronkelijk, toen het voorschrift van de notariële akte voor huwelijkse voorwaarden in de wet werd opgenomen, slechts met het oog op de belangen van derden is gebeurd. Maar dat neemt niet weg dat doordat een notaris bij de totstandkoming van deze overeenkomst is betrokken mede het belang van partijen zelf een rol is gaan spelen. In het arrest Groninger notaris heeft de Hoge Raad beslist dat de omstandigheden kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve gehouden is tot het geven van verdergaande informatie dan een zakelijke toelichting op de akte.[122] Het ging in dit geval over het verlijden van een akte van huwelijkse voorwaarden waarbij een gemeenschap van vruchten en inkomsten werd omgezet in een gemeenschap van goederen. Dit was zeer in het nadeel van de vrouw, die de portee van de nieuwe huwelijkse voorwaarden niet goed begreep. De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt volgens de Hoge Raad mee dat de notaris, die de akte verlijdt, beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Op de notaris rust een informatieplicht bij het opmaken van de akte van huwelijkse voorwaarden. Zo kan een vormvoorschrift dat oorspronkelijk *causa probationis* in belang van derden is voorgeschreven zich ontwikkelen tot een vormvoorschrift dat ook *causa solemnitatis* in het belang van partijen geldt. Niet alleen het bewijsrechtelijke belang van derden speelt nu een rol, maar ook de wilsvorming van partijen zelf. Artikel 6:226 BW brengt dan met zich mee dat ook de voorovereenkomst aan het vormvereiste moet voldoen.

3.6.7 Schending van artikel 6:226 BW: geldigheid, nietigheid of vernietigbaarheid?

Treft de vormloze voorovereenkomst hetzelfde lot als de vormloze hoofdovereenkomst? Het vormvoorschrift strekt zich krachtens artikel 6:226 BW ook uit over de voorovereenkomst indien deze strekt ter bescherming van een of van beide partijen. Maar verder dan dat behoeft deze bescherming niet te gaan. Dat betekent dat indien schending van het vormvoorschrift bij de hoofdovereenkomst niet zou leiden tot nietigheid maar slechts tot de mogelijkheid tot vernietiging door de partij wiens door het vormvoorschrift beschermde belang is geschonden ook de voorovereenkomst niet nietig maar vernietigbaar is. Voor de beantwoording van de vraag of de voorovereenkomst geldig is, nietig is, respectievelijk door de ene of andere of beide partijen kan worden vernietigd, is dus van belang tot welk resultaat men komt bij de vraag wat de schending van het vormvoorschrift bij de hoofdovereenkomst tot gevolg zou hebben.

121 De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz 1999, nr. 202.
122 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766.

Hartkamp verdedigt echter dat, wanneer het vormvoorschrift is geschreven ter bescherming van een der partijen tegen de ander of tegen zichzelf of beide partijen tegen elkaar, de sanctie van nietigheid veel minder voor de hand ligt. In deze gevallen zou de partij die door het vormvoorschrift wordt beschermd de keuze moeten worden gelaten zich op het ontbreken daarvan te beroepen en derhalve vernietigbaarheid van de vormloos totstandgekomen rechtshandeling aan te nemen. Aangezien volgens Hartkamp artikel 6:226 BW slechts geldt voor de aan partijen bescherming verlenende vormvoorschriften is hij van oordeel dat de sanctie op vormverzuim bij voorovereenkomsten in beginsel vernietigbaarheid is.[123] Ik vraag mij af of dit juist is. In de eerste plaats staat in artikel 6:226 BW niet dat het moet gaan om vormvereisten ter bescherming van partijen, maar om een vormvereiste dat strekt in het belang van een der partijen. Het artikel heeft niet alleen betrekking op vormvereisten die zien op een goede wilsvorming (dat is wat Hartkamp bedoelt met bescherming van partijen), maar ook op vormvoorschriften die zijn geschreven met het oog op de rechtszekerheid in het belang van partijen.[124] In het laatste geval is de sanctie – ook volgens Hartkamp – nietigheid. In de tweede plaats lijkt deze opvatting in strijd te komen met het Zweedse vrouw-arrest. Artikel 1:115 BW schrijft voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden notariële tussenkomst voor zowel ter bescherming van de partijen als met het oog op het bewijs tegenover derden. Volgen we de redenering van Hartkamp dan was de in artikel 1:115 BW opgenomen sanctie van nietigheid alleen nodig met het oog op laatstgenoemde ratio. Gold echter alleen deze ratio dan was artikel 6:226 BW niet van toepassing geweest en was de voorovereenkomst tussen partijen vormvrij geweest. Was artikel 1:115 BW alleen geschreven met het oog op de bescherming van partijen dan was de sanctie volgens Hartkamp vernietigbaarheid van de vormvrije huwelijkse voorwaarden geweest en was ook de voorovereenkomst slechts vernietigbaar geweest. Nu beide rationes gelden kan dit in de redenering van Hartkamp dus niet tot nietigheid van de voorovereenkomst leiden, maar alleen tot vernietigbaarheid. De voorovereenkomst was geldig geweest, indien de vrouw deze niet had vernietigd (en dat had zij in de procedure vooralsnog niet gedaan). De Hoge Raad komt echter niet tot deze conclusie, maar zegt dat een voorovereenkomst tot het tot stand brengen van huwelijkse voorwaarden niet vormvrij kan worden aangegaan, omdat de in artikel 1:115 BW op straffe van nietigheid voorgeschreven notariële tussenkomst mede strekt tot bescherming van de partijen bij de op te stellen

123 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 220.

124 In *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895 (MvA) wordt gesteld dat het artikel uitsluitend ziet op vormvereisten ter bescherming van een der partijen of beide partijen, zodat die welke uitsluitend strekken ter bescherming van derden erbuiten vallen. Hiermee lijkt eerder de tegenstelling tussen partijen en derden te worden onderstreept, dan dat het vormvoorschrift dat is geschreven met het oog op de rechtszekerheid van (een der) partijen er niet onder zou vallen.

akte van huwelijkse voorwaarden. De voorovereenkomst is dus niet vernietigbaar, maar ze kan niet aldus worden aangegaan; zij is nietig.

Op grond van het Zweedse vrouw-arrest kan derhalve worden aangenomen dat aan het niet in acht nemen van de op grond van artikel 6:226 BW voorgeschreven vorm dezelfde gevolgen zijn verbonden als aan het niet in acht nemen van de bij de betreffende hoofdovereenkomst voorgeschreven vorm. Binnen de formaliteitsvisie zal via de ratio van het vormvoorschrift van de hoofdovereenkomst moeten worden nagegaan welke sanctie aan het niet in acht nemen van het vormvoorschrift is verbonden. Bij artikel 7:2 BW leidt dit zoals uiteengezet in paragraaf 3.5.1 tot onzekerheid. Volgt men de bewoordingen van de parlementaire geschiedenis dan is de sanctie nietigheid. Gaat men op zoek naar de eigenlijke reden van het vormvoorschrift dan zou het gevolg van vormverzuim moeten zijn: vernietigbaarheid door de koper. Dit zou betekenen dat een vormvrije voorovereenkomst ook slechts door hem zou kunnen worden vernietigd. Zolang de koper dat niet doet blijft de verkoper aan de voorovereenkomst gebonden.

3.6.8 Precontractuele gebondenheid, de analoge toepassing van artikel 6:226 BW en de ratio van artikel 7:2 BW

Hoe kan men nu artikel 6:226 BW ook wat betreft de gevolgen nietigheid of vernietigbaarheid analoog toepassen op de vraag of er precontractuele gebondenheid bestaat?

In de handelingsvisie op de aard van het vormvoorschrift komt men aan precontractuele gebondenheid in het geheel niet toe, zodat ook aan een analoge toepassing van artikel 6:226 BW niet behoeft te worden begonnen. Zou men het – bij wijze van gedachtenexperiment – toch doen dan zou men in de gevallen waarin het vormvoorschrift strekt ter bescherming van een der partijen concluderen tot nietigheid van de voorovereenkomst, omdat in deze visie de hoofdovereenkomst bij schending van het vormvoorschrift ook nietig is. Toepassing hiervan op de precontractuele fase leidt dan eveneens tot een uitsluiting van precontractuele gebondenheid.

In de formaliteitsvisie bestaat in beginsel wel ruimte voor precontractuele gebondenheid (par. 3.6.5). Analoge toepassing van artikel 6:226 BW kan dan tot twee gevolgen leiden. Wanneer de voorovereenkomst nietig zou zijn, lijkt precontractuele gebondenheid van verkoper en van koper uitgesloten. Wanneer de voorovereenkomst door een van beide partijen vernietigd kan worden kan alleen door deze partij een beroep op precontractuele gebondenheid van de wederpartij worden gedaan.

Wanneer het juist is dat het vormvereiste van artikel 7:2 BW alleen is geschreven ter bescherming van de koper brengt de formaliteitsvisie met zich mee dat alleen de koper een beroep kan doen op het feit dat wilsovereenstemming is bereikt en dat de verkoper gehouden is mee te werken aan ondertekening van de akte.

Deze vorm van kopersbescherming gaat naar mijn mening te ver. In de eerste plaats leidt dit nog los van het gegeven dat de koper na de ondertekening van de akte de overeenkomst binnen drie dagen kan ontbinden tot een asymmetrische binding van partijen.[125] In de tweede plaats is er geen reden de koper te 'beschermen' in zijn belang eerder een overeenkomst te sluiten dan volgens de wettelijke regels het geval zou zijn (zie par. 3.5.3). En in de derde plaats wordt aldus het belang van de verkoper duidelijkheid te hebben ten aanzien van de vraag wanneer hij en zijn wederpartij gebonden zijn niet beschermd. Integendeel, de verkoper wordt op het verkeerde been gezet. Dacht hij voor 1 september 2003 wellicht zonder wettelijke grond dat hij pas gebonden was wanneer beide handtekeningen zijn gezet, nu kan hij verwijzen naar artikel 7:2 lid 1 en 2 BW. Hij loopt echter het gevaar achteraf in rechte te moeten vernemen dat hij desalniettemin al gebonden is aan de mondelinge afspraak.

3.6.9 Vernietigbaarheid van de vormvrije overeenkomst en de omweg via de precontractuele gebondenheid

Binnen de formaliteitsvisie leidt de opvatting dat het vormvoorschrift ter bescherming van de koper is geschreven tot de conclusie dat verkoper wel en koper niet gebonden is aan de mondelinge wilsovereenstemming. De door de minister gewezen omweg via de leer van precontractuele gebondenheid en de analoge toepassing van artikel 6:226 BW had hiervoor niet genomen behoeven te worden. Hetzelfde resultaat wordt immers bereikt door direct aan te nemen dat het niet in acht nemen van het vormvoorschrift van artikel 7:2 lid 1 BW vanwege deze ratio niet leidt tot nietigheid maar tot de bevoegdheid van de koper de vormvrije koopovereenkomst te vernietigen.

Wanneer we terugkeren naar het antwoord van de minister op de Kamervraag wat rechtens is als de verkoper weigert de koopakte te tekenen valt op dat hij enerzijds vasthoudt aan de sanctie nietigheid en anderzijds de verkoper gehouden acht tot medewerking aan het totstandbrengen van de koopakte.[126]

---

125 Huijgen 2004, nr. 65; Van Velten 2005a, p. 197.

126 *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 178, p. 383-384. Anders dan eerder in de parlementaire geschiedenis gebruikt de minister niet het woord nietigheid, maar staat er dat koopovereenkomst in deze fase nog niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. Uit de tekst blijkt niet dat hiermee iets anders dan nietigheid wordt bedoeld. Integendeel, er wordt verwezen naar

Was het dan niet zuiverder geweest aan het niet in acht nemen van het vormvoorschrift de sanctie vernietigbaarheid te koppelen? Kennelijk wil de minister vasthouden aan de gedachte dat het vormvereiste mede strekt ter bescherming van de rechtszekerheid van beide partijen. De op de mondelinge wilsovereenstemming gebaseerde precontractuele gebondenheid van de verkoper is met deze gedachte in strijd, omdat zij leidt tot bescherming van uitsluitend het belang van de koper. Moeten we uit dit antwoord afleiden dat de steeds door de minister beleden nietigheid eigenlijk geen nietigheid is? Of is het antwoord over de precontractuele gebondenheid van de verkoper niet geheel doordacht? Het feit dat het Zweedse vrouw-arrest en de aard en strekking van het vormvoorschrift niet in het antwoord worden betrokken lijkt hierop te wijzen. Misschien moet aan deze ministeriële toelichting ex post niet te veel waarde worden gehecht.

Binnen de door mij aangehangen handelingsvisie op het vormvereiste van artikel 7:2 BW leidt het niet in acht nemen ervan tot nietigheid van de overeenkomst. Binnen de formaliteitsvisie hangt het ervan af welke ratio voor het vormvereiste wordt aangenomen. Is het mede geschreven met het oog op de rechtszekerheid van beide partijen en eventuele andere gegadigden, dan is de sanctie nietigheid. Is het geschreven met het oog op de bescherming van de koper, dan kan volstaan worden met het aan de koper verschaffen van de bevoegdheid de vormvrije overeenkomst te vernietigen. Concludeert men tot nietigheid dan zal het aannemen van een precontractuele gebondenheid hiermee in strijd zijn. Concludeert men tot vernietigbaarheid, dan komt men aan precontractuele gebondenheid niet toe wanneer er al sprake is van een vormvrije wilsovereenstemming. Deze kan dan immers worden aangemerkt als een geldige overeenkomst, zolang deze nog niet is vernietigd.

3.6.10 De lagere jurisprudentie over de precontractuele gebondenheid tot medewerking aan een akte

Sinds de invoering van artikel 7:2 BW zijn er verschillende uitspraken gepubliceerd over de vraag of de verkoper wegens de mondelinge overeenstemming over de verkoop van een woning aan een consument-koper gehouden is tot medewerking aan de ondertekening van de koopakte.[127] Uit de verschillende vonnissen blijkt dat onder de rechters in Nederland geen communis opinio bestaat over de rechtsgevolgen van een mondelinge overeenstemming met betrekking tot de totstandkoming van een overeenkomst waarop artikel 7:2

Kamerstukken II 1995/96 23 095, nr. 5, p. 13 (MvA) in welke passage aan het niet rechtsgeldig tot stand komen de term nietigheid wordt verbonden.

127 Zie over deze jurisprudentie: Van Velten 2005a, p. 197-198; Van Velten 2005b, p. 729-730 en Van Velten 2006b, p. 563-565.

BW van toepassing is. Grofweg kan men de uitspraken onderverdelen in twee groepen. In de eerste groep acht de rechter de verkoper gebonden aan de mondelinge overeenstemming. In de tweede groep wordt de verkoper contractueel noch anderszins aan de wilsovereenstemming gebonden geacht zolang niet aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW is voldaan. Opvallend is dat binnen één rechtbank aanhangers van zowel de ene als de andere opvatting te vinden zijn.[128]

Welke zijn nu de in de hierboven omschreven eerste groep uitspraken de gehanteerde argumenten en criteria? In de meeste zaken wordt door de koper een, ook in het licht van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid, vergaande vordering ingesteld: het meewerken aan de opstelling en ondertekening van een koopakte. Soms wordt bovendien medewerking aan de akte van levering gevorderd. Deze vordering wordt door de rechter beoordeeld volgens het in de parlementaire geschiedenis uitgezette patroon. Nadat meestal in de eerste plaats wel wordt overwogen dat vanwege het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste de koopovereenkomst niet rechtsgeldig tot stand is gekomen of nietig is, volgt daarna de tournure dat dit niet zonder meer met zich meebrengt dat het de verkoper zou vrijstaan zich na het bereiken van mondelinge overeenstemming met de koper zonder meer terug te trekken, omdat denkbaar is dat op de verkoper een verplichting rust tot medewerking aan het tot stand brengen van de koop door het opmaken van de daarvoor vereiste akte.[129] In sommige uitspraken wordt uit de verschillende vindplaatsen in de parlementaire geschiedenis zelfs uitvoerig geciteerd.[130] De uiteindelijk gehanteerde argumentatie is verschillend. Soms wordt slechts overwogen dat de verkoper onbehoorlijk handelt als hij na het bereiken van de mondelinge overeenstemming geen medewerking verleent aan het opmaken van de schriftelijke overeenkomst.[131] Het meest toegepaste criterium is vooralsnog de redenering uit de Nota naar aanleiding van het Eindverslag (zie het citaat in par. 3.6.2). Overwogen wordt of het mondelinge akkoord, het vormvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW weggedacht, de beoogde rechtens bindende hoofdovereen-

128 De volgende vonnissen van de Rb. Haarlem behoren tot de eerste groep: Vzr. Rb. Haarlem 9 juli 2004, *NJF* 2004, 503; Vzr. Rb. Haarlem 6 juni 2006, *LJN* AX7093 en de volgende tot de tweede groep: Vzr. Rb. Haarlem 29 maart 2006, *LJN* AV9072; Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2006, *LJN* AX4870, *Notamail* 2006, 124.

129 Vzr. Rb. Haarlem 9 juli 2004, *NJF* 2004, 503; Vzr. Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, *NJF* 2004, 592; Vzr. Rb. Zutphen 8 juli 2005, *NJF* 2005, 375; Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *NJF* 2006, 117; Vzr. Rb. Zutphen 22 november 2005, *NJF* 2006, 377; Vzr. Rb. Haarlem 6 juni 2006, *LJN* AX7093; Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937; Vzr. Rb. Arnhem 7 juli 2006, *LJN* AY4055.

130 Deze vindplaatsen zijn: *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095 nr. 5, p. 13 (MvA); *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 7-8 (NEV) en *Aanhangsel Handelingen II* 2003/04, nr. 178, p. 383-384. De citaten zijn te vinden in Vzr. Rb. Zutphen 8 juli 2005, *NJF* 2005, 375; Vzr. Rb. Zutphen 22 november 2005, *NJF* 2006, 377 en Vzr. Rb. Arnhem 7 juli 2006, *LJN* AY4055.

131 Vzr. Rb. Maastricht 2 mei 2005, *LJN* AT5938.

komst zou opleveren (hierna: wegdenk-criterium).[132] In een enkel geval wordt hier nog het Plas/Valburg-criterium aan toegevoegd, namelijk de vraag of de koper er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de mondelinge overeenstemming zou uitmonden in een schriftelijke koopovereenkomst.[133] Op de ratio van het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW wordt soms ingegaan in die zin dat hierover wordt opgemerkt dat deze slechts noodzakelijk is met het oog op de ingangsdatum van de bedenktijd.[134]

De toetsing aan het wegdenk-criterium leidt niet altijd tot toewijzing van de vordering tot medewerking aan de opstelling en ondertekening van de koopakte. In een aantal gevallen komt de rechter tot het oordeel dat geen (volledige) wilsovereenstemming is bereikt.[135] Ook wanneer onvoldoende kan worden vastgesteld of partijen mondeling tot wilsovereenstemming zijn gekomen wordt de vordering door de voorzieningenrechter afgewezen, omdat voor het horen van getuigen in een kort geding procedure geen plaats is.[136] In een vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem wordt als uitgangspunt gekozen dat de verkoper zich niet na het bereiken van een mondelinge overeenstemming zonder meer mag terugtrekken, omdat bij de koper het gerechtvaardigde vertrouwen kan zijn gewekt dat er een koopovereenkomst tot stand zal worden gebracht. Een bijzonderheid in dit geval is echter dat in de verkoopbrochure, die bij gelegenheid van de eerste bezichtiging van het huis is overhandigd, is vermeld dat in de koopakte de bepaling zal worden opgenomen dat de overeenkomst tot stand komt onder de opschortende voorwaarde dat beide partijen deze akte ondertekenen. Daarom wordt het volgende overwogen:[137]

> 'Het voorgaande neemt niet weg dat de verkoper zich na een bereikt mondeling akkoord alsnog kan terugtrekken indien hij dit uitdrukkelijk heeft bedongen. Dit is in de onderhavige zaak het geval. Immers, in de verkoopbrochure – die Spannenburg c.s. (kopers, CGBdV), zoals zij zelf hebben gesteld, bij gelegenheid van de eerste bezichtiging van het registergoed is overhandigd – is expliciet vermeld dat in de koopakte zal worden opgenomen de bepaling dat de overeenkomst tot stand komt onder de opschortende voorwaarde dat beide partijen deze akte ondertekenen (…). Gelet op deze bepaling, die naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet anders kan worden uitgelegd dan dat Slaap (verkoper, CGBdV) zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt om zich terug te trekken tot aan de ondertekening van de

132 Vzr. Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, *NJF* 2004, 592; Vzr. Rb. Zutphen 8 juli 2005, *NJF* 2005, 375; Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937; Vzr. Rb. Arnhem 7 juli 2006, *LJN* AY4055.

133 Vzr. Rb. Zutphen 22 november 2005, *NJF* 2006, 377.

134 Vzr. Rb. Haarlem 6 juni 2006, *LJN* AX7093; Vzr. Rb. Arnhem 7 juli 2006, *LJN* AY4055.

135 Vzr. Rb. 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *NJF* 2006, 117; Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937.

136 Vzr. Rb. Maastricht 2 mei 2005, *LJN* AT5938; Rb. Haarlem 6 juni 2006, *LJN* AX7093.

137 Vzr. Rb. Haarlem 9 juli 2004, *NJF* 2004, 503.

> koopakte, hebben Spannenburg c.s. er niet op mogen vertrouwen dat Slaap zonder meer – te weten zonder het stellen van bijkomende voorwaarden – zou meewerken aan de schriftelijke vastlegging van de door hen bereikte overeenstemming.'

Artikel 18 van de NVM-koopakte bevatte een dergelijke opschortende voorwaarde.[138] Dammingh acht een dergelijke bepaling in de koopakte zinledig omdat uit artikel 7:2 lid 1 BW volgt dat er nog geen overeenkomst is zolang een door beide partijen ondertekende akte ontbreekt.[139] Met andere woorden: zolang men de akte inclusief artikel 18 nog niet heeft ondertekend kan men er ook niet aan zijn gebonden en wanneer men wel heeft ondertekend is men sowieso gebonden. Uit bovengeciteerde uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem blijkt echter dat, wanneer men ondanks het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW een precontractuele gebondenheid mogelijk acht, het uitgesproken voornemen een dergelijke bepaling in de akte op te nemen (in de verkoopbrochure) wel effect kan hebben. Dit aan de koper meegedeelde voornemen kan immers zo worden uitgelegd dat de verkoper zich uitdrukkelijk het recht voorbehoudt om zich terug te trekken tot aan de ondertekening van de koopakte. Opvallend is dat een dergelijke eenzijdige aankondiging dat men *subject to contract* contracteert bij de rechter meer gewicht in de schaal legt dan de wettelijke bepaling dat de koopovereenkomst schriftelijk tot stand komt.

Samengevat kan van de eerste groep uitspraken worden gezegd dat hierin de parlementaire geschiedenis vrijwel letterlijk wordt gevolgd. Voor de vraag of de verkoper is gebonden wordt artikel 7:2 BW weggedacht. Hierdoor lijkt de invoering van artikel 7:2 BW voor het moment van gebondenheid van de verkoper feitelijk geen verandering te hebben gebracht. Waar men vroeger een contractuele gebondenheid aannam voor beide partijen, wordt thans via het wegdenkcriterium een precontractuele gebondenheid van de verkoper aangenomen. In deze groep uitspraken kan niet de gedachte worden teruggevonden dat waar een vormvereiste verhindert dat contractuele gebondenheid ontstaat, ook een precontractuele gebondenheid, die op zich al minder legitiem is dan een contractuele gebondenheid, op bezwaren zou moeten stuiten. Voorts wordt uit verschillende van deze vonnissen duidelijk dat de contractvrijheid van de verkoper onder druk komt te staan indien men hem vóór de ondertekening van de akte gebonden acht. Uit een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zutphen blijkt dat de verkoper een bepaalde bepaling (antispeculatiebeding) in de akte opgenomen wilde zien. Dit woog volgens de rechter niet op tegen de belangen van de koper, omdat de verkoper 'vooraf

---

138 Thans bepaalt art. 18.1 NVM-akte: 'Uit deze overeenkomst vloeien pas verplichtingen voort als beide partijen deze akte hebben ondertekend.'

139 Dammingh 2004, p. 298. In een reactie wijst Vlaanderen erop dat de zin van deze bepaling zal afhangen van de status van het mondeling akkoord (Vlaanderen 2004, p. 305).

expliciet' had moeten kenbaar maken dat een dergelijk beding van de overeenkomst deel uit zou maken.[140] Wat partijen in de akte mogen opnemen wordt hierdoor afhankelijk van een belangenafweging van de rechter en niet van de beslissingen van partijen zelf. Nog evidenter is deze beperking van de contractvrijheid in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem.[141] In deze zaak wil een weduwe de voormalige echtelijke woning verkopen, waarin zij gezamenlijk met vier kinderen deelgenoot is. Tussen een aspirant koper enerzijds en de weduwe en de overige deelgenoten anderzijds wordt terzake mondelinge wilsovereenstemming bereikt. De weduwe bedenkt zich echter en wil niet meer verkopen zolang er tussen de deelgenoten geen volledige overeenstemming is bereikt over de verdeling en zij geen duidelijkheid heeft over haar eigen financiële situatie. De rechter overweegt dat dit iets is dat koper niet regardeert en dat niet aan de gehoudenheid van de weduwe in de weg staat. De weduwe heeft zich bedacht, maar te laat. Het moment waarop de overeenkomst volgens artikel 7:2 BW rechtsgeldig tot stand komt is, als we deze uitspraak als uitgangspunt zouden nemen, niet het moment waarop zij wordt geacht alles afgewogen te hebben, maar het moment waarop volgens de minister precontractuele gebondenheid ontstaat: bij de mondelinge overeenstemming. Wat een koper zelfs nog na de ondertekening van de koopakte gedurende de bedenktijd wordt toegestaan, wordt de verkoper vóór het ondertekenen van deze akte niet meer vergund.

In de tweede groep uitspraken wordt op grond van het gegeven dat de mondelinge koopovereenkomst nietig is, aangenomen dat deze partijen niet kan binden.[142] De Rechtbank Dordrecht verwerpt de in de parlementaire geschiedenis neergeschreven opvatting van de minister dat de verkoper bij mondelinge overeenstemming in beginsel gehouden zou zijn om mee te werken aan het opmaken van de koopakte op wetsystematische gronden:[143]

> 'De rechtbank is echter van oordeel dat de uit de parlementaire geschiedenis blijkende opvattingen van de regering zoals in rov. 9 weergegeven niet past in het in rov. 8 geschetste wettelijk systeem, dat erop neerkomt dat het niet voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste leidt tot nietigheid van de koop. Deze uit artikel 3:39 BW voortvloeiende nietigheid betekent dat de koop van aanvang aan van rechtswege nietig is en dat de wet daaraan zonder meer de daarmee beoogde rechtsgevolgen onthoudt. Daarmee is onverenigbaar dat aan een dergelijke, nietige rechtshandeling – zoals in de parlementaire geschiedenis staat – toch rechtsgevolg wordt verbonden, in die zin dat, ingeval sprake is van een mondeling akkoord dat – het vormvereiste

140 Vzr. Rb. Zutphen 8 juli 2005, *NJF* 2005, 375.
141 Vzr. Rb. Arnhem 7 juli 2006, *LJN* AY4055.
142 Rb. Dordrecht, 2 februari 2005, *NJF* 2005, 142; Vzr. Rb. Utrecht 17 maart 2005, *LJN* AT0954; Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2006, *LJN* AX4870; Vzr. Rb. Haarlem 29 maart 2006, *LJN* AV9072; Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2005, *LJN* AX4870.
143 Rb. Dordrecht 2 februari 2005, *NJF* 2005, 142.

> van artikel 7:2 lid 1 BW weggedacht – een rechtens bindende hoofdovereenkomst zou opleveren, de verkoper in beginsel gehouden zou zijn om de noodzakelijke medewerking voor totstandbrenging van de overeenkomst te verlenen door mee te werken aan het opmaken van de daarvoor vereiste akte.'

De subsidiaire vordering tot dooronderhandelen stuit volgens de rechtbank ook af op het geschetste wettelijk systeem. In vergelijkbare zin oordeelt de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem in zijn uitspraak van 24 mei 2006. Hij beslist dat voor de verkoper, evenals voor de koper, dient te gelden dat hij pas gebonden is als er een schriftelijke overeenkomst is, met als enig verschil dat de verkoper niet de drie dagen bedenktijd heeft van het tweede lid[144] van artikel 7:2 BW.[145] Dit oordeel wordt gebaseerd op twee argumenten. Het eerste argument is de rechtszekerheid:

> 'Waar de invoering van het schriftelijkheidsvereiste in artikel 7:2 lid 1 BW een einde leek te hebben gemaakt aan talloze getuigenverhoren, die voorheen op verzoek van veel (vermeende) kopers en verkopers van woningen werden gehouden om mondelinge koopovereenkomsten aan te tonen, zou een andersluidende opvatting er toe kunnen leiden dat dit leed slechts ten halve gekeerd is omdat verkopers nog wèl aan mondelinge – middels getuigen te bewijzen – afspraken gehouden kunnen worden. De rechtszekerheid zou met die interpretatie dan ook niet zijn gediend.'

Het tweede argument is de rechtsgelijkheid:

> 'Bovendien valt niet in te zien waarom de koper van een woning – afgezien van de drie dagen bedenktijd – meer bescherming zou behoeven dan een verkoper. In de parlementaire geschiedenis van het wetsontwerp – waar de minister heeft opgemerkt dat een verkoper onbehoorlijk handelt indien hij, nadat mondeling overeenstemming is bereikt, niet meewerkt aan het opmaken van een schriftelijke overeenkomst – lijken onvoldoende aanknopingspunten te vinden voor een ander oordeel. Onbehoorlijk is ook iets anders dan onrechtmatig.'

De uitspraak van de Rechtbank Dordrecht en voormelde uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem illustreren dat het patroon dat is uitgezet in de parlementaire geschiedenis door de rechter niet per se behoeft te worden nagevolgd. Een wetshistorische interpretatie zal uiteindelijk het veld moeten ruimen, niet alleen voor een interpretatie waarin artikel 7:2 lid 1 BW wordt begrepen binnen een wetsystematische context (Rb. Dordrecht), maar ook voor een interpretatie die artikel 7:2 lid 1 BW beziet vanuit de in het geding zijnde rechtsbeginselen (Vzr. Rb. Haarlem). Hierbij zal naast de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid ook de contractvrijheid in de beschouwingen moeten worden betrokken.

---

144 In het vonnis staat per abuis 'derde lid'.
145 Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2005, *LJN* AX4870.

3.7 MONDELINGE WILSOVEREENSTEMMING ALS VOOROVEREENKOMST VAN DE KOOPOVEREENKOMST

Zou de mondelinge wilsovereenstemming van partijen over de verkoop van een woning niet zonder meer als een voorovereenkomst kunnen worden aangemerkt? Deze vraag wordt door Loos bevestigend beantwoord. Hij schrijft dat wanneer slechts het vormvereiste de totstandkoming van de koopovereenkomst belet, tussen partijen een geldige *voorovereenkomst* tot stand is gekomen op grond waarvan de verkoper verplicht is mee te werken aan sluiting van de 'hoofdovereenkomst', te weten de (slechts schriftelijk tot stand te brengen) koopovereenkomst.[146] Vervolgens verdedigt hij dat hoewel schending van het vormvereiste van artikel 7:2 BW tot nietigheid leidt van de hoofdovereenkomst krachtens artikel 3:39 BW, omdat dit vormvereiste *mede* strekt ter bescherming van het belang van de verkoper en dat van eventuele andere gegadigden, dit geen belemmering vormt voor het aannemen van een geldige voorovereenkomst. Naar zijn mening betreft het met het vormvoorschrift gediende belang van de verkoper en eventuele andere gegadigden de mogelijkheid om objectief te bepalen wanneer de bedenktijd aanvangt en eindigt.[147] Dat belang wordt zijns inziens voldoende gewaarborgd door schending ervan te straffen met nietigheid. Voor nietigheid van de voorovereenkomst is er dan in zijn opvatting onvoldoende reden.

Ik ben het om twee redenen niet met Loos eens. In de eerste plaats kan de mondelinge wilsovereenstemming die vooraf gaat aan de ondertekening van de koopakte in de regel niet worden aangemerkt als de (al dan niet nietige of vernietigbare) voorovereenkomst van de koopovereenkomst. Partijen beogen met de wilsovereenstemming over zaak en prijs en andere elementen niet met elkaar een overeenkomst te sluiten om met elkaar hierover te gaan contracteren. De mondelinge wilsovereenstemming maakt deel uit van de koopovereenkomst, een koopovereenkomst die nog in de voorgeschreven vorm het levenslicht moet zien. Het scheiden van de mondelinge en de schriftelijke fase in twee overeenkomsten zou een miskenning betekenen van hetgeen partijen beogen wanneer zij het eens worden over de verkoop en koop van een woning.

Artikel 6:226 BW is daarom niet rechtstreeks van toepassing op de vraag of de mondelinge wilsovereenstemming partijen bindt.[148] Alleen bij wijze van analogie, omdat het binnen de formaliteitsvisie licht kan werpen op de vraag

146 Loos 2003a, p. 260-261.

147 Hij verwijst hiervoor naar *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, p. 13 (MvA).

148 Zie Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht*), art. 6:226, aant. 11, die erop wijst dat wanneer een overeenkomst waarbij vormvoorschriften zijn betrokken niet als een voorovereenkomst kan worden aangemerkt, men aan art. 6:226 BW niet toekomt en dat ingeval de overeenkomst waarvoor vormvoorschriften gelden (reeds) is gesloten, de betrokken vormvoorschriften de desbetreffende overeenkomst rechtstreeks raken (en niet via art. 6:226 BW).

in hoeverre het gerechtvaardigd vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zal komen afstuit op een vormvereiste (zie par. 3.5.1).

In de tweede plaats ben ik het niet eens met de redenering dat wanneer de hoofdovereenkomst nietig is met het oog op de ratio dat het vormvereiste mede strekt ter bescherming van het belang van de verkoper, de voorovereenkomst toch geldig kan zijn. Zoals in paragraaf 3.6.6 uiteengezet kan op grond van het Zweedse vrouwarrest worden aangenomen dat aan het niet in acht nemen van de op grond van artikel 6:226 BW voorgeschreven vorm dezelfde gevolgen zijn verbonden als aan het niet in acht nemen van de bij de betreffende hoofdovereenkomst voorgeschreven vorm. Bovendien geeft Loos aan het in de parlementaire geschiedenis aangevoerde belang van de verkoper wel een erg beperkte uitleg. Daar waar de parlementaire geschiedenis spreekt van het belang van de verkoper gaat het niet alleen om het aanvangsmoment van de bedenktijd. Het vormvereiste van schriftelijkheid strekt in het belang van de rechtszekerheid doordat duidelijk is of en zo ja wanneer wilsovereenstemming tussen partijen bestaat.[149] Als het alleen als objectief te bepalen beginpunt voor de bedenktijd zou dienen (hetgeen niet juist is, want dat is niet de ondertekening van de akte, maar de ter handstelling hiervan aan de koper), is mij niet duidelijk waarom schending van het schriftelijkheidsvereiste nietigheid van de hoofdovereenkomst met zich mee zou moeten brengen. Dan zou ook kunnen worden volstaan met 'de sanctie' dat de bedenktijd nog niet kan eindigen, omdat ze nog niet is aangevangen.[150]

3.8 GEBRUIK VAN HET VORMVOORSCHRIFT IN STRIJD MET DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID

3.8.1 Onderhandelen te goeder trouw

Wanneer de wet voor de totstandkoming van een overeenkomst een vormvereiste stelt leidt het niet in acht nemen hiervan tot nietigheid van deze overeenkomst. Zoals in paragraaf 3.5.1 is uiteengezet volgt dit zowel uit de handelingsvisie als uit de formaliteitsvisie. In laatstgenoemde opvatting is dit echter alleen het geval indien men als ratio ook de rechtszekerheid in aanmerking neemt. In paragraaf 3.6 is de conclusie getrokken dat precontractuele gebondenheid op grond van het feit dat er al wilsovereenstemming was niet met deze nietigheidssanctie te rijmen valt. Dit alles neemt echter niet weg dat voor partijen die een overeenkomst willen gaan sluiten, waarvoor een vorm is voorgeschreven, dezelfde normen gelden als voor partijen die een vormvrije overeenkomst

149 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 11 (MvA).
150 Zie par. 3.3.2.

gaan sluiten. De overweging uit het Baris/Riezenkamp-arrest is hier de richtsnoer:[151]

> '(…) dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar komen te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij (…)'

Leidt deze goede trouw dan niet tot verplichting zich aan het gegeven woord te houden? Dat is niet het geval wanneer beide partijen er vanuit behoren te gaan dat gebondenheid pas intreedt bij het verrichten van de wettelijk voorgeschreven vorm. Uit de goede trouw vloeit immers ook voort dat men de ander niet eerder gebonden acht dan vanaf het moment waarop hij de hiervoor voorgeschreven rechtshandeling heeft verricht. Het vormvoorschrift is op zijn minst een van de normen in het licht waarvan men de handelingen van de ander behoort te begrijpen. Op grond van het enkele feit dat er een mondelinge wilsovereenstemming is, kan derhalve niet de plicht voortvloeien mee te werken aan het tot stand brengen van de overeenkomst. Ook een schadevergoedingsplicht zou hier in strijd zijn met de rechtszekerheid en met de contractvrijheid (zie verder hierover par. 3.8.5).

Het uitgangspunt dat een partij vrij is in zijn onderhandelingen en niet aansprakelijk wanneer het uiteindelijk niet tot een geldige overeenkomst komt, betekent niet dat hij niet aansprakelijk zou zijn voor schade die hij de ander berokkent door deze onderhandelingen niet te goeder trouw te voeren. Dit evenwicht tussen eigen contractvrijheid en de belangen van de wederpartij wordt als volgt verwoord in The Principles of European Contract Law:

> *'Article 2:301: Negotiations Contrary to Good Faith*
>
> (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.
> (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.
> (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.'

Aan een partij die niet te goeder trouw handelt, biedt een vormvereiste een mogelijkheid ook hiermee zijn wederpartij te manipuleren. Indien hij zo bij de ander schade veroorzaakt is hij hiervoor uitgaande van we artikel 2:301 PECL aansprakelijk. Welke grondslag kan voor deze aansprakelijkheid nu naar Nederlands recht worden aangevoerd en in welke gevallen moet deze aanspra-

151 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR; Baris/Riezenkamp.

kelijkheid worden aangenomen? In Duitsland is met name door het vormvoorschrift van § 311b BGB (vroeger § 313 BGB) veel jurisprudentie en literatuur met betrekking tot de vraag op welke wijze een dergelijke aansprakelijkheid kan worden gegrondvest wanneer het vormverzuim in beginsel tot nietigheid van de overeenkomst leidt.

3.8.2 Uitzonderingen op grond van *Treu und Glauben*

De Duitse jurisprudentie en literatuur getuigen van de zoektocht naar een manier om in bepaalde gevallen de nietigheid die een gevolg is van het niet in acht nemen van een vormvoorschrift (§ 125 BGB)[152] van zijn scherpe kanten te ontdoen. Het Reichsgericht kende schadevergoeding toe wanneer de *Formmangel* door *arglistiche Täuschung* of *schuldhaft* veroorzaakt was op grond van delictuele aansprakelijkheid (§ 826 BGB)[153] en *culpa in contrahendo*. Als schadevergoeding werd toegekend de nakoming van de nietige overeenkomst.[154] In de latere rechtspraak van het Reichsgericht en vervolgens van het Bundesgerichtshof wordt echter een andere dogmatische grondslag aangenomen teneinde aan te harde 'gevolgen van nietigheid wegens *Formmangel* te ontkomen. Het is inmiddels vaste jurisprudentie dat in bijzondere gevallen deze nietigheid op grond van § 125 BGB wordt ingeperkt op grond van het beginsel van *Treu und Glauben* als neergelegd in § 242 BGB.[155] De vormvrij aangegane overeenkomst kan in deze gevallen als geldig worden aangemerkt, zodat hiervan nakoming kan worden gevorderd.[156] Omdat het Bundesgesetzhof zich van het gevaar bewust was dat dit tot een uitholling van vormvoorschriften zou kunnen leiden wordt deze *Einschränkung des § 125 BGB* nauw begrensd.[157] De vijfde Zivilsenat van het Bundesgerichtshof vat deze rechtspraak als volgt samen:[158]

> 'Sie (Die Rechtsprechung des Senats, toevoeging CGBdV) geht hinsichtlich der Frage, ob unter besonderen Umständen der Verkäufer eines Grundstücks an einen wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrag nach Treu und Glauben gebunden ist, dahin,

152 § 125: '(Nichtigkeit wegen Formmangels) Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge.'

153 § 826: '(Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung) Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.'

154 Staudinger/Dilcher 1980, § 125, Rn. 39.

155 § 242: '(Leistung nach Treu und Glauben) Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.'

156 Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 69.

157 Larenz 1987, p. 146.

158 BGH 27 oktober 1967, BGHZ 48, 396. Zie over deze jurisprudentie ook Hesselink 1999, p. 114.

> daß dies nur dann der Fall ist, wenn die Nichtanerkennung des Vertrags zu einem für den Käufer untragbaren, nicht etwa nur zu einem harten Ergebnis führen würde.'

Een hard resultaat is dus niet voldoende om op grond van *Treu und Glauben* een uitzondering te maken op de nietigheidssanctie van § 125 BGB. Er moet sprake zijn van een gewoonweg ondraaglijke uitkomst. Hoewel dit een streng criterium lijkt ontmoet het in de Duitse doctrine kritiek, omdat het door zijn vaagheid de rechter geen richting biedt.[159] Teneinde de toepassing van een algemeen redelijkheid- en billijkheidcriterium te objectiveren worden in de Duitse rechtswetenschap zogenaamde *Fallgrupen* ontwikkeld.[160] Wolf acht dit met het oog op de rechtszekerheid ook noodzakelijk met betrekking tot bovengenoemd criterium:[161]

> 'Eine nur auf fallweise anzustellende Billigkeitserwägungen gestützte Einschränkung des Formzwangs untergräbt jedoch die für die Parteien unerläßliche Rechtssicherheit und vermag willkürliche Ergebnisse nicht zu vermeiden. Im interesse der Rechtssicherheit muß deshalb versucht werden, bestimmte Fallgruppen zu bilden.'

Wolf onderscheidt drie *Fallgruppen*: a. *Arglistige Berufung auf den Formmangel*, b. *Besonderes schwere Verletzung einer Treupflicht* en c. *Vereitelung des Schutzzwecks.* In de eerste *Fallgruppe* wordt een beroep op de nietigheid wegens vormverzuim niet toelaatbaar geacht wanneer de partij, die zich op de nietigheid beroept, bewust de naleving van het vormvoorschrift heeft verhinderd of naderhand op arglistige wijze daaruit voor zichzelf voordeel wil trekken. Wie op deze wijze een 'Hintertür' openlaat met de bedoeling om zich aan een verplichting te onttrekken, wanneer deze hem niet meer goed uitkomt, speelt een spelletje met het recht.[162] Onder deze eerste groep valt volgens Wolf ook het geval waarin de ene partij de ander afhoudt van de inachtneming van het vormvoorschrift door gebruik te maken van zijn professionele overwicht of van een afhankelijkheidsrelatie. Medicus daarentegen ziet echter geen aanleiding de partij die zich van het in acht nemen van een wettelijk vormvoorschrift laat afhouden te beschermen in die zin dat de overeenkomst als geldig totstandgekomen zou kunnen worden aangemerkt.[163] De tweede *Fallgruppe* bestaat uit de gevallen waarin een partij door een beroep op het vormverzuim zich schuldig maakt aan een *besonders schwere Treupflichtverletzung*. Deze groep

159 Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 70; Flume 1979, § 15 III 4, p. 274 en 277; Häsemeyer 1971, p. 47 e.v.; Medicus 2002, Rn. 630.

160 Zie over deze methode van rationalisering van de toepassing een algemene redelijkheid- en billijkheidsbepaling Hesselink 1999, p. 47-48.

161 Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 69-77.

162 Deze uitdrukking is ontleend aan Flume 1979, § 15 III 4, p. 281 ('sein Spiel mit dem Recht treiben').

163 Medicus 2002, Rn. 632.

wordt nader geconcretiseerd in 1) schending van een tegenover de ander bestaande zorgplicht; 2) de partij, die zich aan zijn verplichtingen wil onttrekken heeft gedurende lange tijd voordeel getrokken uit de nietige overeenkomst;[164] 3) faillissementsrisico voor degene die op de geldigheid van de overeenkomst gerechtvaardigd heeft vertrouwd. Met de schending van een tegenover de ander verschuldigde zorgplicht (*Betreuungspflicht*) wordt onder meer gedoeld op de verhouding tussen een woningbouwvereniging en zijn leden. De derde *Fallgruppe* wordt gevormd door de gevallen waarin de bescherming van een der partijen, die het vormvoorschrift beoogt te bieden, wordt verijdeld door het beroep op het vormverzuim door de partij, die niet door het vormvereiste wordt beschermd.

Men kan echter ook een andere indeling maken. Zo maakt Medicus een onderscheid in drie *Fallgruppe* op basis van de omstandigheden waaronder een vormfout ontstaat: 1) de ene partij heeft de andere partij opzettelijk omtrent het vormvoorschrift misleid; 2) beide partijen kenden het vormvoorschrift, maar hebben het (bewust) niet nagevolgd, ofwel omdat ze elkaar vertrouwden, ofwel omdat de ene partij er niet in is geslaagd de ander ertoe te bewegen aan het vormvoorschrift te voldoen; 3) het vormvoorschrift is uit onachtzaamheid niet nagekomen. Alleen in het eerste geval ziet hij aanleiding tot doorbreking van de nietigheid in die zin dat de overeenkomst als geldig kan worden aangemerkt.[165] Dat neemt echter niet weg dat in de andere gevallen onder omstandigheden door een der partijen aanspraak kan worden gemaakt vergoeding van het negatief contractsbelang.[166] Ook Hesselink maakt op basis van de vraag of de teleurgestelde partij wist dat de overeenkomst niet aan een vormvereiste voldeed en de situatie waarin zij dat wel wist een indeling in drie groepen: 1) een partij misleidt de ander omtrent de geldigheid van de overeenkomst; 2) een partij brengt de ander – niet opzettelijk – in dwaling omtrent de geldigheid van de overeenkomst; 3) een partij wekt vertrouwen dat zij de overeenkomst, hoewel ze nietig is, zal nakomen.[167] De *Fallgruppe* waarin de ene partij de andere misleidt omtrent het vormvereiste komt men steeds tegen. Het is ook de enige groep van gevallen waarvan kan worden gezegd dat algemeen wordt aangenomen dat een beroep op het vormvoorschrift in strijd is met *Treu und Glauben* en waarover rechtspraak en doctrine het eens zijn.[168] In het geval beide partijen van het vormvoorschrift op de hoogte zijn wordt het beeld onscherp. In de doctrine ziet men over het algemeen in dit geval geen aanleiding de nietige overeenkomst als geldig aan te

164 Men denke in dit verband aan duurovereenkomsten.
165 Medicus 2002, Rn. 631-633.
166 Medicus 2002, Rn. 633.
167 Hesselink 1999, p. 114-121.
168 Hesselink 1999, p. 115.

merken.[169] Het Bundesgerichtshof heeft echter aangenomen dat het feit dat beide partijen het vormvoorschrift kenden er niet aan in de weg staat dat op grond van *Treu und Glauben* de nietige overeenkomst als geldig moet worden aangemerkt.[170]

3.8.3 Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid

Op het eerste gezicht lijkt de Duitse weg ook naar Nederlands recht begaanbaar.[171] Zo neemt Hartkamp aan dat op grond van een ruime uitleg van artikel 6:248 lid 2 BW een beroep op nietigheid kan worden getoetst aan de redelijkheid en billijkheid.[172] Tevens zou op grond van artikel 6:2 lid 2 BW kunnen worden aangenomen dat onder bepaalde omstandigheden het vormvoorschrift dan wel de daaruit voortvloeiende nietigheid (art. 3:39 BW) niet van toepassing is, omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit zou betekenen dat de vormvrij gesloten overeenkomst in deze omstandigheden als geldig zou moeten worden aangemerkt, zodat deze moet worden nagekomen. In dit laatste punt schuilt het dogmatische probleem, want dit veronderstelt dat er een overeenkomst is die kán worden nagekomen. In de handelingsvisie is dat vanwege de eenheid tussen wilsovereenstemming en vorm niet het geval. Dit is ook de reden dat de Duitse schrijvers die ervan uitgaan dat de vorm een constitutief element is van de rechtshandeling de inperking van de nietigheidssanctie van § 125 BGB op grond van het beginsel van *Treu und Glauben* afwijzen. Wanneer er geen door het recht erkende rechtshandeling is kan deze ook niet op grond van bijzondere buiten de rechtshandeling gelegen omstandigheden op een of andere wijze werkzaam zijn.[173] De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan daarom alleen binnen de formaliteitsvisie in stelling worden gebracht, want in deze visie bestaat de rechtshandeling er door de vormvrije wilsuiting immers wel, zij het dat aan een geldigheidsvereiste nog niet is voldaan. Dit betekent niet dat de rol van de redelijkheid en billijkheid binnen de door mij aangehangen handelingvisie is uitgespeeld. De redelijkheid en billijkheid werkt immers ook op andere wijze dan alleen beperkend. De goede trouw tussen

169 Medicus 2002, Rn. 632; Palandt/Heinrichrs 2006, § 125, Rn. 19; Hesselink 1999, p. 121.
170 BGH 5 februari 1957, BGHZ 23, 249; BGH 27 oktober 1967, BGHZ 48, 396; Hesselink 1999, p. 119-120.
171 Zie ook Hesselink & Van Kooten 1996, p. 79. Deze auteurs suggereren dat de verkoper al in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou handelen indien hij na de mondelinge overeenstemming weigert het schriftelijk stuk te tekenen.
172 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 317. In dezelfde zin Hesselink 1999, p. 123.
173 Larenz 1987, p. 146-147 (Larenz is overigens zelf aanhanger van de leer dat de vorm slechts *Wirksamkeitsbedingung* is); Flume1997, § 15 III 4, p. 278; Häsemeyer 1971, p. 50, 226-228, 295.

contracterende partijen, zoals deze in het Baris/Riezenkamp-arrest is omschreven, kan fungeren als zelfstandige bron van verbintenissen.

3.8.4 De redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen

Vooral naar aanleiding van het Plas/Valburg-arrest is in de Nederlandse doctrine de vraag aan de orde gekomen of de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron van verbintenissen kunnen fungeren. Ik sluit me aan bij de schrijvers die dat bevestigen.[174] Hiervoor kan nu ook steun worden gevonden in artikel 2:301 lid 2 PECL (geciteerd in par. 3.8.1). De overweging uit het Quint/Te Poel-arrest blijft echter belangrijk: verbintenissen behoeven niet rechtstreeks op de wet te berusten, maar moeten dan wel in het stelsel van de wet passen en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen.[175] Bij vragen rond het niet in acht nemen van vormvereisten zal daarom steeds in ogenschouw moeten worden genomen dat een vormvereiste naar zijn aard nauw verbonden is met de contractvrijheid van partijen, met name met betrekking tot de vraag wanneer zij zich binden en onder welke bedingen. Het te snel aannemen van aansprakelijkheid in gevallen waarin een vormvoorschrift niet in acht is gekomen leidt daarom ook tot het inbreuk maken op deze contractvrijheid.

Bij de beantwoording van de vraag of aansprakelijkheid op grond van de redelijkheid en billijkheid past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen zal daarom niet kunnen worden voorbijgegaan aan het gegeven dat de rechtshandeling op grond van de wet nietig is. Waar het om gaat is of, de omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, het feit dat de overeenkomst nietig tot stand is gekomen tot aansprakelijkheid van een der partijen jegens de ander moet leiden. Flume brengt dit als volgt onder woorden:[176]

> 'Die Wahrung der gesetzlichen Form steht nicht auf einer Stufe mit den Umständen, in Hinsicht auf welchen die Einschränkung der Wirkung der Nichtigheitsnorm des § 125 erwogen wird. Deshalb kann man die Nichtbeachtung der Form nicht durch irgendwelche Umstände unter Berufung auf Grundsatz von Treu un Glauben ersetzen. Der formnichtige Vertrag wird nicht als Vertrag auf Grund der Umstände gültig, von denen man meint, daß sie nach Treu und Glauben relevant seien. Vielmehr treten die fragliche Umstände als rechtlich relevant neben den formnichtigen Vertragsschluß, und die rechtliche Frage kann nur dahingestellt werden,

174 Zie voor een overzicht van deze schrijvers Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 165.
175 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548; m.nt. DJV; Quint/Te Poel. Vgl. ook art. 6:1 BW en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 42 (MvA II).
176 Flume 1997, § 15 II 4, p. 278.

> welche Rechtsfolgen sich hinsichtlich dieser Umstände in Verbindung mit dem formnichtigen Vertragabschluß ergeben.'

De vraag die resteert is welke omstandigheden nu in het kader van het stelsel van de wet en de daarin geregelde gevallen aanleiding zouden kunnen geven tot aansprakelijkheid. Een aansprakelijkheid die in bepaalde gevallen kan leiden tot gebondenheid aan de in strijd met het vormvoorschrift gesloten overeenkomst.

3.8.5 De gevallen waarin aansprakelijkheid kan worden aangenomen

Naar Duits voorbeeld zouden *Fallgruppen* kunnen worden ontwikkeld waarin de (combinatie van) omstandigheden worden geformuleerd die al dan niet tot aansprakelijkheid aanleiding zouden kunnen geven. Vooralsnog lijkt mij dit geen goede methode. In de eerste plaats bestaat er anders dan in Duitsland in Nederland (nog) geen overvloedige jurisprudentie over dit onderwerp, zodat er weinig te rubriceren valt. In de tweede plaats is het getal van de te schetsen casusposities oneindig groot, waardoor men deze op grond van vele verschillende criteria kan indelen. Het formuleren van enkele Fallgruppen suggereert daarom slechts in schijn een bepaalde exactheid. Uit de in paragraaf 3.8.2 geformuleerde Fallgruppen blijkt dat sommige daarvan nog vager zijn dan het in te vullen criterium.

Ik zou de omstandigheden waarin aansprakelijkheid al dan niet kan worden aangenomen willen bekijken vanuit het beginsel van de contractvrijheid. Zoals uiteengezet speelt de contractvrijheid bij het in acht nemen van vormvereisten een grote, positieve rol. Maar op welke wijze wordt deze contractvrijheid beperkt bij de beantwoording van de vraag hoe contracterende partijen rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van een ander? Welke belangen heeft het Baris/Riezenkamp-arrest op het oog? Nieuwenhuis heeft aangetoond dat dit gerechtvaardigde belang van de wederpartij *diens* contractvrijheid is. Hij doelt hier met name op de vrijheid op grond van een juiste voorstelling van zaken een keuze te maken. De eigen contractvrijheid vindt zijn begrenzing in die van de wederpartij:[177]

> 'Wie weet dat de keuzevrijheid van de ander is uitgeschakeld door een onjuiste voorstelling van zaken, is gehouden de voorwaarden voor die vrijheid te herstellen, door die ander naar behoren in te lichten en zo hem van zijn waan te bevrijden.'

Welke conclusie valt hieruit te trekken met betrekking overeenkomsten die nietig zijn wegens vormverzuim? De partij die zijn eigen contractvrijheid wil

177 Nieuwenhuis 1999, p. 30.

behouden, maar de ander al dan niet opzettelijk in de waan laat dat deze reeds is gebonden op grond van zijn woord, is gehouden de daaruit voortvloeiende schade van die ander te vergoeden. Een voorbeeld van een dergelijk geval is de in paragraaf 3.8.2 als eerste genoemde *Fallgruppe* van de partij die *arglistig* de naleving van het vormvoorschrift verhinderd heeft met de bedoeling om zich hieraan te onttrekken wanneer de verplichting hem niet meer goed uitkomt. In dergelijke gevallen zou overigens ook wel aansprakelijkheid op grond van artikel 6:162 BW aangenomen kunnen worden.

Of hier vergoeding van het zogenaamde negatief of positief contractsbelang aan de orde is zal afhangen van het antwoord op de vraag op welke wijze de betreffende partij de contractvrijheid van zijn wederpartij heeft geschonden. In het geval iemand *arglistig* de naleving van het vormvoorschrift verhinderd heeft zal hij de wederpartij moeten brengen in de situatie waarin deze zou verkeren als het vormvoorschrift wél in acht was genomen en de overeenkomst geldig tot stand was gekomen. Toepassing van artikel 6:103 BW kan in die gevallen dan leiden tot het meewerken aan het (alsnog) in acht nemen van het vormvoorschrift en het nakomen van de overeenkomst. Het kan echter ook zo zijn dat moet worden aangenomen dat alleen de door de wederpartij gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn als de overeenkomst uiteindelijk ook niet tot stand zou zijn gekomen wanneer de misleiding zich niet zou hebben voorgedaan.

In dit licht wordt ook duidelijk dat de *enkele* omstandigheid dat er sprake is van een vormvrije wilsovereenstemming niet kan leiden tot aansprakelijkheid van de verkoper of de koper, want hierdoor zou men juist hun beider vrijheid ontnemen om tot het moment van ondertekening te kunnen kiezen niet of onder andere dan wel nadere voorwaarden te contracteren. Hetzelfde geldt daarom ook voor de partij die wegens een *better offer* afziet van ondertekening van de akte.[178] Hij is hiertoe vrij zolang hij niet de ander diens contractvrijheid heeft onthouden, bijvoorbeeld doordat hij die ander in de waan heeft gebracht of gelaten dat deze reeds gebonden zou zijn.

Hesselink en Van Kooten kiezen een andere benadering voor de toepassing van de beginselen van redelijkheid en billijkheid.[179] Zij betogen dat uitgaande van het gegeven dat een mondelinge koopovereenkomst nietig is de consument-koper op drie wijzen door de werking van de redelijkheid en billijkheid

178 Hesselink en Van Kooten achten het zeer twijfelachtig of een beter aanbod van een derde het afbreken van de onderhandelingen nog toelaatbaar maakt. Zij wijzen erop dat zo'n aanbod in het licht van HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481; De Ruijterij/MBO onder omstandigheden wel als een onvoorziene omstandigheid zou kunnen gelden (Hesselink & Van Kooten 1996, p. 75).

179 Hesselink & Van Kooten 1996, p. 73-80.

kan worden beschermd: 1) door het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen, 2) door het leerstuk van *culpa in contrahendo* en 3) de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bij elk van deze toepassingen van de redelijkheid en billijkheid moet men zich vervolgens afvragen of dit geen 'onaanvaardbare doorkruising' van het vormvereiste oplevert. Van een dergelijke doorkruising is naar de mening van deze auteurs sprake in al die gevallen waarin de mondelinge afspraak feitelijk toch het rechtsgevolg heeft dat er door de nietigheid aan wordt onthouden, of het vermogensrechtelijk aequivalent hiervan. Zij concluderen dat van een doorkruising sprake is bij een veroordeling tot vergoeding van het positief contractsbelang, tot levering van het huis en tot het tekenen van de schriftelijke overeenkomst. De conclusie dat er sprake is van een doorkruising van het vormvereiste is echter niet voldoende om de vordering tot vergoeding van het positief contractsbelang af te wijzen. Het zou dan moeten gaan om een *onaanvaardbare* doorkruising. Dit zal echter afhangen van een belangenafweging in het concrete geval. Bij aansprakelijkheid voor het negatief contractsbelang zou echter in het geheel geen sprake zijn van een doorkruising van het vormvereiste omdat daardoor de koper niet in de positie wordt gebracht waarin hij zou verkeren als er geen vormvereiste bestond.

Het verschil in uitkomst tussen de door mij bepleitte rechtstreekse toetsing aan de redelijkheid en billijkheid die partijen volgens het Baris/Riezenkamparrest in de precontractuele fase in acht moeten nemen en de benadering van Hesselink en Van Kooten is er met name gelegen dat in eerstgenoemde benadering het uitgangspunt is dat beide partijen tot de contractsluiting vrij zijn tenzij een hunner handelt in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Of er in dat geval aanleiding is voor de vergoeding van het positief contractsbelang of slechts voor de vergoeding van door de andere partij tevergeefs gemaakte kosten (negatief contractsbelang) zal afhangen van de omstandigheden van het geval. In de benadering van Hesselink en Van Kooten fungeert de doorkruising van vormvereiste meer als correctief op het uitgangspunt dat de redelijkheid en billijkheid mee zouden brengen dat partijen (of in ieder geval de verkoper) in beginsel aan de mondelinge wilsovereenstemming zijn gebonden. De toets aan het doorkruisingscriterium zou dan opleveren dat vergoeding van het negatief contractsbelang altijd kan worden toegewezen, maar vergoeding van het positief contractsbelang alleen indien dit geen onaanvaardbare doorkruising van het vormvoorschrift zou opleveren. Zo speelt de omstandigheid dat de ene partij de andere omtrent het vormvoorschrift misleidde in de eerstgenoemde benadering een rol bij de vraag of in strijd is gehandeld met de precontractuele redelijkheid en billijkheid. In de benadering van Hesselink en Van Kooten speelt dit gegeven ook een rol, maar dan vooral bij de

vraag of de doorkruising van het vormvoorschrift al dan niet aanvaardbaar is.[180]

3.9 Reikwijdte van het vormvoorschrift

3.9.1 Niet in de akte opgenomen bedingen

Moet al hetgeen partijen overeenkomen in de akte worden neergelegd? De vraag kan ook andersom worden gesteld: is wat niet in de akte is opgenomen niet overeengekomen? De vragen lijken oppervlakkig beschouwd elkaar weinig te ontlopen. Toch is dat niet het geval. Het volgende voorbeeld kan dit illustreren. Partijen komen overeen dat de een aan de ander een bepaald huis in eigendom zal overdragen tegen een koopprijs van € 400.000. Zij spreken ook af dat verkoper de stoffering in het huis zal achterlaten. Bij het opstellen van de onderhandse akte vergeten zij de afspraak over de stoffering op te nemen. Is de overeenkomst nietig wegens het niet in acht nemen van het vormvoorschrift, omdat niet alle bedingen in de akte zijn opgenomen? Is de overeenkomst geldig in die zin dat deze als inhoud heeft de koop van het huis voor € 400.000, maar het overeengekomene over de stoffering nietig is, omdat ten aanzien hiervan niet aan het vormvereiste is voldaan? Of is de gehele overeenkomst geldig? Wanneer het uitgangspunt is dat de gehele inhoud van de overeenkomst in de akte moet worden opgenomen, dan is de gehele overeenkomst nietig, omdat een deel hiervan niet in de akte is opgenomen. In veel gevallen zal deze sanctie disproportioneel zijn. Een andere oplossing is dat de vorm achteraf de inhoud van de wilsovereenstemming dicteert. Aangezien in de akte alleen de afspraak over de overdracht van het huis en de koopprijs staat, is dit gedeelte geldig, de nevenafspraak, die er niet in staat, echter niet. Hierbij wordt voorbijgegaan aan de mogelijkheid dat de afspraak over de stoffering voor de koper essentieel is, omdat hij het huis per omgaande met zijn gezin wil betrekken. Met andere woorden, de koper zou de overeenkomst niet hebben gesloten zonder deze afspraak. Wie de koper dan wel aan de koop houdt (de drie dagen termijn is bijvoorbeeld al voorbij), omdat dit gedeelte niet in de akte is opgenomen vervalt in formalisme. De derde oplossing, geldigheid van de koop van het huis inclusief de afspraak over de stoffering, lijkt het aantrekkelijkst. Dit is evenwel in overeenstemming met de aard noch met de ratio van het vormvoorschrift. Zou het vormvoorschrift slechts de functie hebben (een van) de partijen in zijn algemeenheid te behoeden voor overijling bij het sluiten van een koopovereenkomst met betrekking van onroerende zaken, dan zou deze oplossing in de formaliteitsvisie verdedigbaar zijn. Maar de bedoeling was juist dat de koper een stuk in handen had waarover

180 Hesselink & Van Kooten 1996, p. 80.

hij zich kon gaan beraden en welke hij eventueel aan een deskundige kon voorleggen. Wat voor zin zou dit hebben als ook niet in de akte opgenomen nevenbedingen geldig zouden zijn? Verwarrend is daarom het antwoord van de minister op de vraag wat de minimale inhoud van een schriftelijke overeenkomst moet zijn om te voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste. Volgens de minister moeten in de akte in ieder geval object, prijs en personalia van koper en verkoper zijn opgenomen en ligt het daarnaast voor de hand dat de koopakte ook bedingen bevat over de zakenrechtelijke toestand, obligatoire beperkingen, publiekrechtelijke beperkingen, financiering, garantie, bouwtechnische toestand et cetera. Het antwoord van de minister is een reactie op de suggestie van leden van de Eerste Kamer bij algemene maatregel van bestuur voor te schrijven welke gegevens het contract tenminste moet bevatten analoog aan artikel 7:48b BW.[181] Zover wil de minister vooralsnog niet gaan.[182] Daarom bedoelt de minister waarschijnlijk dat voor een geldige koopovereenkomst partijen het tenminste eens moeten zijn over zaak en prijs (art. 7:1 BW), maar dat voor het overige partijen vrij zijn bepaalde onderwerpen al dan niet te regelen. Het schriftelijkheidsvereiste sluit hierbij aan. Een andere uitleg van zijn antwoord is dat wat partijen ook zijn overeengekomen, alleen zaak en prijs in de akte behoeven te worden opgenomen. Deze uitleg zou indruisen tegen de ratio van het vormvoorschrift en zou het reduceren tot een nagenoeg zinledige formaliteit.

Op welke wijze kunnen we de toepassing van het vormvoorschrift hier afstemmen op de autonomie van partijen? De wilsovereenstemming is nog steeds de basis van de overeenkomst. Niet omdat zaak en prijs in de akte staan is er een overeenkomst, maar omdat partijen het eens zijn over zaak, prijs en alle andere bedingen die voor koper of verkoper voor de totstandkoming van de overeenkomst essentieel zijn. Op grond van het vormvoorschrift moet dit alles in de akte staan. Dit behoeft echter niet altijd tot de consequentie te leiden dat een 'niet opgenomen beding' tot nietigheid van de gehele overeenkomst leidt. Artikel 3:41 BW biedt een oplossing. De grond van nietigheid betreft slechts een deel van de rechtshandeling, namelijk het betreffende beding. De koopovereenkomst blijft voor het overige in stand voorzover dit gelet op de inhoud en de strekking niet in onverbrekelijk verband staat met het nietige deel. Is het beding zo essentieel voor een der partijen dat hij de overeenkomst niet zonder dit beding gesloten zou hebben dan mag in beginsel worden

181 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178a, p. 2 (VV).

182 Niet uitgesloten is dat een dergelijke vergaande inbreuk op de contractsvrijheid na de evaluatie van deze wet wordt overwogen (*Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 3 (Nadere MvA)).

aangenomen dat dit onverbrekelijke verband aanwezig is en is de gehele overeenkomst nietig.[183]

In de Duitse jurisprudentie wordt op de regel dat ook met berekking tot de nadere bedingen het vormvoorschrift in acht moet worden genomen een uitzondering gemaakt voor bedingen die met het oog op onvoorziene omstandigheden noodzakelijk zijn geworden. In zijn uitspraak van 29 mei 2001 overweegt het Bundesgerichtshof:[184]

> 'Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind nachträgliche Vereinbarungen der Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages gemäß § 313 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn eine bereits formgültig begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt dann in Betracht, wenn durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehen aufgetretene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und wenn die zu diesem Zweck getroffene Vereinbarung die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Grundstückskaufvertrag nicht wesentlich verändern.'

Ook naar Nederlands recht zou een dergelijke uitzondering kunnen worden aangenomen. Hierbij dient te worden bedacht dat aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 lid 1 en 2 BW al kan worden voldaan door de nadere bedingen in een nadere onderhandse akte op te nemen. Naar Duits recht is de drempel hoger, omdat op grond van § 311b BGB een notariële akte zal moeten worden opgemaakt. Dit vormvoorschrift zal dan ook eerder aanleiding geven voor het maken van uitzonderingen.

Voor de koop van een woning door een consument wordt de eeuwenlang aangehangen leer dat overeenkomsten vormvrij tot stand komen verlaten. Bij het oplossen van de problemen die hiermee samenhangen moet men echter niet uit het oog verliezen dat aan de overeenkomst de wilsovereenstemming tussen partijen ten grondslag ligt. In dit licht maakt het leerstuk van de gedeeltelijke nietigheid het mogelijk de vraag te beantwoorden wat het lot is van wel overeengekomen, maar niet in de koopakte opgenomen bedingen. Gezien de aard en de strekking van het schriftelijkheidsvereiste zijn deze bedingen in beginsel niet geldig. Zij voeren echter niet altijd de gehele koopovereenkomst in hun val mee.

Wanneer partijen het eens zijn over de nadere bedingen die niet in de koopakte zijn opgenomen, staat het hun uiteraard vrij hierover nader schriftelijk te contracteren. In de Nederlandse praktijk krijgen ze hiervoor min of meer

---

183 Zie voor het Duitse recht in vergelijkbare zin Esser/Weyers 1998, p. 12 en Larenz/Wolf 2004, § 27, Rn. 23.

184 BGH 5 april 2001, Aktenzeichen VII ZR 119/9.

automatisch de kans bij de totstandkoming van de akte van levering. Deze kan immers ook bevatten hetgeen partijen obligatoir nader zijn overeengekomen.

3.9.2 Bekrachtiging nietige koopovereenkomst door akte van levering

De consequenties van het aannemen van nietigheid van de koopovereenkomst wanneer deze niet in een akte is neergelegd, worden ook in praktische zin verzacht door het gegeven dat wanneer partijen overgaan tot levering van de verkochte onroerende zaak een akte van levering wordt opgemaakt. Aangenomen mag worden dat deze akte van levering naast de goederenrechtelijke overeenkomst ook de koopovereenkomst omvat (zie par. 5.5.13). Hierdoor zal uiteindelijk aan het vormvoorschrift zijn voldaan. Dit geldt ook voor de eventuele nadere bedingen die na de ondertekening van de koopakte nog mondeling zijn overeengekomen en in de akte van levering worden opgenomen. Wanneer een onroerende zaak is overgedragen is dit geschied doordat een akte van levering in de openbare registers is ingeschreven (art. 3:89 BW). Aan het vormvoorschrift is derhalve bij een overgedragen zaak uiteindelijk altijd voldaan. In zoverre zal door het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW de rechtszekerheid geen gevaar lopen. Een bepaling als dat van § 311b Absatz 1, Satz 2 BGB lijkt naar Nederlands recht dan ook niet nodig.[185] Het eerst voldoen aan het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW bij de akte van levering kan worden aangemerkt als een bekrachtiging in de zin van artikel 3:58 BW. De vraag of deze bekrachtiging terugwerkende kracht heeft zal afhangen van de visie op de aard van deze handeling. Hijma heeft met betrekking tot het effect van de vervulling van een voor de geldigheid gesteld vereiste drie groepen onderscheiden: heling, completering en herhaling van de eerder verrichte rechtshandeling.[186] Aangezien in het voorliggende geval de handeling er niet toe zal strekken het gebrek in de tevoren verrichte rechtshandeling op te heffen, maar eerder om ex nunc de rechtsgevolgen van de oude rechtshandeling te doen intreden strekt de bekrachtiging niet tot 'heling', maar tot 'completering'. Van een geheel nieuwe, vervangende rechtshandeling is ook geen sprake, zodat het voldoen aan het vormvoorschrift bij de akte van levering ook niet in de groep 'herhaling' valt. Hijma verdedigt terecht dat in de rubriek 'completering' terugwerkende kracht niet aan de orde komt.[187] Men verwijst wel naar de eerdere wilsovereenstemming, maar men bekrachtigt slechts met betrekking tot heden en toekomst. Deze visie op de bekrachtiging past zowel in de handelings- als in de formali-

185 § 311b Absatz 1, Satz 2 BGB: 'Ein ohne Beachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.'

186 Hijma 1988, p. 362-364.

187 Hijma 1988, p. 366.

teitsvisie. Met betrekking tot de aanvang van de bedenktijd zal het overigens niet uitmaken of de bekrachtiging al dan niet terugwerkende kracht heeft, aangezien deze pas gaat lopen bij de terhandstelling van de akte aan de koper. Dit moment zal in deze gevallen op zijn vroegst intreden vlak na het ondertekenen van de akte van levering (zie over de gevolgen hiervan par. 6.6).

3.9.3 Vormvoorschrift en niet opgenomen mededelingen betreffende de eigenschappen van de zaak

Moeten mededelingen omtrent de eigenschappen van de zaak op grond van het vormvoorschrift ook in de akte worden opgenomen? En zou dientengevolge moeten worden aangenomen dat mededelingen die niet in de akte staan op grond van het vormvoorschrift worden geacht niet te zijn gedaan? Geldt hetzelfde voor de uitdrukkelijke aanvaarding in de zin van artikel 7:15 lid 1 BW? Bepleit kan worden dat door de werking van de artikelen 7:15 en 7:17 BW deze mededelingen tot contractsinhoud worden. Zij bepalen immers de eigenschappen van de zaak die geleverd moet worden. De gemelde juridische lasten en beperkingen en feitelijke gebreken maken aldus deel uit van de overeenkomst. Wordt na de levering een gebrek geconstateerd dat door de verkoper is medegedeeld, dan levert dit gebrek in beginsel geen niet-nakoming van de overeenkomst op. Aangezien op grond van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW datgene waarover partijen wilsovereenstemming hebben bereikt in een akte moet worden opgenomen zouden ook deze mededelingen van de verkoper in een akte moeten worden opgenomen voorzover de koper deze gebreken heeft aanvaard. Aldus beschouwd zullen deze mededelingen in de akte moeten worden opgenomen teneinde aan het vormvereiste van artikel 7:2 BW te voldoen. Maar bij nader inzien is het anders. Het vormvereiste maakt geen inbreuk op de werking van artikel 6:248 lid 1 BW. Het vormvereiste noodzaakt tot het schriftelijk vastleggen van de *essentiali*a en van de bedingen waarbij partijen willen afwijken van het aanvullend recht, maar niet tot het vastleggen van de rechtsgevolgen die voortvloeien uit de overeenkomst op grond van de wet, de gewoonte en de redelijkheid en billijkheid. Het vormvereiste leidt niet tot de noodzaak van het opmaken van vuistdikke contracten naar Angelsaksisch model. Wanneer partijen bijvoorbeeld alleen zaak en prijs in de akte hebben opgenomen, blijven de artikelen 7:15 en 7:17 BW van toepassing. En aangezien deze bepalingen voor de relevant geachte mededelingen en voor de uitdrukkelijke aanvaarding geen vormvereiste stelt, zijn ook de mondeling gedane mededelingen van belang. Het schriftelijk opnemen van deze eigenschappen van de zaak is dan ook voorzover niet van de artikelen 7:15 en 7:17 BW wordt afgeweken niet noodzakelijk met het oog op het vormvereiste. Raadzaam is dergelijke verklaringen wel met het oog op het bewijs in de koopakte op te nemen. Immers de verklaring dat verkoper of de koper

bepaalde mededelingen heeft gedaan levert tussen partijen ook dwingend bewijs op dat deze mededelingen zijn gedaan (art. 157 lid 2 Rv.).[188]

3.9.4 Vormvoorschrift en de toestemming in de zin van artikel 1:88 BW

Het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW heeft via artikel 1:88 lid 3 BW wel consequenties voor de wijze waarop de toestemming van de echtgenoot van de verkoper moet plaatshebben bij de vervreemding van de door de echtgenoten tezamen of door de andere echtgenoot bewoonde woning. Deze toestemming dient schriftelijk te worden gegeven, indien de wet voor de rechtshandeling een vorm voorschrijft. Dit is nu door het bepaalde in artikel 7:2 BW bij de verkoop aan een consument-koper het geval. Deze toestemming behoeft uiteraard niet in de koopakte zelf te worden opgenomen; het kan ook bij afzonderlijke akte. Aan de praktijk heeft dit nieuwe vormvoorschrift niet veel veranderd. In de model-koopakten van de NVM en de KNB was deze toestemming reeds opgenomen. Voorts is het gebruikelijk dat bij de vervreemding van registergoederen de toestemming in de akte van levering wordt opgenomen of wordt vastgelegd in een daaraan gehechte akte.[189]

3.10 De koop van een woning via e-mail[190]

3.10.1 Drie wetsartikelen

Kan de koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak via e-mail tot stand komen? Tot 1 september 2003 was deze vraag eenvoudig met 'ja' te beantwoorden, aangezien tot die datum geen vormvoorschrift voor dit soort overeenkomsten gold. De invoering van artikel 7:2 BW maakt het vinden van een antwoord moeilijker, omdat hierin wordt vereist dat de koop schriftelijk wordt aangegaan, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Laten we de vraagstelling niet te gecompliceerd maken en uitgaan van een koopovereenkomst tussen twee particulieren, die via e-mailverkeer (al dan niet met elektronische bijlagen) tot stand komt. Van het te snel of onbedoeld aanklikken van 'ja-knoppen' op een website of van een veiling-site is in onze casus geen sprake.[191] In het navolgende zal blijken dat het antwoord op de voorgelegde vraag moeilijk

188 Zie HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 612 m.nt. DA; Brooke Holland/Curator Overes over de dwingende bewijskracht van de in de akte van levering opgenomen finale kwijting met betrekking tot de betaling van de koopprijs.

189 Klaassen-Eggens-Luijten-Meijer 2005, nr. 96.

190 In deze paragraaf is de enigszins aangepaste inhoud opgenomen van een eerder in *MvV* gepubliceerd artikel (Breedveld-de Voogd 2005a, p. 30-34).

191 Zie over dit probleem Van Esch 2002, p. 434.

is te geven. Dit heeft de volgende oorzaken. In de eerste plaats zijn op deze vraag drie wetsartikelen van toepassing uit verschillende boeken van het BW, te weten de artikelen 7:2, 6:227a en 3:15a. In de tweede plaats bevatten de laatstgenoemde twee artikelen criteria, die zo vaag of zo technisch zijn dat door degene die de rechtshandeling wil verrichten niet op voorhand valt te beoordelen of aan de voorgeschreven vereisten is voldaan. In de derde plaats is de tekst van de wet misleidend.

Kan aan het schriftelijkheidsvereiste worden voldaan door het uitwisselen van e-mail berichten? Zoals in paragraaf 3.2 uiteen is gezet staat het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW volgens de minister gelijk aan de onderhandse akte in artikel 7:2 lid 2 BW. Een briefwisseling voldoet volgens hem niet aan laatstgenoemd vereiste. Op grond van tekst en strekking van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW moet worden aangenomen dat daaraan niet is voldaan in het geval van twee op elkaar aansluitende akten. Dit zou betekenen dat ook op elkaar aansluitende e-mailberichten – ook al zijn deze van een elektronische handtekening voorzien – niet kunnen voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 BW. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Leeuwarden heeft op grond van deze parlementaire geschiedenis beslist dat de (uitdraaien van de) e-mailwisseling tussen partijen niet aan het vormvereiste van artikel 7:2 BW voldoet.[192] Het is echter ook mogelijk per e-mail als bijlage één digitaal bestand uit te wisselen. Kan een overeenkomst die is opgenomen in een dergelijk bestand voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste? Hiervoor moeten we te rade gaan bij een nieuw wetsartikel dat de gelijkstelling van de elektronische met de schriftelijke overeenkomst regelt.

3.10.2 De voorwaarden van artikel 6:227a BW

Op 30 juni 2004 is ter implementatie van de Richtlijn elektronische handel de Aanpassingswet richtlijn inzake elektronische handel in werking getreden.[193] Hierdoor is onder meer artikel 6:227a aan het BW toegevoegd. Het eerste lid hiervan bepaalt:

> 'Indien uit de wet voortvloeit dat een overeenkomst slechts in schriftelijke vorm geldig of onaantastbaar tot stand komt, is aan deze eis tevens voldaan indien de overeenkomst langs elektronische weg is totstandgekomen en
> a. raadpleegbaar door partijen is;
> b. de authenticiteit van de overeenkomst in voldoende mate gewaarborgd is;

192 Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937, *Notamail* 2006, 159.
193 Richtlijn 2000/31/EG (*PbEG* 2000 L 178/1) resp. *Stb*. 2000, 210.

> c. het moment van totstandkoming van de overeenkomst met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld; en
> d. de identiteit van de partijen met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld.'

Volgens de Memorie van Toelichting wordt door deze bepaling artikel 9 lid 1 van de richtlijn elektronische handel geïmplementeerd.[194] Dit artikel bepaalt:

> 'De lidstaten zorgen ervoor dat hun rechtsstelsel het sluiten van contracten langs elektronische weg mogelijk maakt. Zij vergewissen zich er met name van dat de regels met betrekking tot de totstandkoming van contracten geen belemmering vormen voor het gebruik van langs elektronische weg gesloten contracten, noch ertoe leiden dat dergelijke contracten, omdat zij langs elektronische weg tot stand zijn gekomen, zonder rechtsgevolg blijven en niet rechtsgeldig zijn.'

De vier in artikel 6:227a lid 1 BW genoemde voorwaarden zijn door de Nederlandse wetgever toegevoegd, want in de richtlijn komen ze niet voor. Door het gebruik van de woorden 'indien' en 'en' leidt een tekstuele uitleg van artikel 6:227a lid 1 BW tot de conclusie dat aan al deze vier vereisten moet zijn voldaan voordat van gelijkstelling van een elektronische overeenkomst aan een schriftelijke sprake kan zijn. De wetgever lijkt dit enigszins te willen afzwakken door in de Memorie van Toelichting op te merken dat het niet ondenkbaar is dat de rechter in een concreet geval tot de conclusie komt dat gelijkstelling op zijn plaats is, ook al zijn niet alle vier genoemde voorwaarden vervuld. Enige regels verder wordt ook dit weer gerelativeerd door de waarschuwing dat afgezien van bijzondere gevallen in de praktijk geldt dat voor gelijkstelling aan de vier in lid 1 genoemde voorwaarden moet zijn voldaan.[195] Nog los van deze onzekere status van de voorwaarden is de inhoud hiervan zo open en zo vaag dat iemand die via een elektronische weg een overeenkomst sluit waarvoor het schriftelijkheidsvereiste geldt, niet met zekerheid kan weten of deze geldig en onaantastbaar is. De tekst van de wet biedt hier, in aanmerking genomen dat het om een vormvereiste gaat, onvoldoende duidelijkheid. De ruimte die de wetgever de rechter hier heeft willen laten is ten koste gegaan van de rechtszekerheid. De wetgever heeft uit het oog verloren dat deze constitutieve regels primair moeten zijn gericht op het subject dat de rechtshandeling wil verrichten. Hoe moet een overeenkomst tot stand komen? Over de in acht te nemen vorm moeten partijen niet in het ongewisse worden gelaten. Dat in sommige gevallen de rechter een oordeel moet vellen en de regel zich daarom mede tot de rechter richt, is in dit opzicht slechts van secundair belang.

194 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 52 (MvT).
195 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 53 (MvT).

3.10.3 De elektronische handtekening in de zin van artikel 3:15a BW

Met betrekking tot de tweede en de vierde voorwaarde van artikel 6:227a lid 1 BW merkt de minister op dat hieraan kan worden voldaan door de overeenkomst van een elektronische handtekening te voorzien zoals omschreven in de artikelen 15a tot en met 15c van Boek 3 BW. Hieraan voegt hij toe dat voorzover een vormvereiste meebrengt dat een schriftelijke overeenkomst ondertekend moet worden om tot stand te kunnen komen, partijen verplicht zijn om deze elektronisch te ondertekenen overeenkomstig de zojuist genoemde wetsartikelen.[196] Aangezien ervan uit moet worden gegaan dat met het schriftelijkheidvereiste in artikel 7:2 lid 1 BW bedoeld is de akte zoals genoemd in artikel 7:2 lid 2 BW, brengt dit vormvereiste mee dat partijen het geschrift moeten ondertekenen. Een akte is immers een ondertekend geschrift dat bestemd is om tot bewijs te dienen (art. 156 lid 1 Rv.).

Dit alles betekent dat de koopovereenkomst van artikel 7:2 BW door partijen moet worden ondertekend om rechtsgeldig tot stand te komen. Wil men dit op elektronische wijze doen dan zijn hiervoor elektronische handtekeningen zoals omschreven in de artikelen 15a tot en met 15c van Boek 3 BW vereist. Maar betekent dit dat een dergelijk elektronisch bestand voorzien van elektronische handtekeningen ook een akte is in de zin van artikel 156 Rv.? Van Es zet uiteen dat dit alleen het geval als een elektronisch document een geschrift is in de zin van artikel 156 lid 1 Rv.[197] Hij heeft mijns inziens gelijk met zijn opmerking dat, wil men dit bewerkstelligen, een ingreep in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering noodzakelijk is. Aan artikel 156 Rv. zou kunnen worden toegevoegd dat een elektronisch bestand dat aan bepaalde voorwaarden voldoet, gelijk gesteld wordt met een geschrift. De minister poogt evenwel wet te geven bij Nadere Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer. Op een vraag van de VVD-fractie naar de verhouding tussen artikel 6:227a BW en de Wet elektronische handtekeningen antwoordt de minister dat artikel 3:15a BW in samenhang met artikel 6:227a BW tot gevolg heeft dat een elektronisch bestand voorzien van een elektronische handtekening gelijk kan worden gesteld met een akte met inbegrip van de daaraan toekomende bewijskracht, indien aan de in beide artikelen vermelde voorwaarden is voldaan.

De koopovereenkomst in de zin van artikel 7:2 BW zou derhalve via e-mailverkeer tot stand kunnen komen indien deze koopovereenkomst in een elektronisch bestand is neergelegd, dat voldoet aan de vereisten van artikel 6:227a BW en dit bestand door beide partijen is ondertekend door middel van een elektronische handtekening, die voldoet aan de vereisten van artikel 3:15a t/m 15c BW. Het probleem met laatstgenoemde artikelen is dat hiervoor nog in

196 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 197, nr. 3, p. 54 (MvT).
197 Van Es 2002a, p. 107 en Van Es 2002b, p. 858.

hogere mate dan voor artikel 6:227a BW geldt dat degene die de rechtshandeling verricht doorgaans niet kan zeggen of hieraan is voldaan. Hierdoor blijft men in onzekerheid over de vraag of het vormvoorschrift al dan niet in acht is genomen. De eerste twee leden van artikel 3:15a BW, waarin de voorwaarden voor de gelijkstelling met een geschreven handtekening worden gesteld, vormen een opeenstapeling van enerzijds vage en open normen en anderzijds door niet-deskundigen op het gebied van digitale technologie niet te toetsen criteria:

> '1. Een elektronische handtekening heeft dezelfde rechtsgevolgen als een handgeschreven handtekening, indien de methode die daarbij is gebruikt voor authentificatie voldoende betrouwbaar is, gelet op het doel waarvoor de elektronische gegevens werden gebruikt en op alle overige omstandigheden van het geval.
> 2. Een in lid 1 bedoelde methode wordt vermoed voldoende betrouwbaar te zijn, indien een elektronische handtekening voldoet aan de volgende eisen:
> a. zij is op unieke wijze aan de ondertekenaar verbonden;
> b. zij maakt het mogelijk de ondertekenaar te identificeren;
> c. zij komt tot stand met middelen die de ondertekenaar onder zijn uitsluitende controle kan houden; en
> d. zij is op zodanige wijze aan het elektronisch bestand waarop zij betrekking heeft verbonden, dat elke wijziging achteraf van de gegevens kan worden opgespoord;
> e. zij is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel *ss*, van de Telecommunicatiewet; en
> f. zij is gegenereerd door een veilig middel voor het aanmaken van elektronische handtekeningen als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel *vv*, van de Telecommunicatiewet.'

Evenals voor de toetsing aan artikel 6:227a BW geldt voor artikel 3:15a BW dat in veel gevallen niet op voorhand door degene die een elektronische handtekening heeft gezet met zekerheid kan worden gezegd of hij nu wel of niet aan het vormvereiste voor het verrichten van de rechtshandeling heeft voldaan. Wanneer kan nu worden gezegd dat de twee onder een elektronisch stuk geplaatste handtekeningen 'voldoende betrouwbaar' zijn in de zin van artikel 3:15a lid 1 BW? Er zijn immers vele vormen van 'gewone' elektronische handtekeningen zoals de eenvoudige pincode als een ingescande handtekening van een papieren drager, zoals bijvoorbeeld een fax.[198] Wanneer een dergelijke 'gewone' elektronische handtekening als voldoende betrouwbaar kan worden aangemerkt is aan het vormvereiste voldaan. Maar aangezien niet in zijn algemeenheid kan worden vastgesteld of een dergelijke handtekening voldoende betrouwbaar is leidt het gebruik van deze open geformuleerde criterium tot onzekerheid over de vraag of de rechtshandeling is verricht.[199] Wanneer

198 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 743, nr. 3, p. 2 (MvT) en Tjong Tjin Tai 2004, p. 114.
199 Scheltema & Tjong Tjin Tai (*Vermogensrecht)*, art. 15a, aant. 10. Zie over dit gebrek aan rechtszekerheid ook Voulon 2003, p. 276 en Horrevorts & Van Esch 2003, p. 33-34.

partijen ondertekenen met een 'geavanceerde elektronische handtekening' wordt veel van de rechtsonzekerheid weggenomen aangezien deze handtekening, die voldoet aan de eisen van artikel 3:15a lid 2 BW 'wordt vermoed voldoende betrouwbaar te zijn'. Aangenomen kan worden dat wanneer een elektronische handtekening is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat dat is afgegeven door een certificatiedienstverlener in beginsel aan de wettelijke eisen voldoet.[200] Dit betekent echter niet dat indien een elektronische handtekening niet op een gekwalificeerd certificaat is gebaseerd deze als 'onvoldoende betrouwbaar' moet worden gekwalificeerd (art. 3:15a lid 3 BW). De vraag of door het zetten van een 'gewone' elektronische handtekening aan de eis van de ondertekening is voldaan kan derhalve niet eenvoudig worden beantwoord.

Dit alles neemt niet weg dat een overeenkomst in de zin van artikel 7:2 BW op elektronische wijze tot stand kan komen, indien men met de minister aanneemt dat indien aan de vereisten van artikel 6:227a BW en van artikel 3:15a BW tot en met 3:15c BW is voldaan, ook sprake is van een akte in de zin van artikel 156 Rv. Maar is de gelijkstelling van de elektronische overeenkomst aan de schriftelijke overeenkomst van artikel 6:227a lid 1 BW wel van toepassing op artikel 7:2 BW? In het tweede lid van artikel 6:227a BW worden overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken van deze gelijkstelling toch uitgezonderd?

3.10.4 De uitzondering voor overeenkomsten met betrekking tot onroerende zaken

Het tweede en derde lid van artikel 6:227a BW verklaren de gelijkstelling van de elektronische overeenkomst met de schriftelijke overeenkomst niet van toepassing op bepaalde soorten overeenkomsten. De tekst van de leden 2 en 3 luidt als volgt:

> '2. Lid 1 is niet van toepassing op:
> a. overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten;
> b. overeenkomsten waarbij persoonlijke of zakelijke zekerheden worden verstrekt door personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf; voorzover de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich daartegen verzet.
> 3. Lid 1 is niet van toepassing op:

200 Vgl. art. 18.16 lid 2 en 3 Telecommunicatiewet alsmede Scheltema & Tjong Tjin Tai (*Vermogensrecht*) art. 15a, aant. 17.

> a. overeenkomsten waarvoor de wet de tussenkomst voorschrijft van de rechter, een overheidsorgaan of een beroepsbeoefenaar die een publieke taak uitoefent; en
> b. overeenkomsten die onder het familierecht of het erfrecht vallen.'

In verband met het schriftelijkheidsvereiste in artikel 7:2 BW is met name lid 2 sub a relevant. Studenten, die de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:227a BW of bij artikel 7:2 BW niet hebben gelezen en geen colleges hebben gevolgd, beantwoorden de tentamenvraag of de overeenkomst in de zin van artikel 7:2 BW op elektronische wijze tot stand kan komen ontkennend, met verwijzing naar deze bepaling. Men kan deze studenten op grond van de tekst van artikel 6:227a BW geen ongelijk geven. De gelijkstelling van de elektronische overeenkomst met de schriftelijke overeenkomst, zoals deze voortvloeit uit lid 1, is niet van toepassing op overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken. En aangezien de koop van een woning een overeenkomst is die rechten doet ontstaan ten aanzien van een onroerende zaak, kan de schriftelijke vorm van artikel 7:2 BW niet vervangen worden door een elektronische. De minister ziet het anders:[201]

> 'In het voorgestelde artikel 6:227a lid 2 BW wordt bepaald dat lid 1 niet van toepassing is op overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken, met uitzondering van huurrechten, voorzover de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich daartegen verzet. Uit deze formulering volgt dat de toepasselijkheid van lid 1 op zodanige overeenkomsten vooropstaat. De bewijslast omtrent de niet-toepasselijkheid van lid 1 in een concreet geval ligt derhalve op degene die stelt dat lid 1 niet op de koop van een onroerende zaak van toepassing is.'

Het tegenovergestelde is waar. Er staat niet in de wet wat er volgens de minister zou staan. Uit de formulering van de wet volgt juist niet dat de toepasselijkheid van lid 1 op zodanige overeenkomsten vooropstaat. Op geen enkele wijze blijkt dat het stuk achter de punt-komma onder b. ook van toepassing is op hetgeen onder a. is vermeld. Hierdoor wordt de lezer van de wet op het verkeerde been gezet.[202]

Wanneer we de uitleg van de tekst in de parlementaire geschiedenis toch laten prevaleren, stuiten we op een nieuw probleem. Immers, wanneer verzet zich nu de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt tegen het tot stand brengen van de koop van een woning in elektronische vorm? Deze vraag stelden ook de leden van de CDA-fractie van de Eerste Kamer aan de minister. Hij antwoordde dat op grond van artikel 9 lid 2 van

---

201 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 4 (MvA).

202 Ook in Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 218 wordt vermeld dat in art. 6:227a BW een uitzondering wordt gemaakt voor overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken.

de richtlijn elektronische handel[203] de lidstaten overeenkomsten die rechten doen ontstaan of overdragen ten aanzien van onroerende zaken (integraal) kunnen uitzonderen van de mogelijkheid de overeenkomst langs elektronische weg te sluiten. Bij de implementatie van artikel 9 heeft de minister er echter voor gekozen om van deze uitzonderingsmogelijkheid geen gebruik te maken, omdat het uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat het elektronisch rechtsverkeer zoveel mogelijk moet worden bevorderd. Dat de minister toch niet helemaal zeker is of dit voor de koop van woningen onder alle omstandigheden de juiste beslissing is blijkt uit zijn volgende woorden:[204]

> 'Dit neemt niet weg dat het, mede gelet op (de ratio van) artikel 9 lid 2 van de richtlijn elektronische handel, denkbaar is dat zich gevallen zullen voordoen waarin elektronisch contracteren niet wenselijk is. Deze zich mogelijk voordoende gevallen zijn evenwel niet op voorhand te voorzien; was dat wel zo geweest dan zou daarvoor in het wetsvoorstel een uitzonderingsbepaling zijn opgenomen. Gelet op het voorgaande is het wenselijk gevonden een "veiligheidsklep" op te nemen die degene die meent dat artikel 6:227a lid 1 in een concrete situatie niet van toepassing behoort te zijn op de koop van een onroerende zaak, de mogelijkheid biedt om voor die situatie een uitzondering op lid 1 te bewerkstelligen door te stellen en te bewijzen dat de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich tegen elektronisch contracteren verzet. Uiteindelijk is het aan de rechter om een (gemotiveerd) oordeel te geven over de vraag of de onderhavige uitzondering zich in een concrete situatie voordoet. Gelet op het feit dat er niet voor is gekozen de mogelijkheid van elektronisch contracteren hier, op de voet van artikel 9 lid 2 van de richtlijn, geheel uit te sluiten, zal een beroep op artikel 6:227a lid 2 naar mijn mening in de praktijk niet dan bij hoge uitzondering succesvol zijn. Naar mijn mening is daarmee op dit punt een optimale balans bereikt tussen enerzijds de wenselijkheid van rechtszekerheid en het bevorderen van elektronisch contracteren en anderzijds de noodzaak de rechter een "veiligheidsklep" niet te onthouden.'

De wetgever wil zijn vingers er niet aan branden. Degene die in een procedure meent dat de elektronische weg voor de betreffende overeenkomst niet open behoort te staan moet 'stellen en (...) bewijzen dat de aard van de overeenkomst of van de rechtsbetrekking waarvan zij deel uitmaakt zich tegen elektronisch contracteren verzet'. Met andere woorden de stel- en bewijsplicht ziet volgens de minister niet alleen op feiten en rechten, maar ook op de rechtsregels zelf. De rechtzoekende moet bewijzen dat voor een bepaalde soort overeenkomsten geldt dat hiervoor de elektronische vorm niet openstaat, maar alleen de schriftelijke. De rechter maakt dan uiteindelijk wel uit of deze rechtzoekende inderdaad heeft kunnen bewijzen dat het recht zo in elkaar zit. Nog los van de onjuiste opvatting over de strekking van stel- en bewijsplicht was het de taak

---

203 Richtlijn nr. 2000/31/EG (*PbEG* 2000 L 178/1).
204 *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 8 (Nadere MvA).

van de wetgever geweest hier duidelijkheid te scheppen. Het gaat tenslotte om de vraag in welke vorm een overeenkomst moet worden verricht. Hierover mag geen onzekerheid bestaan. De wetgever had een voorbeeld kunnen nemen aan de Duitse wetgever die in § 126 BGB heeft opgenomen dat de schriftelijke vorm door de elektronische vorm kan worden vervangen, indien uit de wet niet anders blijkt. Bij verschillende overeenkomsten heeft de Duitse wetgever met zoveel woorden opgenomen dat deze niet in elektronische vorm kunnen worden gesloten. Voorbeelden hiervan zijn: borgtocht (§ 766 BGB), timeshare (§ 484 BGB) en lijfrente (§ 761 BGB).[205]

3.10.5 De aard van de koopovereenkomst en de ratio van het vormvoorschrift

De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak door een koper, die een natuurlijk persoon is en die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf is volgens de minister geen overeenkomst waarvan in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat haar aard zich verzet tegen elektronisch contracteren. Was dat wel het geval geweest dan was immers zijn conclusie geweest dat de koopovereenkomst in de zin van artikel 7:2 BW niet elektronisch tot stand kan komen. Hoeveel specifieker moet de aard van de overeenkomst nog worden omschreven en welke kenmerken moet deze dan hebben voordat gezegd kan worden dat de aard van de overeenkomst zich wél tegen elektronisch contracteren verzet? Moet de verkoper handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf? Moet het huis duurder of juist goedkoper zijn dan € 300.000? Moet er een financieringsclausule in de overeenkomst zijn opgenomen? Dat lijkt me te ver gaan. De aard van de overeenkomst is in artikel 7:2 BW voldoende specifiek omschreven. Waar het bij de vraag of de elektronische weg openstaat wel om moet gaan is de reden waarom in artikel 7:2 lid 1 BW het schriftelijkheidvereiste is voorgeschreven.[206] Wanneer de elektronische vorm in voldoende mate aan deze ratio kan voldoen, kan deze in de plaats treden van de schriftelijke vorm. In de parlementaire geschiedenis worden uiteenlopende rationes voor het schriftelijkheidsvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW genoemd: 1) rechtszekerheid ten behoeve van de koper en de verkoper met betrekking tot de vraag of en zo ja wanneer de overeenkomst is gesloten, 2) het ter beschikking hebben van een schriftelijk stuk waarover de koper zich kan beraden en 3) ten behoeve van het aanvangsmoment voor de bedenktijd.[207] Bovendien leert de jurisprudentie dat naast de aanvankelijke reden voor het invoeren van een vormvereiste zich in de loop van de tijd een nieuwe

205 Bij de verkoop van onroerende zaken doet het probleem zich naar Duits recht niet voor, omdat voor de geldigheid van de koopovereenkomst een notariële akte is voorgeschreven (§ 311b BGB).

206 Prins & Gijrath 2000, p. 116.

207 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 4 en 11 (MvA).

reden kan hebben aangediend.[208] Het is niet aan degene die een rechtshandeling wil verrichten om naar deze rationes op zoek te gaan. De wetgever moet beslissen of de ratio van het vormvoorschrift met zich brengt of een bepaald soort overeenkomst wel of niet op elektronische wijze tot stand kan komen. Hij zal hiervoor moeten overwegen in hoeverre de digitale akte in het maatschappelijk verkeer op dezelfde wijze kan functioneren als een schriftelijk stuk. Biedt de ontvangst van de digitale akte in de mailbox dezelfde mogelijkheden als de ontvangst van een papieren versie? In beginsel wel en misschien zelfs nog meer. Men kan immers met de zoekfunctie nog juist die passages die men van belang vindt nog eens extra doornemen. En men kan er ook 'papier van maken' door de tekst uit te printen of spoedshalve de tekst doormailen naar zijn notaris of een andere deskundige. Voorts kan worden aangenomen dat iemand die een digitale handtekening kan zetten ook al deze handelingen kan verrichten. Anderzijds moet in overweging worden genomen dat een computercrash na de ontvangst van de digitale akte, maar voordat de akte is uitgeprint, de rechtsbescherming die de bedenktijd beoogt te bieden in gevaar kan brengen. Hier kan echter tegenin worden gebracht dat het digitale stuk opnieuw kan worden verzonden en dat ook een papieren akte teniet kan gaan. Belangrijker dan de digitale vorm van de overeenkomst is echter dat het voor degene die de rechtshandeling verricht duidelijk moet zijn wanneer en hoe hij deze verricht. Hiervoor dient de te zetten handtekening van voldoende 'gewicht' te zijn. Niet iedere meegezonden code die als elektronische handtekening zou kunnen worden gekwalificeerd is hiertoe voldoende. De bij de koop van woningen vereiste rechtszekerheid kan naar mijn mening echter wel worden bereikt door in deze gevallen een geavanceerde elektronische handtekening voor te schrijven.

208 Zie met betrekking tot het vereiste van een notariële akte voor het tot stand brengen van huwelijkse voorwaarden HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524; Zweedse vrouw en mijn commentaar bij dit arrest (Breedveld-de Voogd 2003c, p. 182-186).

4 Inhoud van de koopovereenkomst

4.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is aan de orde gekomen wanneer tussen partijen in formele zin de wilsovereenstemming bestaat die de koopovereenkomst van een onroerende zaak tot stand doet komen. Hierbij werd tot nog toe geen bijzondere aandacht besteed aan de vraag *waarover* men het tenminste eens moet zijn om van een koopovereenkomst te kunnen spreken. Hoe wordt uiteindelijk de inhoud van de overeenkomst samengesteld? Welke rol spelen het aanvullend en dwingend recht? Geldt een beding als de financieringsclausule ook indien partijen hierover niets zijn overeengekomen? Zou de wetgever niet bij belangrijke overeenkomsten als de koop van een onroerende zaak in verdergaande mate dan thans het geval is moeten voorschrijven over welke onderwerpen partijen iets in hun contract moeten opnemen? Zou het rechtsverkeer kunnen worden gediend met een wettelijke checklist?

In de literatuur worden twee wegen bewandeld om te beoordelen of de overeenstemming tussen partijen voldoende is om tot de totstandkoming van een overeenkomst te concluderen. De eerste en oudste weg is die van de indeling van de inhoud van een overeenkomst in *essentialia*, *naturalia* en *accidentalia*. De nieuwe weg is het bepaalbaarheidsvereiste van artikel 6:227 BW. Is de ene route beter dan de andere of lopen deze wegen bij nadere beschouwing parallel?

4.2 ESSENTIALIA, NATURALIA EN ACCIDENTALIA IN HET MODERNE VERBINTENISSENRECHT

4.2.1 Essentialia, naturalia en accidentalia

Wanneer de ene partij een aanbod doet dat de *essentialia* van de koopovereenkomst bevat en dit aanbod door de andere partij wordt aanvaard dan is er

in beginsel sprake van een koopovereenkomst.[1] Maar wat zijn de *essentialia*? Pothier schrijft dat in elk contract drie zaken zijn te onderscheiden:[2]

> 'celles qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont seulement de la nature du contrat, et celles qui sont purement accidentelles au contrat.'

Deze drie dingen definieert hij als volgt:

> '1º Les choses qui sont de l'essence du contrat, sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat. (…)
> 2º Les choses qui sont seulement de la nature du contrat, sont celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliqées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous – entendues. (…)
> 3º Les choses qui sont accidentelles au contrat, sont celles qui n'étant pas de la nature du contrat, n'y sont renfermées que par quelque clause particulière ajoutée au contrat.'

In het *Lehrbuch des Pandektenrechts* vindt men deze indeling terug, maar dan meer bekeken vanuit de in de rechtshandeling verklaarde wil:[3]

> 'Der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille hat zum Inhalt entweder solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäfts ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; oder er hat zum Inhalt solche Punkte, welche das Rechtsgeschäft, wenn auch verträgt, doch nicht fordert – die Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts sind entweder wesentliche Bestimmungen, oder sie sind unwesentliche oder Nebenbestimmungen[1].'

In een noot (1) bij deze passage wordt hieraan het volgende toegevoegd:

> '[1] *Dem Kaufvertrage z. B. ist wesentlich die Bestimmung, daß der Käufer eine Sache für sich haben solle gegen Zahlung eines Kaufpreises, unwesentlich die Bestimmung, daß das Kaufgeld vom Abschluß des Kaufvertrages an verzinst werden solle. Die einem Rechtsgeschäft wesentlichen Bestimmungen pflegt man* essentialia negotii *zu nennen, die unwesentlichen* accidentalia. *Wenn man als drittes Glied der Eintheilung die* naturalia negotii *hinzufügt, worunter man diejenigen Wirkungen des Rechtsgeschäfts versteht, welche das Recht an dasselbe anknüpft, auch ohne daß sie besonders ausgemacht sind (vgl.* l. 11 § 1 D. 19, 1: – "quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate"*), so liegt der Vorwurf gegen diese althergebrachte Eintheilung nahe, daß sie Gewolltes und Nichtgewolltes zusammenstelle.*'

---

1 Huijgen 2003, p. 21 en Van Velten 1993, p. 397. Dit wordt aangenomen in het geval er geen vormvoorschrift geldt.
2 Pothier, *Traité des Obligations*, § III 6, 7, 8.
3 Windscheid/Kipp 1900, § 85, p. 383.

Ook naar Nederlands recht wordt deze indeling van de bestanddelen van een overeenkomst nog steeds gemaakt. De *essentialia* pleegt men te definiëren als die bestanddelen zonder welke een overeenkomst in het algemeen dan wel een bepaalde overeenkomst niet kan tot stand komen. Wanneer er een ontbreekt dan is er geen contract tot stand gekomen, of een ander contract dan door partijen aangeduid. *Naturalia* zijn die bestanddelen welke de aard van elke bepaalde overeenkomst gewoonlijk met zich meebrengt en ook zonder uitdrukkelijk beding rechtens daartoe behoren. *Accidentalia* zijn die bestanddelen welke slechts toevallig aan de overeenkomst zijn toegevoegd en slechts daarom tot de inhoud van de overeenkomst behoren, omdat dit uitdrukkelijk door partijen is bepaald.[4]

De onderscheiding tussen *essentialia*, *naturalia* en *accidentalia* is echter meer dan een indeling van de bestanddelen van een overeenkomst. Het zegt iets over de wijze waarop de inhoud van een overeenkomst wordt samengesteld; over hoe de wilsovereenstemming van partijen een zodanige bepaalde omvang heeft (*essentialia*) dat deze binnen een bepaalde juridische context bovendien datgene mobiliseert wat tot deze wilsovereenstemming behoort (*naturalia*). Onder *naturalia* kan men dan verstaan hetgeen in artikel 6:248 lid 1 BW wordt aangeduid als de rechtsgevolgen die naar de aard van de overeenkomst uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Houwing heeft aangetoond dat de toepasselijkheid van de aanvullende wetsbepaling en de aanvullende gewoonte in de zin van artikel 1375 (oud) BW als tussen partijen overeengekomen moet gelden. Ook al vormen wet en gewoonte objectieve regels, hun toepasselijkheid op hetgeen partijen zijn overeengekomen gaat niet buiten de wil van partijen om.[5] Ook Zwitser komt op basis van zijn dialectische visie dat de individuele wil van partijen sterk wordt beïnvloed door objectieve normen tot de conclusie dat de factoren van artikel 1375 (oud) BW door partijen gewild zijn. Deze factoren kunnen derhalve nooit tegenover de wil van partijen worden geplaatst, maar zijn juist het verlengde hiervan.[6]

Onder de kop *Umfang der Einigensnotwendigkeit* schrijft Medicus dat de wet op vele plaatsen zeer gedetailleerd de verplichtingen van contractspartijen regelt; kijk bijvoorbeeld naar de uitvoerige regeling van de wanprestatie. In zoverre behoeven partijen geen eigen regeling meer af te spreken. Deze *Erleichterung des Vertragsschlusses* is volgens hem een van de doeleinden van de wet. Maar voor veel punten kan de wet geen algemene voorschriften inhouden, hierover moeten partijen het op individueel niveau eens worden, zoals bij de koop over de te verkopen zaak en over de koopprijs. Deze punten nu zijn de

4 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 78.
5 Houwing 1918, p. 47 en 63.
6 Zwitser 1984, p. 26-28.

zogenaamde *essentialia negotii*.[7] Deze benadering van Medicus maakt duidelijk dat het bij de *essentialia* gaat om dat deel van de wilsovereenstemming van contractspartijen zonder welke niet, ook niet met behulp van de wet, gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid, kan worden bepaald welke de contractuele verplichtingen van partijen zijn. Het zijn de punten die contractpartijen op individueel niveau moeten regelen en die zich niet lenen voor een regeling op enigerlei abstract niveau. Zo kunnen de wet, de gewoonte, noch de eisen van redelijkheid en billijkheid bepalen welke woning een bepaalde verkoper moet leveren aan de koper, maar wel aan welke eisen een te verkopen woning in beginsel moet voldoen (zie bijv. art. 7:15 en 7:17 BW).

Uit het bovenstaande blijkt dat de vragen *of* een overeenkomst tot stand is gekomen en *of* de leemten kunnen worden aangevuld, uiteindelijk kunnen worden samengevat in de vraag naar de bepaalbaarheid van de verbintenissen die partijen op zich nemen. In dit opzicht ben ik het eens met De Kluiver, waar hij schrijft dat bepaalbaarheid en dus ook de visie op wat *essentialia* van een overeenkomst zijn, mede afhankelijk zijn van de vraag of leemten kunnen worden aangevuld.[8]

4.2.2 Bepaalbaarheid der verbintenissen

De vraag of de tussen partijen bereikte overeenstemming van voldoende omvang is om een overeenkomst te doen ontstaan staat centraal in het Polak/Zwolsman-arrest.[9] Partijen onderhandelen over het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Over sommige onderdelen van de overeenkomst, zoals het salaris zijn partijen het al eens geworden. Maar hun onderhandelen heeft geen volledige overeenstemming opgeleverd ten aanzien van de pensioenbijdrage welke Zwolsman ten behoeve van Polak zou moeten betalen. De rechtbank heeft geoordeeld dat dit een niet te verwaarlozen bedrag betreft en in het geheel van hetgeen tussen partijen moet worden geregeld een leemte laat bestaan welke niet door de toepassing der beginselen van goede trouw kan worden aangevuld. De Hoge Raad verwerpt het tegen dit oordeel ingebrachte cassatiemiddel dat een overeenkomst reeds tot stand is gekomen, wanneer tussen partijen overeenstemming omtrent enige verbintenis is bereikt, wanneer het gaat om overeenkomsten, bij het tot stand komen waarvan een aantal onderling samenhangende verbintenissen moet worden geregeld. De Hoge Raad geeft een ander criterium door te overwegen:[10]

---

7 Medicus 2002, Rn. 431.
8 De Kluiver 1992, p. 8.
9 HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 331; Polak/Zwolsman.
10 De Hoge Raad herhaalt de eerste alinea van deze overweging in HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 179; Overname dierenartsenpraktijk.

> 'dat de vraag of ten aanzien van zulk een overeenkomst overeenstemming omtrent een of meer onderdelen een overeenkomst doet ontstaan zolang omtrent andere onderdelen nog geen overeenstemming bestaat, afhankelijk is van de bedoeling van partijen, zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen wel en niet geregeld is, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen; dat voorts om in een geval waarin de tussen partijen bereikte overeenstemming ten aanzien van de regeling van haar verhouding leemten laat bestaan, te kunnen aannemen dat een overeenkomst is tot stand gekomen, in ieder geval nodig is dat aan de hand van de bedoeling van partijen en zo nodig van de wet, in het bijzonder van de artt. 1374 en 1375 BW, kan worden vastgesteld, waarin ten aanzien van hetgeen zij niet geregeld hebben haar verbintenissen bestaan;'

Dit alles moet worden geacht te zijn besloten in artikel 6:227 BW dat zegt dat de verbintenissen die partijen op zich nemen bepaalbaar moeten zijn. Deze regel moet – zo blijkt uit de toelichting – worden begrepen in het licht van zijn voorganger artikel 1356 (oud) BW dat voor de geldigheid van een overeenkomst 'een bepaald onderwerp' eiste. In de Toelichting Meijers bij artikel 6:227 BW wordt hierover het volgende opgemerkt:[11]

> 'Het vereiste van een *bepaald onderwerp* geldt voor alle rechtshandelingen, doch behoeft niet uitdrukkelijk in de wet te worden vermeld. Wel is het wenselijk geacht om voor de verbintenisscheppende overeenkomst de regel van de rechtspraak vast te leggen dat bepaalbaarheid voldoende is. Het is deze regel, die men in het onderhavige artikel uitgedrukt vindt. Bepaalbaar zijn de verbintenissen, wanneer de vaststelling naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden.'

Voor de geldigheid van een overeenkomst is vereist dat de vaststelling van de verbintenissen die eruit voortvloeien naar van te voren vaststaande criteria kan geschieden. Over welke criteria dit zijn laat de toelichting zich verder niet uit.[12] Het ligt voor de hand dat hiertoe het criterium behoort als genoemd in het hierboven geciteerde Polak/Zwolsman-arrest. Kan aan de hand van de bedoeling van partijen en zo nodig van de wet, in het bijzonder van artikel 6:248 BW (de opvolger van de artt. 1374 en 1375 (oud) BW), worden vastgesteld welke verbintenissen uit de overeenkomst voortvloeien, ten aanzien van de onderwerpen die partijen niet hebben geregeld. De *essentialia* zonder welke men niet, zelfs niet met behulp van de wet, de eisen van redelijkheid en billijkheid en de gewoonte, de verbintenissen tussen partijen kan bepalen,

---

11 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 895-896 (TM).

12 Het enige wat de toelichting hierover zegt betreft het relatief uitzonderlijke geval dat in een overeenkomst de nadere vaststelling van de inhoud aan een derde of aan een der partijen kan worden opgedragen (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 896 (TM)).

liggen aldus besloten in het bepaalbaarheidsvereiste van artikel 6:227 BW.[13] Ook in de jurisprudentie over de vraag wat onder kernbedingen in de zin van artikel 6:233 BW moet worden verstaan, legt de Hoge Raad dit verband waar hij overweegt dat kernbedingen veelal zullen samenvallen met de *essentialia* zonder welke een overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt.[14]

4.2.3 Essentialia: noodzakelijk, maar niet altijd voldoende

Overeenstemming over de *essentialia* is niet zonder meer voldoende voor het tot stand komen van de overeenkomst. Partijen kunnen immers het tot stand komen van de overeenkomst nog laten afhangen van de regeling van andere onderwerpen dan die welke als *essentialia* kunnen worden aangeduid.[15] Dit blijkt ook uit de in paragraaf 4.2.2 geciteerde overweging uit het Polak/Zwolsman-arrest.[16] Uit de tweede alinea blijkt dat 'in ieder geval' nodig is overeenstemming over die punten waarmee eventueel met behulp van de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid de verbintenissen kunnen worden bepaald. Die punten zijn de *essentialia*. Overeenstemming over de *essentialia* vormt derhalve een minimum voor het kunnen aannemen van een overeenkomst. Het is in de woorden van Medicus *Einigungsnotwendigkeit*.[17] Maar of de overeenkomst tot stand komt wanneer omtrent andere onderdelen dan de *essentialia* geen afspraken zijn gemaakt is, zoals uit de eerste alinea van het bedoelde citaat blijkt, afhankelijk van 'de bedoeling van partijen, zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen wel en niet geregeld is, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen'. De betekenis die de *accidentalia* voor de totstandkoming van de overeenkomst hebben, wordt op bijna schematische wijze onder woorden gebracht in de *Principles of European Contract Law*:[18]

13 Zie ook over dit verband tussen bepaalbaarheid en artikel 6:248 BW: Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht*), art. 227, aant. 14 en 18.

14 HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6; Assoud/Nationale Sporttotalisator en HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567 m.nt. JH; Weevers Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide.

15 Conclusie A-G Hartkamp voor HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 179; Overname dierenartsenpraktijk.

16 HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 331; Polak/Zwolsman.

17 Medicus 2002, Rn. 431.

18 Lando & Beale 2000, p. 146.

> '*Article 2:103: Sufficient Agreement*
>
> (1) There is sufficient agreement if the terms:
> (a) have been sufficiently defined by the parties so that the contract can be enforced, or
> (b) can be determined under these Principles.
> (2) However, if one of the parties refuses to conclude a contract unless the parties have agreed on some specific matter, there is no contract unless agreement on that matter has been reached.'

De *essentialia* vindt men in lid 1 sub a, de *naturalia* onder lid 1 sub b en de *accidentalia* onder lid 2. Hoewel de eerste twee elementen (lid 1 sub a en b) een *sufficient agreement* bewerkstelligen komt de overeenkomst niet tot stand als een der partijen *refuses to conclude a contract* omdat over een bepaald punt geen overeenstemming is bereikt. De koppeling tussen het inhoudelijke aspect en het handelingsaspect van de rechtshandeling wordt hier duidelijk. Artikel 2:103 lid 2 PECL verwijst hier naar artikel 2:101 PECL (*Conditions for the Conclusion of a Contract*), waarin wordt bepaald dat 'a contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement'. Wanneer partijen het niet eens zijn over de *accidentalia* is het probleem niet dat de verbintenissen tussen partijen niet bepaalbaar zouden zijn, maar dat een partij de overeenkomst nog niet wil sluiten omdat hij een bepaald punt nog contractueel wil regelen. Zolang hierover geen overeenstemming bestaat is er geen *intention to be legally bound* (zie par. 2.5).[19] Deze bedoeling om rechtens gebonden te zijn moet worden bepaald op grond van de verklaringen en gedragingen van een partij, zoals deze redelijkerwijs door de wederpartij zijn begrepen (art 2:102 PECL). Hoewel op het eerste gezicht de vraag of de overeenkomst tot stand komt wanneer omtrent andere onderdelen dan de essentialia geen afspraken zijn gemaakt in de PECL enigszins anders wordt benaderd (*refuses to conclude a contract*) dan in het Polak/Zwolsman-arrest, staat een zelfde criterium centraal. Het antwoord op deze vraag is immers afhankelijk van de bedoeling van partijen zoals deze redelijkerwijs onder de gegeven omstandigheden moet worden aangenomen. De criteria lijken toch niet helemaal gelijk. Het criterium in de PECL richt zich op hetgeen partijen mochten begrijpen. Het criterium uit Polak/Zwolsman lijkt objectiever. Het is de vraag of deze conclusie ook uiteindelijk zou moeten worden getrokken.

---

19 Het lijkt daarom niet juist dat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg in het geval dat partijen over de koop van een bepaalde loods hebben gesproken en zij overeenstemming hadden over de prijs, aanneemt dat de koopovereenkomst tot stand is gekomen op de enkele grond dat de *essentialia* vaststaan (Vzr. Rb. Middelburg 19 juli 2006, *LJN* AY5827).

4.2.4 De bedoeling van partijen: objectief of subjectief?

Wanneer over de essentialia in bovenomschreven objectieve zin overeenstemming bestaat kan derhalve nog niet geconcludeerd worden dat de overeenkomst tot stand is gekomen, ook al is het mogelijk om met behulp van de gewoonte, de wet en de eisen van redelijkheid en billijkheid de verbintenissen tussen partijen te bepalen. Immers de vraag of de overeenkomst ook zo tot stand komt is afhankelijk van de vraag of partijen de overeenkomst ook zo, zonder nadere contractuele bepalingen, willen sluiten. Dit punt komt aan de orde in het Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax BV-arrest.[20] De rechtbank overweegt en beslist dat met het toezenden van de definitieve concept-overeenkomst over de essentialia overeenstemming is bereikt en dat op grond daarvan moet worden aangenomen dat op dat moment tussen de Regiopolitie en Hovax een huurovereenkomst tot stand is gekomen, zulks niettegenstaande het feit dat er volgens de Regiopolitie nog punten waren 'waarover nog gesproken moest worden'. Deze punten zijn volgens de rechtbank van ondergeschikte betekenis in het geheel. In het hiertegen ingestelde cassatiemiddel wordt aangevoerd dat dit oordeel onjuist is, omdat de vraag of ten aanzien van een overeenkomst, bij het totstandkomen waarvan een aantal onderling samenhangende verbintenissen moet worden geregeld, overeenstemming omtrent een of meer onderdelen een overeenkomst doet ontstaan zolang omtrent andere onderdelen nog geen overeenstemming bestaat, afhankelijk is van de bedoeling van partijen, zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen al dan niet is geregeld, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen.[21] De Hoge Raad verwerpt het cassatiemiddel met de volgende overweging:

> 'Anders dan het onderdeel betoogt, heeft de rechtbank deze maatstaf niet miskend. Haar hiervoor samengevat weergegeven oordeel moet immers kennelijk aldus worden verstaan dat de punten die op 18 juni 1993 eventueel nog moesten worden besproken, van *ondergeschikte betekenis* (curs. CGBdV) waren, hetgeen meebrengt dat de huurovereenkomst naar de bedoeling van partijen inmiddels was tot stand gekomen omdat omtrent de essentialia van deze overeenkomst inmiddels overeenstemming was bereikt en de eventueel nog niet geregelde punten van *ondergeschikte betekenis* (curs. CGBdV) waren. Mede in aanmerking genomen dat, zoals de rechtbank eerder had vastgesteld, De Veth met instemming van Stok inmiddels een definitieve versie van de concept-huurovereenkomst had opgesteld (zie hiervoor in 3.1(v)) en partijen toen dus kennelijk niet voornemens waren nog verder te onderhandelen,

20 HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460 m.nt. JBMV (onder *NJ* 2004, 461); Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax BV.

21 In het cassatiemiddel wordt voor dit criterium verwezen naar HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 179; Overname dierenartsenpraktijk.

> geeft dit oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, zodat het onderdeel in zoverre faalt.'

Dit oordeel gaat uit van het uitgangspunt dat de nog te bespreken punten 'van ondergeschikte betekenis' waren. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat het de bedoeling van partijen was dat de overeenkomst tot stand was gekomen, omdat over de essentialia van de overeenkomst overeenstemming was bereikt en – hier wordt weer teruggekeerd naar het gekozen uitgangspunt – de nog niet geregelde punten van ondergeschikte betekenis waren. De bedoeling van partijen tot het sluiten van de overeenkomst wordt dus afgeleid uit de premisse dat de nog te regelen punten van ondergeschikte betekenis waren. De bedoeling van partijen wordt afgeleid uit een door de rechter in objectieve zin te bepalen gegeven dat de niet geregelde punten van ondergeschikt belang waren. Dit lijkt oppervlakkig bezien in overeenstemming met het Polak/Zwolsman-arrest waarin als maatstaf voor de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen zolang omtrent bepaalde onderdelen nog geen overeenstemming bestaat, afhankelijk is van de bedoeling van partijen, zoals deze op grond van de betekenis van hetgeen wel en niet geregeld is, van het al dan niet bestaan van het voornemen tot verder onderhandelen en van de verdere omstandigheden van het geval moet worden aangenomen. De 'betekenis van hetgeen wel of niet is geregeld' zou immers in objectieve zin door de rechter kunnen worden vastgesteld, die dan kan abstraheren van de vraag wat ieder van *deze* partijen voor betekenis hechtten aan hetgeen nog niet was geregeld. Of iets belangrijk is of ondergeschikt zou dan moeten worden bekeken vanuit het perspectief van wat in het algemeen als zodanig kan worden gekwalificeerd. Toch lijkt mij dit een onjuiste uitleg van het Polak/Zwolsman-arrest. De vraag waar het immers om draait is óf de rechtshandeling tot stand komt. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van de artikelen 3:33 en 3:35 BW. Terecht merkt Blei Weissmann op dat de vraag naar voldoende bepaaldheid van verbintenissen zoals bedoeld in artikel 6:227 BW, zich niet leent voor een beantwoording lós van de bedoeling van partijen (art. 3:33 BW) en de zin die partijen over en weer aan de verklaringen of gedragingen van hun wederpartij onder de gegeven omstandigheden mochten toekennen (art. 3:35 BW).[22] Voor de beantwoording van de vraag of de overeenkomst tot stand is gekomen wanneer bepaalde punten ongeregeld zijn gebleven, blijft het meer subjectieve criterium van het Bunde/Erkens-arrest doorslaggevend: het antwoord op de vraag of een overeenkomst al dan niet tot stand is gekomen hangt af van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid.[23] De vraag welke betekenis aan hetgeen wel en niet is geregeld moet worden toegekend blijft

22 Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht*), art. 227, aant. 17.
23 HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS; Bunde/Erckens.

derhalve onderworpen aan dit criterium. Wanneer de maatstaf uit het Polak/Zwolsman-arrest aldus wordt uitgelegd blijft deze ook in de lijn van wat de artikelen 2:101 en 102 PECL bepalen.

4.2.5 De 'ondergeschikte punten' van artikel 6:225 lid 2 BW

Uit het Polak/Zwolsman-arrest kan de weinig opzienbarende conclusie worden getrokken dat wanneer partijen het eens zijn over de essentialia de overeenkomst tot stand komt wanneer dat uit hun bedoeling blijkt, ook al hebben ze niet over alle in de onderhandelingen te berde gebrachte punten overeenstemming bereikt. Hierbij doet het in beginsel niet ter zake of deze uiteindelijk niet contractueel geregelde punten in objectieve zin als belangrijk kunnen worden gekenschetst. Wanneer partijen het niet eens worden over een 'belangrijk' punt als de aansprakelijkheid voor later te constateren bodemverontreiniging en besluiten dit punt aan de regels van het aanvullend recht over te laten door het contractueel niet te regelen, dan staat dit de totstandkoming van de overeenkomst niet in de weg.[24] Omgekeerd kan de onenigheid over een in objectieve zin ondergeschikt punt voor een partij nu juist de reden zijn de overeenkomst niet te sluiten. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als hij van mening is dat hij ook op andere punten te veel water in de wijn heeft moeten doen. Is deze uitleg niet in strijd met artikel 6:225 lid 2 BW, dat bepaalt dat wanneer een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod daarvan slechts op ondergeschikte punten afwijkt, dit antwoord als aanvaarding geldt en de overeenkomst overeenkomstig deze aanvaarding tot stand komt, tenzij de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen? Zou met 'ondergeschikte punten' niet bedoeld zijn dat deze punten mede gezien de aard van de overeenkomst en de andere omstandigheden van het geval in *objectieve* zin ondergeschikt zijn?

Bij de totstandkoming van de koopovereenkomst met betrekking tot onroerende zaken kan artikel 6:225 lid 2 BW een rol spelen. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in het geval bij de aanvaarding van de *essentialia* nog andere punten te berde worden gebracht. Een dergelijke zaak is voorgelegd aan de President van de Rechtbank 's-Gravenhage.[25] De vraag die in deze procedure speelt is of het aanvaarden door eiser van het aanbod van gedaagden het appartementsrecht voor een bedrag van *ƒ* 215.000 te verkopen onder het gelijktijdig

24 Je zou kunnen zeggen dat partijen dan overeenkomen de wettelijke regeling te doen gelden. Dit lijkt mij evenwel een gekunstelde aanname. Het zou bijvoorbeeld betekenen dat wettelijke vervaltermijnen hierdoor contractuele vervaltermijnen zijn geworden. Dit zou een onaannemelijke uitkomst zijn.

25 Pres. Rb. 's-Gravenhage, 14 december 1992, *KG* 1992, 331. Zie over dit vonnis uitgebreid Van Velten 2006a, p. 97-98.

stellen van een vijftal nadere ontbindende voorwaarden dient te worden beschouwd als een nieuw aanbod dan wel als een aanvaarding welke slechts op ondergeschikte punten van het aanbod afwijkt. De president beantwoordt deze vraag in de eerstvermelde zin. Hierbij speelt volgens de overwegingen een rol dat deze voorwaarden – anders dan bijvoorbeeld een financieringsvoorbehoud en een bepaling over gebruiksbeperkende bepalingen in een titel van eigendom – ook niet gebruikelijk zijn c.q. met zekere regelmaat in dit soort koopovereenkomsten plegen te worden opgenomen.[26] De president neemt daarbij in aanmerking dat gedaagden op het (alsnog) stellen van dit soort voorwaarden niet hebben behoeven te rekenen, omdat deze punten in de voorafgaande onderhandelingen tussen partijen op geen enkele wijze aan de orde zijn geweest. De conclusie is daarom dat de aanvaarding met de nadere voorwaarden moest worden beschouwd als een afwijkende aanvaarding in de zin van artikel 6:225 lid 1 BW. De president houdt derhalve bij de beoordeling van de vraag of hier sprake was van 'ondergeschikte punten' rekening met wat tussen partijen aan de orde is geweest. Dat betekent uiteraard niet dat, indien deze punten wél aan de orde waren geweest, het 'ondergeschikte punten' zouden zijn. Dat zal weer afhangen van de vraag hoe de wederpartij op deze punten heeft gereageerd. Met andere woorden: ook bij de vraag of het gaat om 'ondergeschikte punten' in de zin van artikel 6:225 lid 2 BW komt het aan op de zin die partijen over en weer aan de verklaringen of gedragingen van hun wederpartij onder de gegeven omstandigheden mochten toekennen (art. 3:35 BW). Een dergelijke interpretatie is in overeenstemming met de door de Hoge Raad gegeven uitleg van artikel 7 lid 2 LUF, de bepaling waarop artikel 6:225 lid 2 is geïnspireerd.[27] Bij de beantwoording van de vraag of aan de in artikel 7 lid 2 LUF gebezigde maatstaf is voldaan, namelijk dat de afwijkende voorwaarden van de aanvaarding het aanbod 'niet wezenlijk aantasten', werd door het hof rekening gehouden met hetgeen zich eerder tussen partijen had afgespeeld. Volgens de Hoge Raad heeft het hof hierdoor de betekenis van de juiste betekenis van de woorden 'niet wezenlijk aantasten' niet miskend.[28]

4.2.6 Twee soorten essentiële punten

De *essentialia* vormen dat deel van de wilsovereenstemming van contractspartijen zonder welke niet, ook niet met behulp van de wet, gewoonte of de eisen

26 Van Velten vraagt zich af of het uitsluitende stellen van een financieringsvoorbehoud wél een afwijking van ondergeschikte aard zou zijn geweest. Naar zijn mening hangt dat wellicht af van de casus: bij de koop van een woonhuis wel en bij de koop van een kantoorpand door een belegger niet (Van Velten 2006a, p. 98). Zie over financieringsclausules verder par. 4.4.

27 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 892 (MvA).

28 HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 934 m.nt. CJHB; Katan/Klaas.

van redelijkheid en billijkheid, kan worden bepaald welke de contractuele verplichtingen van partijen zijn. De essentialia zijn wezenlijke elementen van de overeenkomst, omdat zonder deze *essentialia* de overeenkomst, bij gebreke van voldoende bepaalbaarheid van de verbintenissen, niet tot stand komt. Hoewel het hier juist gaat om elementen die bij uitstek afhankelijk zijn van de wilsovereenstemming op individueel niveau, gaat het om een objectief criterium. Immers, wat in deze zin wezenlijk is hangt af van de objectief te beantwoorden vraag of de wilsovereenstemming zoveel omvat dat de verbintenissen tussen partijen kunnen worden bepaald. Bij de beantwoording van de vraag of een contractsbepaling tot de *essentialia* behoort spelen de subjectieve inzichten van de partijen daaromtrent geen rol.

Het verwarrende is dat ook *accidentalia* wezenlijke elementen van de overeenkomst kunnen zijn, maar dan in louter subjectieve zin. Dit is het geval wanneer gezegd kan worden dat zonder overeenstemming hierover, de overeenkomst niet tot stand zou zijn gekomen.[29] De vraag of iets wezenlijk is hangt af van de vraag of de partijen de overeenkomst ook zonder deze punten zouden hebben gesloten. Wanneer bijvoorbeeld een koper een specifieke regeling over mogelijke bodemverontreiniging van essentieel belang acht en dit bij de onderhandelingen kenbaar maakt aan de verkoper, dan komt de overeenkomst zonder overeenstemming hierover niet tot stand.[30] De regeling over de bodemverontreiniging behoort echter niet tot de *essentialia* omdat ook zonder deze regeling de verbintenissen tussen partijen bepaalbaar zijn, namelijk aan de hand van artikel 7:17 BW.

Hoe moet worden begrepen dat werd geleerd dat de toestemming der partijen tot het wezen van *elke* overeenkomst behoort en dus een *essentiale* is?[31] Ik denk dat hiermee niet is bedoeld dat de vraag wat de *essentialia* zijn van een overeenkomst ook afhankelijk kan zijn van de subjectieve bedoeling van partijen, maar dat hiermee gedoeld wordt op wat Medicus *Einigungsnotwendigkeit* noemt: datgene waarover partijen het op individueel niveau eens moeten worden om te kunnen bepalen welke de verbintenissen tussen partijen zijn.[32]

Bedingen kunnen essentieel zijn in die zin dat zonder overeenstemming hierover de overeenkomst niet tot stand komt. Dit maakt deze bedingen echter

29 Dammingh brengt ook de andere aspecten die voor een partij van wezenlijk belang is onder het begrip *essentialia* voorzover dit de wederpartij kenbaar is of behoort te zijn (Dammingh 2002a, p. 69).

30 Huijgen 2003, p. 21.

31 Asser-Rutten 1979 (4-II), p. 60.

32 Op grond van deze leer nam ik in een noot bij HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567; Weevers Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide het standpunt in dat de *essentialia* van een overeenkomst ook subjectief kunnen worden geduid (Breedveld-de Voogd 2003a, p. 74-75). Op dit standpunt kom ik bij deze terug.

nog niet tot *essentialia*. Hiervoor is nodig dat van deze bedingen gezegd kan worden dat bij het ontbreken hiervan de verbintenissen tussen partijen niet bepaalbaar zijn.

4.3 De essentialia bij de koop van onroerende zaken

4.3.1 De te leveren zaak

Uit paragraaf 4.2.1 blijkt dat de trits *essentialia*, *accidentalia* en *naturalia* besloten ligt in het bepaalbaarheidsvereiste van artikel 6:227 BW, de maatstaf van de artikelen 3:33 en 3:35 BW en de bronnen van artikel 6:248 lid 1 BW (wet, gewoonte, redelijkheid en billijkheid). Dit brengt ons tot de vraag welke elementen bij de koop van een onroerende zaak nu tot de essentialia behoren. Waarover moeten partijen het ten minste eens zijn om van een koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak te kunnen spreken? Over deze en daarmee samenhangende vragen gaan de volgende paragrafen.

Zaak en prijs, dat zijn de klassieke essentialia bij de koopovereenkomst. Zonder dat er duidelijkheid bestaat over de vraag welke zaak geleverd wordt bestaat de koopovereenkomst niet.[33] Het blijkt ook uit de definitie van artikel 7:1 BW: koop is een overeenkomst waarbij de een zich verbindt een zaak te geven en de ander om een prijs te bepalen. De wijze waarop de zaak bij de koopovereenkomst wordt bepaald kan evenwel verschillen. Óf het voorwerp van de overeenkomst is een naar soort en hoeveelheid te bepalen zaak – er is dan sprake van een genuskoop – óf de zaak is individueel bepaald. In dat geval spreekt men van een specieskoop.[34] Aangenomen wordt dat het onderscheidend criterium niet zozeer in de aard van de verkochte zaak is gelegen, als wel in de uitleg van de overeenkomst.[35] Bij de koop van een onroerende zaak lijkt evenwel de aard van de zaak bij deze uitleg van doorslaggevend belang. De koop van 4 hectare bouwgrond te Friesland zonder dat partijen hierbij een bepaalde kavel of kavels bedoelen te verkopen en te kopen is niet goed denkbaar. De koop van een onroerende zaak is daarom altijd een specieskoop, waarbij de verkoper zich verplicht een bepaalde zaak te leveren. De individualisering heeft vooraf bij het sluiten van de koopovereenkomst plaatsgehad en vindt niet, zoals bij een genuskoop achteraf of kort voor de levering plaats.[36] Dit betekent niet dat aan het bepaalbaar zijn van de over te dragen zaak in objectieve zin hoge eisen worden gesteld. Het gaat erom dat het partijen

33 Zie over de sanctie op het ontbreken van de bepaalbaarheid Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht*), art. 227, aant. 28.
34 Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 99.
35 Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 99; Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 149.
36 Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 100.

duidelijk is welke zaak wordt overgedragen. Ook de vraag welke omvang het perceel heeft dat is verkocht of welk gedeelte van het perceel is verkocht is derhalve primair een kwestie van uitleg van de overeenkomst.[37] Wanneer evenwel alleen overeenstemming bestaat over het feit dat men een stuk grond wil verkopen, maar nog niet door middel van uitleg bepaalbaar is welk stuk grond of welk gedeelte daarvan, dan is er nog geen sprake van een koopovereenkomst, maar bevindt men zich nog in de precontractuele fase.[38] Bij de koop van een onroerende zaak is de regel van artikel 3:84 lid 2 BW dat bij de titel de zaak met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn te beschouwen als een uitwerking van artikel 6:227 BW.[39]

4.3.2 De prijs

Traditioneel werd aangenomen dat naast de zaak ook de prijs tot de essentialia van de koopovereenkomst behoort.[40] Deze gedachte kon men ook terugvinden in artikel 1501 (oud) BW, dat bepaalde: 'de koopprijs moet door partijen bepaald worden'. Partijen konden wel overeenkomen de bepaling van de prijs aan derden over te laten (art. 1501 lid 2 (oud) BW). Zolang partijen het nog niet eens zijn over de hoogte van de koopprijs of de wijze waarop deze op een later moment zou moeten worden bepaald kwam derhalve geen overeenkomst tot stand.[41] Aangenomen wordt dat hierin verandering is gekomen door artikel 7:4 BW dat bepaalt dat wanneer de koop is gesloten zonder dat de prijs is bepaald de koper een redelijke prijs verschuldigd is. De koopprijs lijkt hierdoor van een *essentiale* tot een *naturale* te zijn geworden.[42] Wanneer na toepassing van artikel 3:33 BW en 3:35 BW tot de conclusie wordt gekomen dat partijen omtrent de hoogte van de koopprijs niets zijn overeengekomen zal de rechter, indien dat is gevorderd, moeten bepalen welke redelijke prijs de koper verschuldigd is.[43] De enige richtsnoer die artikel 7:4 BW geeft is dat bij de bepaling van die prijs rekening wordt gehouden met de door de verkoper ten tijde van het sluiten van de overeenkomst gewoonlijk bedongen prijzen.

---

37 Zie in dit verband ook art. 7:17 lid 6 BW dat bepaalt dat de vermelding van de oppervlakte wordt vermoed slechts als aanduiding bedoeld te zijn zonder dat de zaak daaraan behoeft te beantwoorden.

38 Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 200.

39 Zie over de discussie rond de uitleg van art. 3:84 lid 2 BW hierna par. 7.16.

40 Windscheid/Kipp 1900, § 85, p. 383.

41 Asser-Schut 1981 (5-I), p. 100-102.

42 In de literatuur wordt op grond van art. 7:4 BW aangenomen dat de prijs niet meer tot de *essentialia* behoort. Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 205 en 215 en Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 78.

43 De tekst van art. 7:4 BW wijst niet op een discretionaire bevoegdheid van de rechter.

Betekent het bepaalde in artikel 7:4 BW nu werkelijk dat de prijs geen *essentiale* van de koopovereenkomst meer is en zou dit dan ook gelden voor de koop van onroerende zaken? In de eerste plaats zal op grond van artikel 7:1 BW moeten worden aangenomen dat partijen wél zijn overeengekomen dat *een* prijs wordt betaald, omdat er anders niet kan komen vast te staan dat er sprake is van een koopovereenkomst. Wanneer alleen is overeengekomen dat de ene partij een zaak in eigendom zal overdragen aan de ander kan het immers ook gaan om bijvoorbeeld een schenking of een ruilovereenkomst. Uit het Peters Beheer c.s./Peters c.s.-arrest blijkt dat het gegeven dat partijen het eens zijn over het feit dat *een* prijs zal moeten worden betaald nog niet voldoende is om met toepassing van artikel 7:4 BW te kunnen concluderen dat een overeenkomst tot stand is gekomen.[44] In deze zaak hadden partijen onderhandeld over de overnameprijs van een Blokkerfiliaal, maar daarover geen overeenstemming bereikt. De Hoge Raad is van oordeel dat voor een zodanig geval de regel van artikel 7:4 BW niet is geschreven, omdat met die bepaling slechts is beoogd dat een koopovereenkomst ook tot stand kan komen in het zich hier niet voordoende geval dat partijen zich niet hebben bekommerd om de prijs. De Hoge Raad verwijst hier naar de parlementaire geschiedenis bij het artikel. Duidelijk is dat de situatie waarop het artikel van toepassing is zich maar zelden zal voordoen. Beide partijen moeten het erover eens zijn dat een prijs wordt betaald. Tevens zal ook voor beide partijen moeten gelden dat zij zich over de hoogte van de prijs niet hebben bekommerd.

Ik vraag me af wanneer partijen er ten opzichte van elkaar redelijkerwijs vanuit mogen gaan dat de ander zich niet om de koopprijs bekommert. Hierin schuilt het probleem dat aan artikel 7:4 BW ten grondslag ligt. Wanneer een rechtshandeling een op rechtsgevolg gerichte wil vereist (art. 3:33 BW) kan de totstandkoming hiervan niet worden gemotiveerd met de afwezigheid van een wil met betrekking tot een uit de overeenkomst voortvloeiende hoofdverplichting. Artikel 7:4 BW staat derhalve op gespannen voet met artikel 3:33 BW en het daaraan en grondslag liggende autonomiebeginsel. De contractuele verplichting een prijs te betalen berust uiteindelijk op de bewuste wilskeuze hiertoe (zie par. 2.7). Gebondenheid aan een overeenkomst, die de verplichting inhoudt ergens een bepaalde prijs voor te betalen, dient niet in te treden wanneer men hierover kennelijk niet heeft nagedacht. Anders dan Hijma ben ik daarom van mening dat de gedachte dat een *essentiale* zoals de koopprijs niet los van een richtinggevende partijbedoeling kan of mag worden ingevuld, niet achterhaald is. Hijma schrijft dat in de hedendaagse benadering die onder meer is neergelegd in artikel 7:4 BW over dit bezwaar wordt heengestapt.[45] Voor deze aanpak zou pleiten dat het hier gaat om partijen die reeds tot contractsluiting

44 HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 5; Peters Beheer c.s/Peters c.s.

45 Hijma verwijst hiervoor ook naar art. 55 CISG en art. 57 LUVI (Asser-Hijma 2001 (5-1), nr. 215).

zijn overgegaan en aldus te kennen hebben gegeven dat zij het ontbreken van een prijsbepaling niet als prohibitief beoordelen. In de oude opvatting zou ten onrechte worden voorbijgegaan aan het gegeven dat partijen het contract als zodanig belangrijker hebben gevonden dan zekerheid inzake de prijs. De moderne opvatting zou dus ook moeten betekenen dat als partijen het ontbreken van een bepaalde zaak niet als prohibitief beoordelen er toch een overeenkomst tot stand komt. Ja zelfs dat er een overeenkomst tot stand komt als partijen zeggen dat er een overeenkomst tot stand is gekomen; de inhoud ervan kan dan achteraf aan de hand van de redelijkheid en billijkheid worden vastgesteld. Dit kan niet worden volgehouden. Een contract bestaat niet zonder inhoud, zonder daaruit voortvloeiende verplichtingen. Wanneer men een contract sluit, wordt men het over deze verplichtingen eens en niet over het 'contract als zodanig'. Een contract kan daarom ook niet tot stand komen zonder dat partijen het over de *wezenlijke* elementen van dit contract eens zijn. De beslissing van de Hoge Raad dat artikel 7:4 BW uitsluitend van toepassing is wanneer partijen zich niet over de prijs hebben bekommerd legt de bijl aan de wortel van dit artikel, aangezien deze onverschilligheid in beginsel niet tot gebondenheid aan een koopovereenkomst kan leiden.

In de literatuur wordt aangenomen dat artikel 7:4 BW bij de koop van onroerende zaken nagenoeg geen rol zal spelen.[46] Huijgen neemt aan dat de reden hiervoor is dat onroerende zaken te individueel van karakter zijn om achteraf een redelijke prijs – zowel voor verkoper als koper – te kunnen bepalen. Ook Van Velten zoekt de verklaring dat de toepassing van artikel 7:4 BW bij de koop van onroerende zaken haast ondenkbaar is in deze individualiteit. Hij geeft immers als voorbeelden van gevallen waarin de toepassing van artikel 7:4 BW wél denkbaar is de koop uit een bouwplan met allemaal dezelfde voltooide woningen en de situatie bij de uitponding van een gebouw met geheel identieke flats.[47] Nog afgezien van het feit dat deze zaken niet geheel identiek kunnen zijn, omdat ze allemaal op een andere plaats gelegen zijn, lijkt de individualiteit van een onroerende zaak niet de doorslaggevende reden die aan de toepassing van artikel 7:4 BW in de weg staat. Als belangrijkste argument dient zich aan dat de bij de koop van een onroerende zaak betrokken belangen verhinderen te kunnen veronderstellen dat beide partijen zich niet om de prijs hebben bekommerd.[48] Wanneer zij dat niet hebben gedaan ontbreekt het aan de bewuste wilskeuze die aan de totstandkoming van deze

46 Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 214; Van Velten 2005c, nr. 3 en Huijgen 2003, nr. 8.

47 In deze gevallen moet een onderscheid worden gemaakt tussen de toepassing van art. 3:35 BW op de vraag of partijen een prijs zijn overeengekomen en de toepassing van art. 7:4 BW. Wanneer men op grond van de verklaringen en gedragingen van partijen en hetgeen zij over en weer hier redelijkerwijs uit mogen afleiden tot de conclusie komt dat wel een prijs is bepaald komt men aan art. 7:4 BW immers niet meer toe.

48 Ook Dammingh neemt aan dat bij de koop van onroerende zaken partijen zich nagenoeg altijd om de prijs bekommeren (Dammingh 2002a, p. 68.)

overeenkomst ten grondslag ligt. In dit verband valt in de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:4 BW het antwoord op dat de minister geeft op de vraag wat de notaris te doen staat als partijen nadat de koop is gesloten onmiddellijk tot inschrijving willen overgaan voordat is bepaald wat de redelijke prijs is.[49] Hoe kan de notaris dan overeenkomstig artikel 37 Notariswet de prijs in de akte van levering vermelden? De minister antwoordt dat artikel 7:4 BW (destijds art. 7.1.1.2) in de praktijk van het rechtsverkeer in onroerende zaken geen rol speelt. Waarom dat het geval is laat hij in het midden. Wanneer de minister bedoelt dat deze bepaling bij het rechtsverkeer in onroerende zaken geen rol *zou moeten* spelen ben ik dat met hem eens.

Omdat in artikel 7:4 BW voor de koop van onroerende zaken geen uitzondering wordt gemaakt, is het naar de letter van de wet in beginsel wél op deze overeenkomsten van toepassing.[50] Er wordt dan ook – anders dan de minister bij de parlementaire behandeling voorspelde – in het rechtsverkeer in onroerende zaken een beroep op gedaan. Een voorbeeld hiervan is de zaak die ten grondslag ligt aan het door de Hoge Raad gewezen arrest Stichting Het Utrechts Monumentenfonds/Timmermans.[51] In deze zaak speelt het volgende. Timmermans heeft van de Stichting Het Utrechts Monumentenfonds (hierna: de Stichting) een perceel met twee achterhuizen gekocht alsmede het recht van erfpacht van een tuin achter deze huizen. Timmermans wil aan deze tuin een aangrenzend stuk grond toevoegen dat hoort bij een woning die door de Stichting wordt verhuurd aan een derde. Timmermans schrijft daarom aan de Stichting dat hij als eerste het recht van huur of koop van de tuin grenzend aan het grote achterhuis wil hebben. Na enige tijd schrijft de secretaris van de Stichting onder meer het volgende: 'En helemaal tot slot krijgt U van mij een schriftelijke verklaring over de vergroting van de tuin. Die brief voeg ik apart in ontwerp hierbij.' De bijlage bij deze brief houdt in: 'Ontwerp (…) Wij zeggen U hierbij toe dat – zodra de tegenwoordige huurder van ons woonhuis (…) de huur daarvan beëindigt – het gedeelte van de tuin bij dat huis en gelegen aan de westzijde van het grote casco van de achterhuizen (...) onder nader overeen te komen voorwaarden aan Uw eigendom zal worden toegevoegd.' Na vertrek van de huurder verzoekt Timmermans de Stichting met hem de voorwaarden te bespreken waaronder het perceel aan hem zou kunnen worden overgedragen. De Stichting geeft hieraan geen gehoor en verhuurt het pand met het betreffende perceel aan een nieuwe huurder. Het hof veroordeelt de Stichting tot nakoming van de overeenkomst ter zake van het recht van erfpacht op het perceel, waarbij de verkoopprijs wordt bepaald op de voet van artikel 7:4 BW en tot het verrichten van de noodzakelijke handelingen om

49 *Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 55 (Nota II).
50 Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 214.
51 HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002, 1 m.nt. J.M. Blanco Fernández; Utrechts Monumentenfonds/Timmermans.

tot verkoop en uitgifte in erfpacht van het perceel te kunnen overgaan, waaronder het vragen van toestemming aan de gemeente Utrecht voor uitgifte in erfpacht van het onderhavige perceel aan verweerster in cassatie. De Stichting stelt hiertegen cassatieberoep in. In cassatie is aan de orde de vraag of het bestuursbesluit tot verkoop van het perceel aan verweerster op zichzelf kon leiden tot totstandkoming van een overeenkomst. De Hoge Raad stelt voorop dat voor aanvaarding van een aanbod in beginsel vereist is een op de aanvaarding gerichte wil (art. 3:33 BW) en een verklaring waarin deze zich openbaart. Bedoelde verklaring moet, om haar werking te hebben, degene die het aanbod heeft gedaan hebben bereikt (art. 3:37 lid 3 BW). De Hoge Raad vervolgt dat 's hofs oordeel dat het bestuur van de Stichting heeft besloten om ermee akkoord te gaan dat het perceel aan verweerster in cassatie in erfpacht zou worden overgedragen aldus moet worden begrepen dat met dit besluit de wil van de Stichting gericht op aanvaarding van het aanbod om de erfpacht van het perceel te kopen, tot stand is gekomen. Vervolgens moet uit de overwegingen van het hof worden begrepen dat het bestuur aan de secretaris opdracht en volmacht heeft gegeven om namens het bestuur aan verweerster in cassatie mee te delen dat het bestuur het aanbod heeft aanvaard. Het cassatieberoep van de Stichting wordt verworpen. In cassatie komt niet aan de orde of de aanvaarding van het aanbod het bewuste perceel te kopen bij gebreke van wilsovereenstemming over de prijs wel kan leiden tot een bindende koopovereenkomst, althans tot een overeenkomst die kan leiden tot toepassing van artikel 7:4 BW. Dit is in de cassatiemiddelen kennelijk niet aan de orde gesteld. Het oordeel van het hof dat een overeenkomst tot stand is gekomen, waarbij de koopprijs wordt bepaald op de voet van artikel 7:4 BW, bleef hierdoor ten onrechte in stand. Op grond van hetgeen zich tussen deze partijen heeft afgespeeld zou niet mogen worden geconcludeerd dat een dergelijke overeenkomst tot stand is gekomen. Zelfs indien men in zijn algemeenheid artikel 7:4 BW wel op de koop van onroerende zaken van toepassing acht, mag er in beginsel niet van worden uitgegaan dat partijen zich niet om de koopprijs hebben bekommerd. Het feit dat de prijs (nog) niet aan de orde is geweest is hiervoor niet voldoende. In het geval van het Utrechts Monumentenfonds was er hoogstens sprake van een voorovereenkomst van partijen tot het aangaan van een koopovereenkomst met betrekking tot het perceel grond. De onderhandelingen over de prijs moesten nog beginnen.

4.3.3 De leveringsdatum

Is de leveringsdatum een *essentiale*? Huijgen neemt aan dat naast het te verkopen object en de prijs ook de leveringsdatum, althans een indicatie hiervan,

essentieel is.[52] De bepaling van de leveringsdatum pleegt bij de koop van onroerende zaken een belangrijk onderhandelingspunt te zijn. In het leeuwendeel van alle koopaktes zal de datum waarop de akte van levering zal worden gepasseerd bepaald zijn. Het feit dat deze datum in een modelakte niet is ingevuld is een aanwijzing dat naar de bedoeling van partijen nog geen overeenkomst is ontstaan, omdat over dit onderdeel (nog) geen overeenstemming is bereikt. Alsdan is er geen overeenstemming over een voor de totstandkoming van de overeenkomst wezenlijk punt.[53] De situatie waarin partijen het oneens zijn over de leveringsdatum moet echter worden onderscheiden van de situatie waarin zij hierover hebben gezwegen. Wanneer ook dan moet worden aangenomen dat de overeenkomst niet tot stand komt, is de leveringsdatum tevens een *essentiale* in objectieve zin. Kan in het geval partijen niet over de leveringsdatum hebben gesproken, niet worden bepaald welke de contractuele verplichtingen zijn? Zijn de verbintenissen van partijen alsdan niet bepaalbaar? Het gaat in deze gevallen om een overeenkomst waarin voor de nakoming van een verbintenis geen termijn is bepaald. Het aanvullend recht voorziet in deze situatie, omdat de schuldeiser ook in dat geval gewoon nakoming kan vorderen (art. 3:296 BW) en indien nodig kan de schuldenaar in gebreke worden gesteld doordat de schuldeiser hem een redelijke termijn tot nakoming stelt (art. 6:82 BW). Indien partijen het eens zijn over zaak en prijs en uit de overige omstandigheden van het geval blijkt dat zij de bedoeling hebben hiermee elkaar te binden, dan staat het ontbreken van een termijn voor de nakoming van de levering niet aan de totstandkoming van de overeenkomst in de weg. De leveringstermijn is geen *essentiale* in de klassieke zin van het woord, omdat met behulp van de wet, de gewoonte en de eisen van redelijkheid en billijkheid kan worden bepaald welke de contractuele verplichtingen van partijen zijn. Dit alles neemt niet weg dat in veel gevallen het ontbreken van een leveringstermijn een aanwijzing is dat nog niet kan worden gezegd dat naar de bedoeling van partijen een overeenkomst is ontstaan.

4.3.4 De partijen

Op de vraag van leden van de Eerste Kamer wat de minimale inhoud van een schriftelijke koopovereenkomst moet zijn in de zin van artikel 7:2 BW antwoordt de minister dat in ieder geval object en prijs en de personalia van koper en verkoper hierin moeten zijn opgenomen.[54] Voorzover de minister

52 Huijgen 2003, nr. 8.

53 Hiervan was bijvoorbeeld sprake in Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 1999, *NJ* 1999, 762. In dat geval werd het bod wel wat prijs en object geaccepteerd, maar niet wat betreft de leveringsdatum. Ook in Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937 werd aangenomen dat geen sprake was van een 'perfect' akkoord omdat partijen het onder meer niet eens waren over de leveringsdatum.

54 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 19 (VV).

met 'personalia van koper en verkoper' niet doelt op de ondertekening door partijen, opdat het schriftelijk stuk voldoet aan de definitie van een akte (art. 156 lid 1 Rv.), doet dit de vraag rijzen of de identiteit van koper en verkoper tot de *essentialia* behoren. Wanneer men heenstapt over de constatering dat hierdoor de subjecten bij de overeenkomst ook tot object (in de zin van inhoud) zijn geworden, zou ik de vraag op grond van de definitie van *essentialia* bij de koop van een onroerende zaak bevestigend willen beantwoorden. Indien bij de overeenkomst niet op enigerlei wijze wordt bepaald wie de verkoper is en wie de koper kunnen de aanvullende bronnen van artikel 6:248 BW hier geen uitkomst brengen.[55] Nu is het niet bij iedere koopovereenkomst relevant wie de koper of wie de verkoper is. Wanneer iemand een tijdschrift koopt zal de koopovereenkomst tot stand kunnen komen zonder dat ooit de personalia van de koper of van de verkoper over en weer aan elkaar bekend worden, zolang maar duidelijk is wie welke rol vervult. Maar bij de koop van onroerende zaken kan op grond van het belang van deze overeenkomst worden aangenomen dat bepaalbaar moet zijn wie partij bij de overeenkomst is. Een aanwijzing hiervoor kan worden gevonden in het Hofland/Hennis-arrest, waarin wordt overwogen dat niet alleen prijs en eventuele verdere voorwaarden van de koop, maar ook de persoon van de gegadigde van belang kunnen zijn.[56] Dit neemt niet weg dat op het moment van het sluiten van de overeenkomst nog onduidelijk kan zijn wie de verkoper is en wie de koper. Vereist is slechts dat deze bepaalbaar zullen zijn. Een voorbeeld hiervan is de overeenkomst die wordt aangegaan door een vertegenwoordiger die in 'naam van een nader te noemen meester' handelt. Op grond van artikel 3:67 BW is bepaalbaar wie uiteindelijk partij bij de overeenkomst is: of de vertegenwoordiger noemt binnen een bepaalde termijn zijn volmachtgever of hij wordt geacht de overeenkomst voor zichzelf te zijn aangegaan. In het Westenberg/Stoelman-arrest lag een overeenkomst onder de loep waaruit twee alternatieven voortvloeiden.[57] De verkoper had verklaard dat hij voornemens was de te verkopen goederen in te brengen in een besloten vennootschap. Hij wilde zich zolang deze inbreng nog niet had plaatsgevonden hetzij als natuurlijk persoon hetzij, zodra die inbreng wel had plaatsgevonden, als directeur-enig aandeelhouder van die besloten vennootschap verbinden. De stelling dat onder omstandigheden als deze een perfecte koopovereenkomst tot stand kan worden gebracht voordat zekerheid bestaat omtrent de identiteit van de verkoper is naar het oordeel van de Hoge Raad juist.[58] Op grond van de overeenkomst zal bij de koop van onroerende zaken bepaalbaar moeten zijn wat de identiteit van partijen is. Deze identiteit behoort evenals zaak en prijs tot de *essentialia* van de koopovereenkomst met betrekking tot onroerende zaken.

55 Medicus 2002, nr. 431.
56 HR 10 april 1981, *NJ* 1981, 532 m.nt. CJHB; Hofland/Hennis.
57 HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 943 m.nt. G; Westenberg/Stoelman.
58 Zie over dit arrest ook Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 183.

4.4 FINANCIERINGSCLAUSULES

4.4.1 De inhoud van de financieringsclausule

Bij de koop van onroerende zaken door particulieren is het gebruikelijk dat een ontbindende voorwaarde of een contractuele mogelijkheid tot ontbinding in de koopovereenkomst wordt opgenomen met het oog op de situatie dat de koper geen passende financiering kan verkrijgen.[59] De mogelijkheid tot het opnemen van een dergelijke financieringsclausule vindt men dan ook in modelaktes terug. Zo is in de NVM-koopakte de volgende optie opgenomen:

> 'artikel 16 Ontbindende voorwaarden
> 16.1. Deze overeenkomst kan door koper worden ontbonden indien uiterlijk:
> a. (…)
> b. op ..... koper voor de financiering van de onroerende zaak voor een bedrag van ....., zegge …….. geen hypothecaire geldlening of het aanbod daartoe van een erkende geldverstrekkende instelling heeft verkregen, zulks tegen geen hogere bruto jaarlast dan ..... zegge …….., of een rentepercentage niet hoger dan ..... , bij de volgende hypotheekvorm:
> c. op ..... koper geen met de aangevraagde hypothecaire geldlening corresponderende Nationale Hypotheek Garantie heeft verkregen.'

Ook in de model KNB-akte is een dergelijke bepaling opgenomen (art. 9).[60] Hoewel een financieringsclausule vaak in een koopovereenkomst wordt opgenomen, is het niet zo dat dit altijd het geval is. Het al dat niet opnemen ervan maakt in de meeste gevallen deel uit van de onderhandelingen. Aangezien een financieringsclausule tot de onzekerheid leidt of de koopovereenkomst wel gestand zal worden gedaan, kan de verkoper bereid zijn de zaak te verkopen aan een koper, die mogelijk zelfs een lager bedrag heeft geboden dan een ander, maar die afziet van de financieringsclausule. Het moge duidelijk zijn dat het afzien van een financieringsclausule voor iemand die niet uit eigen middelen financiert een zeker risico inhoudt, afhankelijk van het bedrag dat hij zal moeten lenen en zijn financiële situatie. Wat is rechtens wanneer partijen geen financieringsclausule in de akte hebben opgenomen? Kan dan op een of andere wijze worden aangenomen dat deze toch tussen partijen geldt? Ten

---

59 Huijgen 2003, nr. 11 en Van Velten 2005c, nr. 19.

60 Hoewel in beide modelakten gesproken wordt van 'ontbindende voorwaarden' lijkt de uitwerking hiervan eerder te wijzen op een ontbindingsrecht voor de koper dan van een voorwaarde waarvan de vervulling als zodanig bewerkstelligt dat de uit de koop voortvloeiende verbintenissen vervallen. Zie hierover Dammingh 2002b p. 781. Aangezien zowel de ontbindende voorwaarde als het recht tot ontbinding met betrekking tot de financiering voorkomt, wordt in dit hoofdstuk de term 'financieringsclausule' aangehouden, in literatuur en jurisprudentie wordt ook gesproken van 'financieringsvoorwaarde', 'financieringsbeding' of 'financieringsvoorbehoud'.

slotte zal worden besproken of de financieringsclausule geen deel uit zou moeten maken van het aanvullend recht.

4.4.2 Bestendig gebruikelijk beding: uitleg en gewoonte

Artikel 1383 (oud) BW bepaalde: 'Bestendig gebruikelijke bedingen worden geacht stilzwijgend in de overeenkomst te zijn begrepen, schoon dezelve daarbij niet zijn uitgedrukt.' Deze tekst gaf in de juridische literatuur aanleiding tot de discussie of het hier nu ging om een subjectieve of een objectieve rechtsbron. Gold het beding omdat het stilzwijgend door partijen was overeengekomen (de subjectieve partijwil) of gold het beding omdat het in de betreffende bedrijfstak of beroepsgroep zo gebruikelijk was dat deze tot gewoonterecht was geworden (objectief gebruik).[61] Op grond van het Van der Ven/Stevens-arrest, waarin ook de financieringsclausule bij een onroerend goedtransactie centraal stond, wordt wel aangenomen dat de subjectieve leer is aanvaard.[62] De Hoge Raad overwoog immers dat voor een beroep op een bestendig gebruikelijk beding in ieder geval vereist is dat uit de stellingen van de partij die zich erop beroept, voortvloeit dat de wederpartij ermee bekend was of had behoren te begrijpen dat ingeval zij op dat punt zou zwijgen, het beding als bestendig gebruikelijk van toepassing zou zijn.[63] Met de invoering van het Nieuw BW is het bestendig gebruikelijke beding als rechtsfiguur afgeschaft. Het verschijnsel is hierdoor echter niet uit de samenleving verdwenen.[64] Zo is het overeenkomen van financieringsclausules bij de koop van onroerende zaken nog steeds bestendig gebruikelijk.

Hoewel de oude controverse rond de rechtsfiguur bestendig gebruikelijk beding is verdwenen, zullen bij de beantwoording van de vraag of een beding als de financieringsclausule tussen partijen geldt, ook al is deze niet tot uitdrukking gebracht, dezelfde mogelijkheden zich aandienen. Het beding kan gelden omdat partijen er over en weer op grond van elkaars verklaringen en gedragingen er onder de gegeven omstandigheden op mochten vertrouwen dat het beding deel uitmaakte van de door hen te sluiten overeenkomst (art. 3:35 BW). Of het beding overeengekomen is, is alsdan een kwestie van uitleg van de overeenkomst. Het beding kan echter ook van toepassing zijn omdat het inmiddels met betrekking tot de aard van de gesloten overeenkomst (koop van een onroerende zaak) kracht van gewoonterecht heeft verkregen (art. 6:248

61 Hondius 1992, p. 127-131.
62 Hijma/Van Dam/Van Schendel/Valk 2004, nr. 273. Hondius schrijft echter dat dit niet uit het arrest valt af te leiden (Hondius 1992, p. 132).
63 HR 21 september 1990, *NJ* 1991, 799 m.nt. CJHB; Van der Ven/Stevens.
64 Hondius 1992, p. 127 en 131.

BW).[65] Het staat partijen vrij hiervan in hun overeenkomst af te wijken.[66] De keuze is niet alleen van rechtstheoretische betekenis, maar wordt door het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW van bijzonder belang.[67]

4.4.3 Vormvoorschrift en financieringsclausule

Het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW brengt met zich mee dat een beding dat partijen willen overeenkomen in de akte op enigerlei wijze moet zijn neergelegd (zie par. 3.9.1). De aard van het vormvoorschrift – vormgeving van de rechtshandeling – brengt dit met zich. Wanneer in de akte geen indicatie te vinden is dat de betreffende rechtshandeling (het overeenkomen van dit beding) is verricht, komt men aan de uitleg niet toe. Dit maakt duidelijk dat wanneer de financieringsclausule zelfs niet indicatief in de akte staat het beding niet kan gelden. Het vormvoorschrift staat hieraan in de weg. Men zou kunnen tegenwerpen dat dit nu een voorbeeld is van te vergaande implicaties van de handelingsvisie op het vormvereiste. Immers wanneer men de koop mondeling zou overeenkomen zou de ruimte tot het aannemen van een financieringsclausule op grond van de wilsvertrouwensleer wel bestaan, maar nu de overeenkomst schriftelijk tot stand komt niet. Bij nadere beschouwing is dat echter geen verwerpelijke conclusie. Wie met het oog op de totstandkoming van de overeenkomst de hiervan deel uitmakende bedingen op schrift stelt, dient ook een voor het voortbestaan van de verplichtingen uit deze overeenkomst belangrijke clausule tot uitdrukking te brengen. In de jurisprudentie vindt men deze gedachte terug zelfs in de situatie waarin het vormvoorschrift (nog) niet geldt, maar partijen er voor hebben gekozen hun overeenkomst op schrift te stellen. Zo overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg in een geval waarin partijen het niet eens konden worden over de vraag of een financieringsclausule in de koopakte zou moeten worden opgenomen het volgende:[68]

> 'Op grond van het voorgaande stellen eisers (verkoper CGBdV) – ten onrechte – dat sprake is van een perfecte overeenkomst tussen hen en gedaagden, tengevolge

65 In Asser-Hartkamp 2005 (4-II) nr. 294 wordt de gewoonte omschreven als een gedragslijn die na het sluiten van de overeenkomst pleegt te worden gevolgd. Deze wordt tegenover het gebruikelijk beding gesteld dat men bij het sluiten van de overeenkomst pleegt te maken. Dientengevolge zou de beantwoording van de vraag of het bestendig gebruikelijk beding tussen partijen geldt alleen aan de hand van art. 3:33 en 3:35 BW moeten geschieden.

66 Ook in de parlementaire geschiedenis worden beide mogelijkheden genoemd (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 920 (TM)).

67 De keuze is kan ook van belang voor andere vragen. Zo zal een beding dat tot gewoonterecht is geworden door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 920 (TM)).

68 Rb. Middelburg 24 september 2002, *LJN* AF0594.

> waarvan gedaagden niet naderhand nog een ontbindende voorwaarde van financiering kunnen (laten) opnemen in de (concept-)koopovereenkomst.
> Het in de koopovereenkomst op laten nemen van een ontbindende voorwaarde is bij transacties in onroerende zaken zeer gebruikelijk. Zelfs zo gebruikelijk dat bij het onderhandelen over de verkoopprijs van de onroerende zaak een dergelijke voorwaarde niet apart bedongen hoeft te worden. In de vervolgens op te stellen schriftelijke koopovereenkomst kan dit voorbehoud alsnog aan de orde komen, samen met andere kwesties de nadere invulling van de overeenkomst betreffend.'

Kennelijk bedoelt de rechter hier dat indien de koop mondeling tot stand is gekomen de financieringsclausule in de overeenkomst begrepen mag worden geacht, maar nu voor de totstandkoming van de overeenkomst nog een akte wordt opgemaakt, dit voorbehoud alsnog aan de orde moet komen. In een geval waarin partijen geen gebruik hebben gemaakt van de in de NVM-koopakte geboden optie om een financieringsclausule op te nemen komt het Hof Arnhem tot het oordeel dat de koper aan de koop gebonden is, ook al kan de koper het gekochte niet financieren.[69]

Wanneer er vanuit zou mogen worden gegaan dat op grond van de aard van de koopovereenkomst uit de gewoonte voortvloeit dat een financieringsclausule geldt, zolang partijen niet het tegenovergestelde hebben bedongen, brengt het vormvoorschrift geen problemen met zich mee. Immers het vormvoorschrift leidt niet tot de noodzaak in de akte op te nemen wat op grond van de aanvullende werking van artikel 6:248 BW al zou gelden.

Op het eerste gezicht lijkt het ongewenst dat de handelingsvisie op het vormvoorschrift leidt tot de consequentie dat een niet in de akte opgenomen financieringsclausule niet geldt indien men uitsluitend zijn toevlucht kan zoeken bij de uitleg van de overeenkomst, maar wel indien het bestaan hiervan door de aard van de overeenkomst uit de gewoonte voortvloeit. De ongerijmdheid lijkt nog groter wanneer men ervan uitgaat dat de toepasselijkheid van aanvullende wetsbepalingen en gewoonte op een overeenkomst uiteindelijk ook gebaseerd is op de wil van partijen (zie par. 4.2.1). Het verschil wordt evenwel verklaarbaar wanneer men zich realiseert dat het objectieve kader waarbinnen partijen contracteren in beide gevallen verschilt. Wanneer de financieringsclausule op grond van gewoonte geldt, zullen partijen bij het sluiten van hun overeenkomst geacht kunnen worden hiervan uit te zijn gegaan. Willen zij het anders, dan moeten zij dat bedingen. Dit afwijkingsbeding zal op grond van het vormvoorschrift in de akte moeten worden opgenomen. Wanneer de financieringsclausule niet op grond van de gewoonte uit de overeenkomst voortvloeit, zullen partijen dit beding in positieve zin moeten overeenkomen en het in de akte moeten opnemen.

---

69 Hof Arnhem 25 maart 1997, *NJ* 1998, 921.

4.4.4 Vormt de financieringsclausule gewoonterecht?

Het staat buiten kijf dat de financieringsclausule regelmatig in koopovereenkomsten met betrekking tot een onroerende zaak wordt bedongen.[70] De vraag is echter of dit gegeven voldoende is om de financieringsclausule te verheffen tot gewoonterecht. Met andere woorden: behoort de financieringsclausule tot de *naturalia* van de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak? Dit zal alleen maar zo zijn indien het een beding is waarvan men kan zeggen dat het volgens de gewoonte geldt ook als partijen er bij het sluiten van hun overeenkomst over zwijgen. Een gebruikelijk beding promoveert niet zonder meer tot gewoonterecht. De gewoonte zal niet alleen moeten inhouden dat het beding veel wordt gemaakt, maar ook dat het een gedragslijn is waaraan men zich pleegt te houden wanneer het beding niet met zoveel woorden tussen partijen is bedongen.[71] Dit kan echter niet worden gezegd van de financieringsclausule. Hoewel deze bij de koop van onroerende zaken veel wordt bedongen en als optie is opgenomen in de gangbare modelakten, geldt de financieringsclausule als belangrijk onderhandelingspunt, waarover partijen niet plegen te zwijgen. Het bewuste punt wordt meestal juist nadrukkelijk ter tafel gebracht.[72] Dit ligt ook voor de hand, aangezien het voortbestaan van de gehele koopovereenkomst ervan afhankelijk is. Wanneer een verkoper de keuze heeft de zaak te verkopen aan een koper die op voorhand weet deze te kunnen financieren en dus geen financieringsclausule behoeft te bedingen en een koper die hiervan niet zeker is, zal de verkoper kiezen voor de eerstgenoemde koper, soms zelfs indien deze een lagere koopprijs heeft geboden. Voorts moet niet uit het oog worden verloren dat op financieringsclausules ten onrechte een beroep kan worden gedaan teneinde van de koop af te komen.[73] Het is voor de verkoper bovendien moeilijk na te gaan of koper alle gegevens aan de bank heeft verstrekt die van belang zijn voor het kunnen verkrijgen van een financiering. Heeft de koper zijn gehele vermogen opgegeven en ook het inkomen van zijn echtgenote? Kortom, het aanvaarden van een financieringsclausule is voor de verkoper niet zonder risico en een reële bron van juridische perikelen. Wanneer de financieringsclausule gewoonterecht zou zijn moet ook kunnen worden vastgesteld wat de inhoud hiervan is. Geldt hier de tekst van de NVM-koopakte en zo ja, is wat is dan de termijn waarbinnen het beroep op de financieringsclausule moet worden gedaan? Ten slotte

70 Zie conclusie A-G Hartkamp voor HR 21 september 1990, *NJ* 1991, 799 m.nt. CJHB; Van der Ven/Stevens en de in deze conclusie vermelde bronnen.

71 In Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 294 wordt de gewoonte omschreven als een gedragslijn die na het sluiten van de overeenkomst pleegt te worden gevolgd.

72 Zie Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 145. Hijma neemt op grond hiervan aan dat in het kader van art. 3:35 BW niet snel kan worden aangenomen dat stilzwijgend een financieringsvoorbehoud is overeengekomen.

73 Zie hierover Dammingh 2002b.

is er ook nog een dogmatisch argument om te twijfelen aan de status van een gewoonterecht bij financieringsclausules. In het verbintenissenrecht wordt aangenomen dat het geldelijk onvermogen van de schuldenaar geen beroep op overmacht rechtvaardigt. De koper die zich verbindt moet ervoor instaan dat hij de koopprijs ook kan betalen. De verkoper mag hier op vertrouwen. Betalingsonmacht komt voor risico van de schuldenaar.[74] Om dezelfde reden ligt het niet voor de hand de financieringsclausule op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid als onderdeel van de verplichtingen tussen partijen te beschouwen. Andersom zal het op grond van bijzondere omstandigheden wél denkbaar zijn dat de verkoper de koper redelijkerwijs niet aan de overeenkomst kan houden, in geval deze – al dan niet onvoorzien – de koopprijs niet kan financieren. Hier is dan eerder sprake van een rechtstreekse toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). De tussenstap van een financieringsclausule is hiervoor niet nodig.

Dat de status van de financieringsclausule als regel van gewoonterecht zeer onzeker is blijkt ook uit de jurisprudentie. Uit de in paragraaf 4.4.3 vermelde uitspraken van het Hof Arnhem en de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg klinkt door dat hier geen gewoonterecht wordt aangenomen, want anders zou het beding in die gevallen niet bedongen behoeven te zijn. In een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Almelo wordt evenwel met betrekking tot de overname van een horeca-onderneming overwogen dat het financieringsvoorbehoud voortvloeit uit de gewoonte om een dergelijk voorbehoud in overeenkomsten van deze aard op te nemen en dat partijen hier niet stilzwijgend dan wel uitdrukkelijk van de financieringsclausule hebben afgezien.[75] In een Alkmaarse kort geding-uitspraak is geoordeeld dat het uitdrukkelijk afzien van een financieringsvoorbehoud een dermate vergaande clausule is dat er omtrent inhoud en uitleg van een dergelijke afspraak geen consensus bestaat wanneer deze niet op schrift is gesteld.[76] Nu dat in dit geval niet is geschied en een dergelijke bepaling volgens de president in kort geding als een van de hoofdbestanddelen kan worden aangemerkt, wordt aangenomen dat er tussen partijen geen sprake is van de totstandkoming van een overeenkomst als door de eisers (verkopers) geschetst. Deze uitspraak lijkt er op te wijzen dat indien de financieringsclausule niet aan de orde is gesteld de overeenkomst met clausule tot stand is gekomen en dat voor het afwijken hiervan een beding, waarin van een financieringsclausule wordt afgezien, nodig is. Dit is een indicatie dat in deze uitspraak de clausule als een regel van gewoonterecht wordt gezien, waarvan alleen schrifte-

74 Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 333.
75 Vzr. Rb. Almelo 26 november 2003, nr. 60887 KG ZA 291/2003.
76 Pres. Rb. Alkmaar 13 oktober 2000, *KG* 2000, 222.

lijk kan worden afgeweken. Zowel in de Almelose als in de Alkmaarse uitspraak wordt het grote financiële belang in de overwegingen betrokken.

Vooralsnog zie ik onvoldoende redenen om aan te kunnen nemen dat de financieringsclausule kracht van gewoonterecht heeft verkregen. Van een constante jurisprudentie kan nog niet worden gesproken. Bovendien acht ik de redengeving in de uitspraken waarin deze regel van gewoonterecht wel wordt aangenomen niet overtuigend. Het feit dat het beding is opgenomen als optie in de meeste modelakten is onvoldoende, aangezien dit geenszins uitsluit dat over het opnemen hiervan pleegt te worden onderhandeld. Het financiële belang is ook onvoldoende reden, aangezien dit argument ook ten gunste van de verkoper kan worden aangevoerd. Voorts moet hierbij worden bedacht dat de consument-koper van een woning ook nog een bedenktijd ten dienste staat.

4.4.5 Financieringsclausule in aanvullend recht

Met het oog op de rechtszekerheid zou de wetgever kunnen overwegen in de wet te bepalen dat de koop van een onroerende zaak geschiedt onder de ontbindende voorwaarde van financiering. Vele modaliteiten zijn denkbaar. Zo zou moeten worden bekeken of een dergelijke regeling van aanvullend of van dwingend recht zou moeten zijn en of de al dan niet dwingende regeling dan alleen voor de koop van woningen in de zin van artikel 7:2 BW zou gelden of ook voor andere transacties zoals bijvoorbeeld de overname van de horecaonderneming uit het Almelose vonnis als genoemd in de vorige paragraaf. Zo geldt in Frankrijk op grond van de Code de la construction et de l'habitation dat, indien de in een akte neergelegde koop van een tot bewoning bestemde zaak moet worden gefinancierd met een lening die door een professionele geldschieter wordt verstrekt, de koop geschiedt onder de opschortende voorwaarde van het verkrijgen van deze financiering.[77] Deze regeling

77 Article L312-15: 'L'acte écrit, y compris la promesse unilatérale de vente acceptée, ayant pour objet de constater l'une des opérations mentionnées à l'article L. 312-2, doit indiquer si le prix sera payé directement ou indirectement, même en partie, avec ou sans l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre; Article L312-16: 'Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement. Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A

is van dwingend recht. De termijn voor het verkrijgen van de financiering bedraagt ten minste een maand. Een dergelijke dwingendrechtelijke regeling verdient in de Nederlandse situatie geen aanbeveling, omdat het ertoe zou leiden dat het min of meer gelijke bod van een rijke koper, die geen financiering nodig heeft, om deze reden alleen al voor de verkoper een hogere waarde heeft dan van een koper die voor de financiering of een deel daarvan bij de bank moet aankloppen. Maar ook los hiervan zal het toch mogelijk moeten kunnen blijven onroerende zaken als woningen onvoorwaardelijk te kunnen kopen. Een dwingendrechtelijke financieringsclausule komt niet alleen in strijd met de contractvrijheid maar ook met het beginsel dat overeenkomsten behoren te worden nagekomen.

Ook indien zou worden overwogen de financieringsclausule slechts in het aanvullend recht op te nemen, zal moeten worden nagegaan hoe misbruik hiervan kan worden voorkomen. Een termijn van een maand, zoals in Frankrijk, lijkt voor de Nederlandse situatie te lang. Voorts moet worden beslist hoeveel afwijzingen van banken de koper moet produceren voordat hij terecht een beroep op de voorwaarde kan doen en welke gegevens hij aan de banken moet verschaffen. Moet de koper zijn gehele vermogen opgeven en moet dit worden getaxeerd? Zo ja, geldt dat ook voor het vermogen van zijn partner en van anderen die het huis zullen bewonen (broers, zusters, vader, moeder) of alleen indien zij in enige gemeenschap van goederen gerechtigd zijn? En is dan relevant of het huis tot een dergelijke gemeenschap zal behoren? Telt ook het inkomen van de partner en de andere huisgenoten mee? Of is dat alleen het geval als er verrekenverplichtingen of andere vergoedingsverplichtingen (zullen) bestaan? En hoe kan een en ander worden gecontroleerd? Kortom, het ontwerpen van een wettelijke financieringsclausule zal leiden tot een veelheid aan vragen en tot oplossingen die de grenzen naderen van de privacy en van wat in administratief opzicht haalbaar is. Betwijfeld kan worden of deze situatie beter zou zijn dan de huidige situatie waarin de regel is dat verkoper en koper over het opnemen van de financieringsclausule onderhandelen en waarin de verkoper alle bovengenoemde onzekerheden en risico's op de koop toe neemt wanneer hij met de clausule instemt.

4.4.6 De status van de financieringsclausule

Het bedingen van een financieringsclausule is bij de koop van een onroerende zaak gebruikelijk. Dit betekent echter niet dat met zekerheid kan worden gezegd dat deze clausule kracht van gewoonterecht heeft verkregen in die zin dat ook wanneer hierover niets in een koopakte is opgenomen deze clau-

---

compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié.'

sule toch zou gelden. De vraag of de clausule geldt, blijft vooralsnog uitsluitend een vraag naar de uitleg van een overeenkomst. Wanneer voor de totstandkoming van de overeenkomst een vormvoorschrift geldt zoals dat van artikel 7:2 BW zal deze clausule tenminste in de akte moeten zijn aangeduid. Het verdient geen aanbeveling de financieringsclausule op te nemen in een dwingendrechtelijke regeling met betrekking tot de koop van onroerende zaken. Het opnemen hiervan in het aanvullend recht heeft als voordeel dat de rechtszekerheid ermee wordt gediend in die zin dat alsdan duidelijk zou zijn wat de situatie is als met betrekking tot dit beding niets in de akte is opgenomen. Een groot nadeel is dat een rechtvaardige regeling tot vergaande informatieverplichtingen van de koper zou moeten leiden.

4.5 WETTELIJKE EISEN MET BETREKKING TOT DE INHOUD VAN DE KOOPOVEREENKOMST

Voor de totstandkoming van een koopovereenkomst met betrekking tot een woning door een consument-koper is in artikel 7:2 BW een vormvoorschrift gesteld. Aan de inhoud worden geen andere eisen gesteld dan dat de verbintenissen bepaalbaar moeten zijn (art. 6:227 BW). In paragraaf 4.2.1 is uiteengezet dat dit betekent dat partijen zelf de *essentialia* moeten overeenkomen. Door de werking van artikel 6:248 BW zullen de overige verplichtingen van partijen door wet, gewoonte en redelijkheid en billijkheid als contractuele verplichtingen tussen hen gelden. Het is gebruikelijk dat partijen al dan niet met behulp van een modelakte nog andere punten contractueel regelen. De inhoud van een modelakte zet partijen aan om bijvoorbeeld te onderhandelen over de vraag of al dan niet een financieringsclausule moet worden opgenomen. Er bestaat echter geen wettelijke verplichting tot het gebruik van een dergelijke modelakte. In theorie is het dus mogelijk dat partijen alleen zaak en prijs aan het papier van de onderhandse akte hebben toevertrouwd en voor het overige niets hebben geregeld, zodat de koper bijvoorbeeld 'heeft vergeten' een financieringsvoorbehoud te maken. Dit probleem is door leden van de Eerste Kamer bij de behandeling van de Wet Koop van onroerende zaken onderkend. Zij vroegen zich af of het niet nodig zou zijn om wettelijk aanvullende eisen te stellen aan de inhoud van de koopovereenkomst. Analoog aan artikel 7:48b BW (timeshare-overeenkomst) zou bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden voorgeschreven welke gegevens het contract tenminste moet bevatten.[78] De Minister van Justitie heeft hierop geantwoord dat in de koopakte in ieder geval zaken als object, prijs en de personalia van koper en verkoper moeten worden opgenomen. Hij heeft daaraan toegevoegd dat het voor de hand ligt dat de koopakte ook bedingen bevat over de zakenrechtelijke toe-

78 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178a, p. 2 (VV).

stand, obligatoire beperkingen, publiekrechtelijke beperkingen, financiering, garantie, bouwtechnische toestand et cetera. Dat de koopakte al deze bedingen zal bevatten ligt volgens de minister voor de hand, omdat op de verkoper immers een informatieplicht rust op grond van de artikelen 7:15, 7:17, 3:44 en 6:228 BW.[79] Wat de financieringsclausule betreft is dat natuurlijk niet waar, maar voor het overige verwijst de minister in wezen naar de functie van het aanvullend recht als *Erleichterung des Vertragschlusses* en de wijze waarop in het rechtsverkeer weer op dit aanvullend recht wordt gereageerd. Met andere woorden: er is geen reden een inhoud voor te schrijven. Wanneer partijen alleen de *essentialia* zijn overeengekomen vervult het aanvullend recht zijn functie. Wie hierop wil reageren of ervan wil afwijken kan dit bij overeenkomst doen. Het systeem werkt en wel met instandhouding van de contractvrijheid van partijen. De alternatieve methode van het voorschrijven van een minimum inhoud heeft als belangrijk nadeel dat wel inbreuk wordt gemaakt op de contractvrijheid van partijen. Hier is de mededeling aan partijen niet: 'dit is het wettelijk kader waarbinnen u contracteert en waarvan u zonodig kan afwijken', maar 'u zult over de volgende onderwerpen moeten contracteren, want anders is uw overeenkomst vooralsnog niet geldig of tenminste aantastbaar'. Op dit principiële nadeel gaat de minister in wanneer bij de plenaire behandeling van de Wet Koop van onroerende zaken de Eerste Kamerleden hun vraag naar een verplichte minimuminhoud herhalen. Hij ziet onvoldoende reden hier een uitzondering te maken op het beginsel dat partijen vrij zijn ten aanzien van de inhoud van de overeenkomst.[80] In de eerste plaats voelt de minister er niet voor omdat een wettelijke verplichting voor beroeps- of bedrijfsmatig handelende verkopers van woningen tot het opnemen van bepaalde informatie in de koopovereenkomst een nieuwe administratieve last zou vormen. In de tweede plaats wijst hij erop dat een wettelijke verplichting tot informatieverschaffing voor de consument-verkoper die even onwetend is als de consument-koper onredelijk zou zijn. De bestaande in de kooptitel opgenomen (door Europese richtlijnen opgelegde) aanvullende eisen aan de inhoud van de koopovereenkomst zijn gelegd op partijen die bij de overeenkomst handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Het is opvallend dat de positie van de verkoper als factor van belang wordt opgevoerd. Waar eerder in de parlementaire geschiedenis de minister werd voorgehouden dat de bedenktijd anders dan verplichte notariële inschakeling de koper beschermt, maar de consument-verkoper in de kou laat staan, heeft de minister steeds geantwoord dat deze geen bescherming behoeft omdat deze de zaak immers kent. Met de bescherming van de koper zou kunnen worden volstaan.[81] Kennelijk wil de minister de belangen van de verkoper niet verder

79 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 19 (MvA).
80 *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, A, p. 4 (Brief van de Minister van Justitie).
81 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 20 (Verslag van een Schriftelijk Overleg).

aantasten dan door de invoering van de bedenktijd reeds is geschied. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat het stellen van eisen aan de inhoud van een overeenkomst niet alleen in het voordeel van de koper kan zijn, maar ook in dat van de verkoper. Zo zal een verplichte opsomming van de lasten en beperkingen en uitdrukkelijke aanvaarding van de koper hiervan, voorkomen dat de koper later wegens aanwezigheid van een zodanige last de verkoper wegens wanprestatie kan aanspreken.

Is het daarom geen goede gedachte de particuliere verkopers en kopers veilig door de contractsluiting te loodsen door bij wettelijke regeling aan de inhoud van het contract meer eisen te stellen dan de wilsovereenstemming over de *essentialia*? Zo bepleit Loos een bij standaardregeling of algemene maatregel van bestuur vast te stellen minimale inhoud van de schriftelijke overeenkomst.[82] Voor de beantwoording van de vraag of het aanbeveling verdient wettelijk een minimale inhoud van een overeenkomst voor te schrijven zal in de eerste plaats onderscheid moeten worden gemaakt tussen het voorschrijven van inhoudelijke bedingen die zouden afwijken van het geldende aanvullend recht en het bepalen dat partijen 'iets' moeten opnemen over bepaalde rechten en verplichtingen.

Indien de wetgever wil voorschrijven dat partijen afwijken van het aanvullend recht, dan ligt in wezen de vraag voor of het aanvullend recht zelf op dat punt gewijzigd moet worden en eventueel tot dwingend recht moet worden verheven. Het is niet juist partijen te dwingen iets in hun overeenkomst op te nemen en aldus te presenteren als contractueel beding terwijl het eigenlijk uit de koker van de wetgever komt. Dit is een principieel onjuiste methode aangezien deze een grotere inbreuk op de contractvrijheid – namelijk contractsdwang – oplevert dan de werking van artikel 6:248 BW, op grond van welk artikel het aanvullend en dwingend recht in de uit het contract voortvloeiende rechten en verplichtingen zijn intrede doet. Maar ook wetsystematisch leidt het tot onduidelijkheden, hetgeen uit het volgende voorbeeld mag blijken. Stel dat bij algemene maatregel van bestuur wordt voorgeschreven dat in de koopovereenkomst van een woning moet worden bepaald dat in afwijking van artikel 7:23 BW de verjaringstermijn met betrekking tot vorderingen die gebaseerd zijn op non-conformiteit niet twee jaren bedraagt, maar vijf jaren. Strikt genomen is dit een contractuele verlenging van de verjaringstermijn. Hiervan wordt wel aangenomen dat deze nietig is, omdat dit zou neerkomen op het vooraf doen van afstand van recht om een beroep te doen op de wettelijke verjaringstermijn, hetgeen op grond van artikel 3:322 lid 3 BW niet is toegestaan.[83] Of zou dan toch moeten worden aangenomen dat het hier om een wettelijke afwijking van artikel 3:322 lid 3 BW of artikel 7:23 lid 2 BW zou

82 Loos 2002, p. 361.
83 Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 678; anders: Huijgen 2003, nr. 24.

gaan? Wanneer de wetgever het wenselijk zou achten bijvoorbeeld de verjaringstermijn te verlengen is het op principiële en op systematische gronden beter te kiezen voor wijziging van de wet en dit niet via de band van het contract tussen partijen te regelen. Aan een hybride figuur tussen contract en wet bestaat hier geen behoefte.

De tweede methode is het voorschrijven dat partijen 'iets' moeten opnemen over bepaalde rechten en verplichtingen. Binnen deze categorie zijn weer twee vormen te onderscheiden: de wettelijke checklist zoals bijvoorbeeld in artikel 7:48 b BW bij de totstandkoming van de timeshare overeenkomst is voorgeschreven of een bij wet of algemene maatregel van bestuur voor te schrijven modelakte. Voor zowel de checklist als voor de modelakte kan gelden dat daarin niet zozeer wordt afgeweken van het regelend recht maar hierop eerder wordt aangesloten, doordat het bijvoorbeeld partijen eraan herinnert dat het te overwegen is met het oog op artikel 7:15 en 7:17 BW bepaalde eigenschappen van de zaak te melden c.q. te aanvaarden of er zelfs exoneraties of garanties voor op te nemen. Beide methoden zouden partijen dwingen bij de contractsluiting over meer na te denken dan over zaak en prijs alleen. Voorts zouden ze mogelijk maken dat zeker wordt gesteld dat de verkoper aan de koper meedeelt dat er voor de koper een bedenktijd geldt.[84]

Bij het overwegen van een wettelijke checklist of een wettelijk voorgeschreven modelakte zal men – hoezeer het ook gewenst zou zijn dat partijen over de gesuggereerde onderwerpen nadenken – moeten beslissen wat het gevolg is indien partijen zich niet aan dit voorschrift houden. Stel dat in een wettelijke checklist zoals dat van artikel 7:48b BW is opgenomen dat partijen iets moeten bedingen omtrent de aansprakelijkheid voor later te constateren bodemverontreiniging. A verkoopt zijn huis aan B. In de akte worden zaak en prijs genoemd. Over bodemverontreiniging is niets opgenomen. Verkoper A weet hier ook niets van zodat hij geen enkele aanleiding zag er iets over te zeggen. Het rechtsgevolg van de wettelijke checklist kan nu zijn dat doordat er geen bepaling over bodemverontreiniging is opgenomen de koopovereenkomst nietig is. Vernietigbaarheid ligt niet in de rede, omdat niet a priori kan worden gezegd dat de bepaling in het voordeel van de koper zou zijn. Nietigheid lijkt echter voor het niet in acht nemen van een checklist-bepaling een disproportionele sanctie, die onnodig in strijd is met de contractvrijheid.[85] Er zijn echter andere mogelijkheden. Het niet in acht nemen van het 'Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd roerende zaken' leidt ertoe dat de koper kan vorderen

84 Vgl. art. 1 sub l Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken (*Stb.* 1997, 289).

85 Het niet in acht nemen van wettelijk voorgeschreven minimumvereisten zou naar de mening van Loos moeten leiden tot nietigheid van de overeenkomst (Loos 2002, p. 361).

dat deze gegevens worden opgenomen en dat de bedenktijd wordt verlengd totdat de gegevens zijn opgenomen. Deze verlenging duurt maximaal drie maanden (art. 7:48c lid 1 BW). Ook bij deze sanctie is weer het probleem dat ervan uit moet worden gegaan dat de op te nemen bepalingen in het voordeel van de koper zijn. Dat is bij de gegevens van de timeshare akte het geval. Bij de gewone verkoop van een woning door een particuliere verkoper aan een particuliere koper zou een dergelijk uitgangspunt onjuist zijn. Wanneer men bijvoorbeeld met het oog op de belangen van de particuliere verkoper in de akte zou willen opnemen dat bepaalde juridische lasten en beperkingen uitdrukkelijk door de koper worden aanvaard (art. 7:15 BW) heeft de sanctie van de verlenging van de bedenktijd van de koper geen effect. Wanneer de aanvaarding niet is opgenomen heeft de koper er immers geen belang bij binnen een (eventueel verlengde) bedenktijd de koop te ontbinden. Men zou dan ook aan de verkoper een wettelijke bedenktijd moeten gunnen. Voorts geldt dat een eenzijdige bedenktijd voor de koper c.q de verkoper de betreffende partij ten aanzien van het niet opgenomen beding een chantagemiddel in handen geeft. Als voorbeeld kan dienen de financieringsclausule. Het al dan niet opnemen van een dergelijk beding maakt deel uit van de onderhandelingen tussen koper en verkoper. Verkoper is soms bereid de zaak voor een lagere prijs te verkopen aan iemand die niet onder financieringsvoorwaarde koopt. Stel nu dat daarom geen financieringsclausule wordt opgenomen en ook niet met zoveel woorden is bepaald dat deze niet geldt. Alsdan wordt tot op heden in de jurisprudentie aangenomen dat er geen voorwaarde is overeengekomen.[86] Wanneer in de wettelijke checklist staat dat er iets moet zijn bepaald over een financieringsclausule en bij gebrek hieraan de bedenktijd voor de koper wordt verlengd, kan de koper dreigen de koop te ontbinden wanneer de voorwaarde niet wordt opgenomen. Aldus wordt het onderhandelingsresultaat (lagere prijs, geen voorwaarde) verstoord. Dit lijkt niet rechtvaardig. Het zou dan beter zijn in het aanvullende recht op te nemen dat indien er niets over is bepaald een ontbindende voorwaarde van financiering geldt. In dat geval weten partijen op basis waarvan zij onderhandelen.

Het voorschrijven van een wettelijk model heeft dezelfde bezwaren als een wettelijke checklist. Wat is rechtens als partijen van dit model bij het sluiten van de overeenkomst geen gebruik hebben gemaakt? Stel dat verkoper en koper zorgvuldig hebben onderhandeld over de koopovereenkomst en alles wat zij zijn overeengekomen aan het papier hebben toevertrouwd, is deze overeenkomst dan nietig indien ze niet het voorgeschreven model hebben gebruikt? Evenals bij de wettelijke checklist geldt dat de juiste sanctie niet kan worden gevonden. Voorts valt het te betwijfelen of de wetgever erin zou slagen een model op te stellen dat niet afwijkt van het aanvullend recht en bovendien op evenwichtige wijze zou leiden tot een overeenkomst waarin de belangen

86 Zie par. 4.4.

van verkoper en koper op hun individuele niveau goed worden geregeld. Hoe bewerkt men dat partijen ook invullen wat ze zouden moeten invullen? Dit zijn echter relatieve problemen. Nog duidelijker dan bij de wettelijke checklist is dat deze methode in strijd is met de contractvrijheid van partijen. Bij de totstandkoming zou immers het dictaat van de Staat gaan gelden. Het overeenkomen van een koopovereenkomst zou verworden tot het invullen van een formulier, te vergelijken met het invullen van de belastingaangifte. Tegengeworpen kan worden dat dit door de NVM-akte toch al enigszins het geval is. Maar hier is de contractvrijheid niet in het geding. Partijen zijn vrij hun eigen overeenkomst op te stellen en dit blijft in principiële zin belangrijk, ook al maken velen van deze vrijheid geen gebruik. Voorts zou de wettelijke modelakte leiden tot de vraag welke rol de omstandigheden van het geval bij de uitleg van de akte nog zouden kunnen en mogen spelen. De wetgever die het model heeft opgesteld kende deze omstandigheden niet. Partijen wel, maar die moesten zich houden aan het model en konden hiervan niet afwijken. De wettelijke modelakte moet daarom om fundamentele redenen worden verworpen.

Le Roy verdedigt dat een wettelijk voorgeschreven standaardmodel zowel de belangen van de koper als de verkoper zou beschermen.[87] Zij onderkent dat bij de koop van woningen veelal twee gelijkwaardige partijen zijn betrokken. Maar toch – zo stelt zij – kan er feitelijk door bepaalde variabele factoren als de situatie op de markt sprake zijn van ongelijke machtsverhoudingen. De wetgever zou daarom naar haar mening een *level playing field* moeten creëren door een standaard koopakte met minimum inhoud voor te schrijven. De inbreuk op de contractvrijheid zou hierdoor worden gerechtvaardigd. Dit overtuigt geenszins; met name niet nu in wezen wordt toegegeven dat van ongelijkwaardige partijen geen sprake is. De ongelijkwaardigheid zou worden veroorzaakt door variabelen als de marktsituatie. In contractuele zin veroorzaakt de marktsituatie echter geen ongelijkheid van partijen, die is voor verkoper en koper gelijk. Dat het te verkopen goed meer of minder schaars is, is een gegeven bij de onderhandelingen. Dat de koper deze alleen voor een bepaalde prijs kan krijgen zonder financieringsclausule en meer betaalt met een financieringsclausule is niet een zaak van de wetgever. Le Roy maakt niet duidelijk waardoor de marktsituatie zou leiden tot feitelijke ongelijke machtsverhoudingen. Tevens is niet duidelijk welke rechtsgevolgen een wettelijk voorgeschreven standaardakte zou hebben, omdat zij schrijft dat de koper (de verkoper wordt in dit verband niet genoemd) niet van alle bepalingen c.q. ontbindende voorwaarden gebruik behoeft te maken. Door opname in de wettelijke standaardakte zouden partijen zich echter wel van alle bepalingen bewust worden. Samengevat komt het erop neer dat partijen het standaard-

87 Le Roy 2005, p. 256-258.

model moeten gebruiken, maar (sommige) bepalingen daarin mogen schrappen. Niet helemaal duidelijk is of ze er ook bepalingen aan mogen toevoegen. Dit zal wel het geval zijn, omdat het volgens le Roy gaat om de waarschuwende functie van de voorgeformuleerde bepalingen. Kortom: wie zelf een overeenkomst opstelt sluit een ongeldige overeenkomst. Wie binnen het wettelijk format bepalingen schrapt en er een paar aan toevoegt sluit een geldige overeenkomst. Le Roy voegt er nog aan toe dat in het geval de koper akkoord gaat met de mogelijke aanwezigheid van asbest de standaardkoopakte in ieder geval aan zijn waarschuwende functie heeft voldaan. Of aldus een *level playing field* wordt bereikt is te betwijfelen. Het resultaat zal soms het tegenovergestelde zijn. Dit alles levert onvoldoende rechtvaardiging op om een dergelijke grote inbreuk op de contractvrijheid te rechtvaardigen.

Het stellen van verdergaande inhoudelijke eisen dan de *essentialia* aan het totstandkomen van een geldige en onaantastbare overeenkomst maakt inbreuk op de contractvrijheid zonder dat hiermee is gegarandeerd dat partijen elkaar de relevante informatie verschaffen. Dit wordt ook duidelijk uit de conclusie dat een passende en een partijen niet discriminerende civielrechtelijke sanctie op het niet voldoen aan dergelijke wettelijke eisen niet voorhanden is. Indien de wetgever van mening zou zijn dat een bepaalde verplichting of een bepaalde voorwaarde van de overeenkomst deel uit zou moeten maken, past het beter in ons systeem van contractsluiting deze verplichting of voorwaarde als aanvullend of dwingend recht in de wet op te nemen. Indien moet worden bevorderd dat partijen in juridische zin beter beseffen wat hun rechten en plichten zijn en elkaar ook in dit verband de relevante informatie verschaffen verdient de verplichte notariële bijstand bij de totstandkoming van de overeenkomst de voorkeur.

5 Uitleg van de koopakte

5.1 INLEIDING

Tot de invoering van artikel 7:2 BW op 1 september 2003 konden alle koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken tot stand komen als partijen een mondelinge wilsovereenstemming hadden bereikt over zaak en prijs.[1] Nu zullen deze *essentialia* in een onderhandse of authentieke akte moeten zijn neergelegd, wanneer het gaat om de koop van een woning door een koper die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dit vormvoorschrift biedt partijen de praktische mogelijkheid nadere bedingen (*accidentalia*) overeen te komen, nadat ze het al eens zijn geworden over de *essentialia*, maar voordat de overeenkomst tot stand komt. In de praktijk was het echter al vóór de invoering van het vormvoorschrift gebruikelijk de reeds gesloten mondelinge koopovereenkomst neer te leggen in een schriftelijk stuk, de zogenaamde (voorlopige) koopakte. Zowel met het oog op het bewijs van het bestaan van de overeenkomst als op het voldoen aan het huidige vormvoorschrift zou het voldoende zijn te volstaan met de *essentialia* en de ondertekening van partijen. De meeste particuliere kopers en verkopers van onroerende zaken laten het hier echter niet op aan komen. Gebruikelijk is dat er een enige pagina's tellend contract wordt ondertekend. Waarom doet men dat? Kan bij de koop van onroerende zaken niet zonder meer op het regelend recht en op sommige punten zelfs op het dwingend recht worden vertrouwd? Wil men expliciet van het regelend recht afwijken? Dat zijn waarschijnlijk niet de voornaamste redenen waarom in de praktijk de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak meer bevat dan alleen zaak en prijs en eventueel nog de over te nemen roerende zaken. Het belangrijkste is dat partijen bij een dergelijk contract duidelijk voor ogen willen hebben welke rechten men verkrijgt en welke verplichtingen men op zich neemt. Bij de uitleg van schriftelijke overeenkomsten heeft steeds de zogenaamde Haviltex-maatstaf centraal gestaan. Een vraag die aan de orde komt is welke invloed het vormvereiste van artikel 7:2 BW op de uitleg van de koopakte heeft.

Verkopers en kopers van woningen maken bij het opstellen van koopakten op grote schaal gebruik van de in omloop zijnde modelakten. De modelakten

1 Afgezien van timeshare-overeenkomsten waarvoor reeds een vormvoorschrift gold.

die het meest worden gebruikt zijn de modelkoopovereenkomst voor een bestaande eengezinswoning van de NVM (kortweg: NVM-koopakte) en de modelakte van de KNB.[2] Hierbij verdient aantekening dat het model van de KNB meestal alleen wordt gebruikt indien de koopakte met inschakeling van een notaris tot stand komt. De vraag die in dit verband de aandacht verdient is op welke wijze de bepalingen die in een dergelijke modelakte zijn opgenomen moet worden uitgelegd. Welke invloed heeft het gegeven dat het bij de toepassing van modelakten gaat om bewoordingen die niet uit de creativiteit van partijen zelf voortvloeien, maar desalniettemin door hen zijn gekozen? Een keuze die in veel gevallen zal zijn gemaakt in het vertrouwen op de toepasselijkheid en veiligheid van een reeds lang door anderen beproefd patroon.[3] En in hoeverre speelt bij deze uitleg een rol dat de ontwerpers van de modelakte zich kennelijk hebben gebaseerd op in de wet gehanteerde teksten en begrippen? Pas door uitleg zal men kunnen bepalen of partijen van het regelend recht hebben willen afwijken of dat zij eerder een nadere invulling of herhaling hiervan op het oog hebben gehad.

Bij de opstelling van een koopakte kan de hulp van een deskundige worden ingeroepen. De inschakeling van de notaris bij de opstelling van de koopakte wordt door velen bepleit als alternatief voor de bedenktijd. De betekenis die de inschakeling van de notaris heeft voor de totstandkoming, de inhoud en de uitleg van de koopovereenkomst komt in paragraaf 5.4 aan de orde.

Na de koopakte volgt er bij een onroerend goedtransactie nog een schriftelijk stuk: de akte van levering. Hoe moet deze akte worden uitgelegd en wat is het verband met de uitleg van de koopakte? Deze vragen worden behandeld aan het slot van dit hoofdstuk.

5.2 VORMVOORSCHRIFT EN UITLEG

De wijze waarop een schriftelijk contract moeten worden uitgelegd is sinds het Haviltex-arrest bekend.[4] Het komt daarbij niet alleen aan op een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract, maar vooral op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis

2 De NVM-koopakte is gezamenlijk vastgesteld door de Nederlandse Vereniging van Makelaars Makelaars in onroerende goederen en vastgoeddeskundigen NVM, de Consumentenbond en de Vereniging Eigen Huis (zie: Vlaanderen 2006, p. 145 noot 1).

3 Zwitser 1984, p. 26-28.

4 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB; Haviltex.

van zodanige partijen kan worden verwacht. De Hoge Raad heeft hier in latere arresten nog aan toegevoegd dat ook bij de toepassing van deze Haviltex-maatstaf de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, in praktisch opzicht bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang is.[5] Is deze 'over en weer maatstaf' niet te vaag wanneer de uit te leggen bepaling niet staat in een contract dat partijen uit eigen verkiezing in een geschrift hebben neergelegd, maar in een overeenkomst waarvoor op grond van de wet een vormvoorschrift geldt? De niet in de akte opgenomen bedingen voldoen niet aan het vormvereiste en zijn derhalve in beginsel nietig (zie par. 3.9.1). Biedt de Haviltex-maatstaf niet de mogelijkheid om bedingen aan de akte toe te voegen op grond van verklaringen, gedragingen en omstandigheden die niet in de akte zijn gereleveerd? Zou het vormvereiste niet moeten leiden tot een meer objectieve uitlegmaatstaf? Men zou kunnen denken aan de maatstaf vergelijkbaar aan die voor de uitleg van de akte van levering die is aangelegd in het arrest Stichting Eelder Woningbouw.[6] Het zou dan aankomen op de in de akte tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen bewoordingen. Naar de verklaringen en gedragingen van partijen rond het totstandkomen van een bepaald schriftelijk beding zou derhalve niet mogen worden gekeken. De aard noch de strekking van het vormvoorschrift van artikel 7:2 BW voeren tot de conclusie dat een dergelijke objectieve maatstaf bij de uitleg van een koopakte moet worden aangelegd. De aard van het vormvoorschrift – de vormgeving van de wilsovereenstemming – brengt wel met zich mee dat het feit dat een bepaald beding is overeengekomen uit de akte moet voortvloeien. Ook de strekking van het vormvoorschrift – dat de koper een schriftelijk stuk voorhanden heeft waarover hij zich kan beraden – vereist een schriftelijke verankering van het beding. Er is echter geen reden bij de uitleg van het beding niet uit de akte blijkende verklaringen en gedragingen van partijen en de omstandigheden waarin deze zijn gedaan buiten beschouwing te laten bij de beantwoording van de vraag wat partijen met het beding hebben bedoeld. Integendeel, zij hebben de akte ondertekend terwijl hun begrip van het daarin opgenomen beding door al deze elementen wordt bepaald. De Haviltex-maatstaf is daarom ook bij de uitleg van de koopovereenkomst die op grond van artikel 7:2 BW schriftelijk tot stand moet komen het toe te passen criterium. Het vormvoorschrift brengt wel met zich mee dat bedingen waarover wel mondeling overeenstemming bestond, maar die niet in de akte zijn opgenomen niet via de omweg van de uitleg van de gehele overeenkomst aan de nietigheidssanctie kunnen ontkomen.

5 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron; DSM/Fox en HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17; De Rooy/Van Olphen. Zie over deze jurisprudentie verder par. 5.3.

6 HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 m.nt. WMK; Stichting Eelder Woningbouw.

Dit werpt de vraag op wanneer men kan zeggen dat een beding al dan niet in de akte is opgenomen. Er blijven natuurlijk gevallen aan te wijzen waarin men in redelijkheid kan twijfelen of uit de akte blijkt of er wel een beding is opgenomen.

In het Duitse recht is voor de vraag naar de uitleg van rechtshandelingen waarvoor een vormvereiste geldt de zogenaamde *Andeutungstheorie* ontwikkeld.[7] Daar geldt dat de koopovereenkomst met betrekking tot een onroerende zaak in een notariële akte moet zijn neergelegd (§ 311b BGB, voorheen § 313 BGB). In een aan het Bundesgerichtshof voorgelegde zaak is in een dergelijke akte per ongeluk een van de drie perceelnummers van het stuk grond dat partijen hebben bedoeld te verkopen en te kopen niet genoemd. De vraag is of dit perceel nu wel of niet is verkocht. Het Bundesgerichtshof overweegt:[8]

> 'Entsteht zwischen den Vertragspartnern Streit über den Inhalt des beurkundeten Vertrages, so kann er, da auch ausdrückliche Formulierungen unklar, mißverständlich und mehrdeutig sein können, nicht aus der Urkunde allein entschieden werden. Es müssen vielmehr auch außerhalb der Urkunde liegende, zur Erforschung des Vertragsinhalts geeignete Umstände herangezogen werden. Diese Notwendigkeit trägt die für die Auslegung von beurkundeten Willenserklärungen entwickelte sogenannte Andeutungsformel Rechnung. Nach ihr sind auch Urkunden über formbedürftige Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen. Dabei dürfen aber außerhalb der Urkunde liegende Umstände nur berücksichtigt werden, wenn der einschlägige rechts geschäftliche Wille der Parteien in der formgerechten Urkunde einen wenn auch nur unvollkommenen oder andeutungsweisen Ausdruck gefunden hat (…).'

De op de betreffende rechtshandeling gerichte wil van partijen moet dus in de akte tot uitdrukking zijn gekomen, ook al is dat geschied op een onvolkomen of vage wijze. Voor de uitleg van de overeenkomst gelden de gewone uitlegregels. Voor de beantwoording van de vraag of aan het vormvereiste is voldaan geldt een objectief criterium, zij het dat aan hetgeen in de akte is verwoord geen hoge eisen worden gesteld.[9] Genoeg is dat de akte een indicatie bevat voor de betreffende rechtshandeling. Deze benadering lijkt ook naar Nederlands recht binnen de wilsvertrouwensleer in te passen. Deze leer zal immers de richtsnoer moeten zijn, omdat het gaat om de totstandkoming van de rechtshandeling. Centraal staat of partijen er over en weer op mochten vertrouwen dat de betreffende schriftelijke verklaring het door hen beoogde

---

7 Larenz/Wolf 2004, § 28, Rn. 88.

8 BGH 25 maart 1983, BGHZ 87, 150. Zie ook BGH 12 juli 1996, *NJW* 1996, 2793 en BGH 17 februari 2000, *NJW* 2000, 1569.

9 In BGH 25.maart 1983, BGHZ 87, 150 wordt dit als volgt onder woorden gebracht: '§ 313 BGB ist dennoch von Anfang an so angewendet worden, daß nicht das objektiv Erklärte, sondern das übereinstimmend Gewollte gelte, wenn nur das objektiv Erklärte dem Formerfordernis genüge.'

beding in de akte verwoordde. Hierbij zullen noodzakelijkerwijs de gebruikte bewoordingen het uitgangspunt zijn. Voor het voldoen aan het vormvereiste zullen deze bewoordingen er ook moeten zijn. De uitleg hiervan kan vervolgens geschieden overeenkomstig de Haviltex-maatstaf, waarbinnen al naar gelang de betreffende omstandigheden zowel een meer objectieve als een meer subjectieve benadering mogelijk is (zie hierover par. 5.3.2).

5.3 De uitleg van model-koopakten

5.3.1 Haviltex-maatstaf, CAO-maatstaf en DSM/Fox

De maatstaf die bij de uitleg van schriftelijke contracten moet worden gehanteerd heeft tot veel jurisprudentie geleid. De centrale vraag hierbij is in welke gevallen nu naar de subjectieve bedoeling van partijen moet worden gekeken en in welke gevallen de objectieve betekenis van de gebruikte bewoordingen prevaleert. Is er wellicht meer aanleiding te kiezen voor een objectieve uitleg wanneer de bewoordingen in het contract niet uit de creativiteit van partijen zelf voortvloeien, zoals bij het gebruik van een model-koopakte?[10] In de ontwikkeling van de jurisprudentie zijn drie piketpalen te vinden. De eerste is het Haviltex-arrest,[11] waarin wordt overwogen dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding tussen partijen is geregeld, niet kan worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Wissink brengt in herinnering dat hier de uitlegvraag expliciet is geformuleerd als uitvloeisel van de wilsvertrouwensleer.[12] De tweede piketpaal is de introductie van de zogenaamde CAO-maatstaf. In het Gerritse/HAS-arrest overwoog de Hoge Raad

10 De door organisaties als de NVM en de KNB opgestelde modellen voor door contractspartijen te sluiten overeenkomsten worden ook wel genoemd: standaardovereenkomsten, standaardcontracten, standaardakten, modelovereenkomsten, modelcontracten en modelakten. Ik kies voor de term 'model-koopakte' omdat het bij de uitleg steeds zal gaan om het door de individuele contractpartijen ondertekende geschrift. Hiervan kan niet gezegd worden dat dit een 'standaard' stuk is, aangezien partijen steeds – ook al gaat het soms om enkele punten – hun eigen aanvullingen maken of voor bepaalde alternatieven kiezen. Maar wel kan worden gesproken van een akte die naar een bepaald model is gemodelleerd. Dat neemt niet weg dat deze term ook, zoals in het spraakgebruik gangbaar is, gebruikt zal worden voor het model in abstracto dat door de organisaties (hierna ook: de opstellers of ontwerpers genoemd) is vastgesteld. Waar het gaat om de door het door de NVM opgestelde model voor de koop van woningen door particulieren wordt het begrip 'NVM-koopakte' aangehouden.

11 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB; Haviltex.

12 Wissink 2004, p. 407.

dat 'voor de uitleg van de bepalingen van een CAO, de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn'.[13] De derde piketpaal is het DSM/Fox-arrest.[14] In dit arrest worden de twee maatstaven weer onder een noemer gebracht:

> 'Tussen de Haviltexnorm en de CAO-norm bestaat geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang.
> Enerzijds heeft ook bij toepassing van de Haviltexnorm te gelden dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd – nog afgezien van het bepaalde in artikel 3:36 BW in de verhouding tot derden – de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen.
> Anderzijds leidt de CAO-norm niet tot een louter taalkundige uitleg; in het arrest van de Hoge Raad van 31 mei 2002, nr. C00/186, *NJ* 2003, 110, is de hiervoor in 4.3 aangehaalde rechtspraak in die zin verduidelijkt dat hier sprake is van een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. In het zojuist aangehaalde arrest is voorts nog beslist dat ook de bewoordingen van de eventueel bij de CAO behorende schriftelijke toelichting bij de uitleg van de CAO moeten worden betrokken. In een latere uitspraak (HR 28 juni 2002, nr. C01/012, *NJ* 2003, 111) werd geoordeeld dat, indien de bedoeling van de partijen bij de CAO naar objectieve maatstaven volgt uit de CAO-bepalingen en de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting, en dus voor de individuele werknemers en werkgevers die niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken zijn geweest, kenbaar is, ook daaraan bij de uitleg betekenis kan worden toegekend.'

Uit deze overweging wordt duidelijk dat de Haviltex-maatstaf ruimte biedt voor zowel een subjectieve als een meer objectieve uitleg. Welke uitleg is aangewezen zal afhangen van de omstandigheden van het concrete geval. Dat de Haviltex-maatstaf deze ruimte biedt was al vóór het DSM/Fox-arrest bekend en dan behoeft het nog niet eens te gaan om overeenkomsten die naar hun aard zijn bedoeld de rechtspositie van derden te beïnvloeden. Zo maakt het Bouwmeester/Van Leeuwen-arrest[15] duidelijk dat bij de toepassing van de wilsvertrouwensleer betekenis moet worden toegekend aan de bewoordingen van een akte, omdat de ene partij er op grond van bepaalde omstandigheden vanuit mocht gaan dat de tekst van de akte in overeenstemming was met

13 HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 m.nt. PAS (onder *NJ* 1994, 174); Gerritse/HAS.
14 HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron; DSM/Fox.
15 HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 560 m.nt. WMK; Bouwmeester/Van Leeuwen.

hetgeen de ander voor ogen stond.[16] Aldus beschouwd kan van de CAO-maatstaf niet alleen gezegd worden dat deze geen tegenstelling vormt met de Haviltex-maatstaf, maar ook dat deze als een toepassing in speciale gevallen van de Haviltexmaatstaf kan worden aangemerkt.[17] Anders dan de Hoge Raad zou ik daarom niet van een vloeiende overgang van Haviltex-maatstaf naar CAO-maatstaf willen spreken, maar eerder van een vloeiende overgang *binnen* de Haviltex-maatstaf van een meer gesubjectiveerde tot een meer geobjectiveerde uitleg. De CAO-maatstaf ziet men dan als een toepassing in speciale gevallen van deze geobjectiveerde uitleg. Zo beschouwd is er geen conceptueel verschil tussen de toepassing van de CAO-maatstaf en de objectieve toepassing van Haviltex. Wissink ziet dit verschil nog wel waar hij stelt dat de CAO-maatstaf per definitie uitsluit dat subjectieve partijbedoelingen bij de uitleg worden betrokken als die niet kenbaar zijn uit 'publieke bronnen'. Dit laatste is gebaseerd op de door de Hoge Raad geformuleerde nuancering dat ook de toelichting/bedoeling van de opstellers mee mag wegen, mits deze kenbaar is uit publieke bronnen. Dit neemt niet weg dat op de CAO-maatstaf nog meer nuanceringen mogelijk zouden kunnen zijn. Los hiervan ben ik ervan overtuigd dat, wanneer met toepassing van de Haviltex-maatstaf met het oog op derden voor een meer geobjectiveerde uitleg wordt gekozen, een voor deze derden niet kenbare toelichting bij deze uitleg geen rol meer kan spelen.[18] Maar indien de CAO-maatstaf in inhoudelijk opzicht niets anders is dan een geobjectiveerde uitleg in het kader van de Haviltex-maatstaf, waarom zou men deze dan onderscheiden? Het antwoord is gelegen in de volgende overweging van het DSM/Fox-arrest:

> 'De hiervoor in 4.2-4.4 weergegeven rechtspraak heeft als gemeenschappelijke grondslag dat bij de uitleg van een schriftelijk contract telkens van beslissende betekenis zijn alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie, heeft de Hoge Raad een uitwerking van die vage norm gegeven voor de boven aangegeven, in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende, typen van gevallen. In deze typologie heeft de CAO-norm betrekking op geschriften

16 Ik heb dit eerder genoemd een strikte uitleg met toepassing van de Haviltex-formule. Deze vorm van objectieve uitleg moet evenwel niet tegenover de Haviltex-uitleg worden gesteld (Breedveld-de Voogd 2002, p. 253, zie ook par. 5.5.14). Thans zou men dit de geobjectiveerde uitleg binnen de Haviltex-maatstaf kunnen noemen. Zie bijv. Wissink 2004, p. 407 en Du Perron in zijn noot onder HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493; DSM/Fox. In de noot onder HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003, 503; Curatoren/Besix wijst Du Perron ook op deze 'genuanceerde uitlegmethode'.

17 Aldus begrijp ik ook de opmerking in Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 286a dat de CAO-maatstaf geen uitzondering vormt op de Haviltex-maatstaf.

18 Ook Wissink merkt op dat bij een geobjectiveerde Haviltex-uitleg aan een niet voor derden kenbare bedoeling van partijen weinig gewicht toekomt (Wissink 2004, p. 410).

> en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan.'

Het is een kwestie van typologie. Op een bepaald soort contracten moet de CAO-maatstaf, dat wil zeggen een in beginsel objectieve uitleg worden toegepast. De rechter die dat niet doet, doet het kennelijk verkeerd. Omdat deze regel is gegeven 'ten behoeve van de werkbaarheid voor de praktijk en van de toetsbaarheid van het rechterlijk oordeel in cassatie' zal duidelijk moeten worden gemaakt in welke gevallen de vage norm wordt ingevuld door de CAO-maatstaf. Het criterium biedt weinig richting: de CAO-maatstaf geldt bij geschriften en verhoudingen waarvan de aard meebrengt dat bij die uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan. Een vage norm voor de toepassing van een hard criterium. Het lijkt mij evident dat CAO's moeten worden uitgelegd met toepassing van de CAO-maatstaf.[19] Maar hoe beoordeel je bij andere overeenkomsten[20] of de aard meebrengt dat bij de uitleg in beginsel objectieve maatstaven centraal dienen te staan? Zou men niet gewoon moeten beginnen met het wegen van alle omstandigheden van het geval (waaronder de aard van de overeenkomst) in plaats van te proberen de overeenkomst in een bepaald hokje onder te brengen om dan zonder meer de CAO-maatstaf toe te passen? Dit leidt ook tot het volgende punt: de toepassing van de gemeenschappelijke grondslag, te weten de weging van alle omstandigheden van het geval in het licht van de redelijkheid en billijkheid, zal toch nimmer tot de conclusie kunnen leiden dat een onjuist criterium is gebruikt op grond van de redenering dat de aard van de overeenkomst zonder meer toepassing van het CAO-maatstaf met zich mee hoort te brengen. Het voorschrijven van de CAO-maatstaf bij bepaalde overeenkomsten zou getuigen van een civielrechtelijke tunnelvisie.

Wissink heeft een groep gevallen gedefinieerd op welke de CAO-maatstaf van toepassing is, omdat de aard van deze overeenkomsten dat met zich meebrengt. Het gaat volgens hem om partijen die door toetreding of op andere wijze worden gebonden aan een door anderen reeds gesloten overeenkomst of reeds opgesteld ander document. Deze toetreders hebben geen invloed op de totstandkoming van het document waaraan zij gebonden worden en er is sprake van een zekere massaliteit, waarmee is verbonden het ontbreken van de mogelijkheid tot individuele afwijking van het document.[21] Deze omstandigheden lijken inderdaad te wijzen op een objectieve uitleg, maar dit zou ook bij de toepassing van de Haviltex-maatstaf de conclusie moeten zijn geweest. Aangenomen lijkt te kunnen worden dat de 'voorgeschreven' objectieve uitleg zoals bedoeld door de CAO-maatstaf gereserveerd moet zijn voor CAO-

19 Zie ook Du Perron in zijn noot onder HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493; DSM/Fox.
20 Opvallend is dat de Hoge Raad hier spreekt van 'geschriften en verhoudingen'.
21 Wissink 2004, p. 412.

gevallen en daaraan analoge gevallen zoals een sociaal plan. Voor andere overeenkomsten geldt gewoon de Haviltex-maatstaf, die de ruimte biedt op grond van de omstandigheden de overeenkomst in het ene geval meer subjectief uit te leggen en in een ander geval meer objectief. Hierbij zal ook een belangrijke rol spelen in hoeverre een partij kan bewijzen dat partijen toen zij de overeenkomst sloten over en weer iets anders hebben bedoeld dan de woordelijke tekst van de overeenkomst aangeeft (zie hierna par. 5.3.5).

5.3.2 Wilsvertrouwensleer en objectieve uitleg

Met objectieve uitleg wordt meestal in de eerste plaats bedoeld een semantische uitleg, dat wil zeggen een uitleg overeenkomstig de betekenis der woorden.[22] In de tweede plaats kan hieraan worden toegevoegd een contextuele uitleg. Met Grosheide ben ik van mening dat vele civilisten ten onrechte uitgaan van het credo dat woorden nooit duidelijk zijn.[23] Het Haviltex-arrest wordt door velen gezien als de neerslag van deze gedachte. Juist is dat in dit arrest afstand wordt genomen van hetgeen artikel 1378 (oud) BW bepaalde.[24] Niet juist is dat eruit zou volgen dat de in de overeenkomst neergelegde bewoordingen bij de uitleg nog slechts van relatieve betekenis zouden zijn.[25] In het Haviltex-arrest wordt voor de uitleg van een schriftelijke overeenkomst aangesloten bij de wilsvertrouwensleer zoals neergelegd in artikel 3:35 BW.[26] Bij de in dat kader te beantwoorden vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en wat ze te dien aanzien redelijkerwijs mochten verwachten zullen in de eerste plaats de gekozen bewoordingen centraal moeten staan. De semantische betekenis van de in een contract opgenomen woorden belichaamt het vertrouwen dat mensen over en weer mogen hebben wanneer deze woorden worden gebruikt. Bij de toepassing van de wilsvertrouwensleer kán daarom geen afstand zijn genomen van de betekenis van woorden. Via een wat andere weg dan Grosheide kom ik tot eenzelfde conclusie: de in een contract gebruikte woorden mogen in beginsel worden geacht te verwijzen naar de gemeenschappelijke bedoeling van partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst.[27] Het is de vraag of de Hoge Raad dit verband tussen wilsvertrouwensleer en de

22 Tjittes onderscheidt vijf verschillende vormen van objectieve uitleg, waarop ik in dit kader niet nader inga (Tjittes 2005, p. 13).

23 Grosheide 2001, p. 5.

24 'Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken.'

25 Ook Tjittes wijst op dit misverstaan van het Haviltex-arrest (Tjittes 2005, p. 14).

26 Anders kennelijk Tjittes waar deze opmerkt dat zowel de Haviltex-norm als de CAO-norm zich niet bemoeien met partijbedoelingen. Dat neemt niet weg dat hij de contractvrijheid en de wilsvertrouwensleer bij de uitleg van contracten centraal stelt (Tjittes 2005, p. 8).

27 Grosheide 2001, p. 13.

gebruikte bewoordingen nu ook legt in de volgende overweging van het DSM/ Fox-arrest:

> 'Opmerking verdient ten slotte dat zowel aan de CAO-norm als aan de Haviltexnorm de gedachte ten grondslag ligt dat de uitleg van een schriftelijk contract niet dient plaats te vinden op grond van alleen maar de taalkundige betekenis van de bewoordingen waarin het is gesteld. In praktisch opzicht is de taalkundige betekenis die deze bewoordingen, gelezen in de context van dat geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang.'

De woorden van de Hoge Raad zijn niet geheel duidelijk. Enerzijds lijkt het belang van de 'taalkundige betekenis' van de bewoordingen te worden onderstreept. Anderzijds wijzen de woorden 'in praktisch opzicht' erop dat het verband met de Haviltexmaatstaf niet wordt gelegd. De normstellende waarde van de semantische betekenis van woorden komt in de overweging niet tot uitdrukking. Deze waarde hangt natuurlijk wel samen met het 'praktische' belang van woorden, maar overstijgt deze bij de uitleg daarvan. Ook uit de dwingende bewijskracht die artikel 157 lid 2 Rv. toekent aan de partijverklaringen in een authentieke of onderhandse akten omtrent de waarheid van die verklaringen blijkt dat de betekenis van woorden in een schriftelijke overeenkomst van meer dan alleen praktisch belang is. Wanneer op de 'taalkundige betekenis' van de woorden niet zou kunnen worden afgegaan zou van deze bewijskracht (het gaat hierbij immers over het bewijs van de *inhoud* van die verklaringen en niet slechts over het bewijs *dat* deze verklaringen zijn gedaan) weinig overblijven.

De conclusie uit het bovenstaande is dat bij de uitleg van in een schriftelijke overeenkomst opgenomen bepalingen de Haviltex-maatstaf centraal dient te staan. Hierbij zullen alle omstandigheden in aanmerking dienen te worden genomen bij de beantwoording van de vraag wat partijen over en weer hebben bedoeld en redelijkerwijs hebben mogen verwachten. De betekenis van de gebezigde bewoordingen is hierbij van meer dan praktische betekenis. Er is naar mijn mening geen aanleiding bij de uitleg van een bepaling in een modelakte van deze uitgangspunten af te wijken. Toch wordt in de literatuur bepleit in dit verband de CAO-maatstaf of een meer geobjectiveerde Haviltex-maatstaf toe te passen.

5.3.3 Welke maatstaf geldt bij de uitleg van modelakten?

De introductie van de CAO-maatstaf en de verzoening van deze norm met de Haviltex-maatstaf heeft bij velen de vraag opgeroepen in welke categorie de uitleg van algemene voorwaarden en modelakten zou moeten vallen: de CAO-maatstaf of de geobjectiveerde, of gesubjectiveerde Haviltex-maatstaf. Tjittes

bepleit dat algemene voorwaarden die relevant zijn voor een groot aantal transacties reeds uit de aard daarvan objectief uitgelegd dienen te worden overeenkomstig de CAO-maatstaf.[28] Als voorbeeld noemt hij onder andere de NVM-voorwaarden bij koop en verkoop van een woning. Als redenen voert hij aan dat één of beide partijen veelal niet bij de totstandkoming van die algemene voorwaarden betrokken zijn geweest en dat is voldaan aan een der voorwaarden uit het DSM/Fox-arrest namelijk dat het voor de opstellers van het contract voorzienbare aantal niet-oorspronkelijke partijen groot is, terwijl de algemene voorwaarden ertoe strekken de rechtspositie van de gebondenen op uniforme wijze te regelen. In die gevallen – betoogt Tjittes – bestaat behoefte aan een uniforme uitleg van de algemene voorwaarden door toetsing in cassatie. Wissink ziet in het DSM/Fox-arrest aanknopingspunten om bij de uitleg van algemene voorwaarden en verzekeringspolissen (hij spreekt niet met zoveel woorden over de NVM model-koopakte) binnen de Haviltex-maatstaf een meer objectiverende benadering te kiezen. Hij baseert zich hiervoor op rechtsoverweging 4.4 van het DSM/Fox-arrest (zie het tweede citaat in par. 5.3.1). Strikt genomen – zo schrijft hij – is in deze gevallen de betrokkenheid van derden als ratio niet aan de orde, maar materieel gaat het wel om documenten die naar hun aard zijn bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van anderen en is het voor de opstellers voorzienbare aantal van die anderen groot, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen.[29] Tegenover deze pleidooien voor de toepassing van de CAO-maatstaf dan wel de geobjectiveerde Haviltex-maatstaf wordt het argument ingebracht dat bij het aangaan van een overeenkomst waarop algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard de contractpartijen steeds de bevoegdheid hebben om de toepasselijkheid uit te sluiten of van een of meer bepalingen af te wijken. De vraag of zij bij de totstandkoming van de algemene voorwaarden betrokken waren kan daarom voor de uitleg hiervan niet beslissend zijn.[30] De Hoge Raad heeft bij de uitleg van algemene voorwaarden de CAO-maatstaf in zijn algemeenheid niet als een juiste maatstaf willen aanvaarden.[31]

Met betrekking tot de uitleg van modelakten dient in het oog te worden gehouden dat er naast overeenkomsten ook verschillen zijn tussen algemene voorwaarden enerzijds en modelakten anderzijds. De belangrijkste overeenkomsten zijn dat het in beide gevallen gaat om schriftelijke bedingen die bestemd zijn om in meerdere overeenkomsten te worden opgenomen en dat de bepalingen veelal door anderen zijn opgesteld dan de uiteindelijk contracterende partijen. De wijze waarop beide worden gebruikt is echter zeer verschillend. Bij modelakten gaat het uiteindelijk om overeenkomsten waarin de gehele tekst

28 Tjittes 2005, p. 12.
29 Wissink 2004, p. 413.
30 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 286b en Valk 1994, p. 113.
31 HR 30 november 2001, *JOR* 2002, 43 m.nt. B. Wessels; Océ Technologies/Asea Brown Boveri.

van de overeengekomen rechten en verplichtingen is opgenomen. Er is in het algemeen geen sprake van verwijzing naar 'kleine lettertjes' of naar elders gedeponeerde voorwaarden. Dit verschil is belangrijk omdat bij het gebruik van modelakten de contracterende partijen de gelegenheid hebben van de gehele integrale tekst kennis te nemen en het in praktisch opzicht eenvoudig is hierin wijzigingen of aanvullingen aan te brengen.[32] Bij het gebruik van de modelakten van organisaties als de NVM of de KNB geldt dat deze niet door of in opdracht van een van de contracterende partijen zijn opgesteld. Het is daarom de vraag of de verkoper of de koper die contracteert met behulp van een modelakte kan worden beschouwd als 'gebruiker' in de zin van afdeling 6.5.3 BW. Als dat zo is zou in veel gevallen moeten gelden dat zowel koper als verkoper 'gebruiker' zijn.[33] Wanneer men al bij de uitleg van algemene voorwaarden niet de CAO-maatstaf maar de Haviltex-maatstaf moet hanteren op grond van de redenering dat de contractpartijen steeds de bevoegdheid hebben om de toepasselijkheid uit te sluiten of van een of meer bepalingen af te wijken, geldt dit a fortiori voor modelakten. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is de uitleg van bedingen die in model-akten zijn opgenomen aan de orde geweest. In hoeverre speelt het feit dat deze bedingen in een modelakte staan bij de uitleg hiervan een rol?

5.3.4 De uitleg van artikel 5.3 NVM-akte

Bij overeenkomst van 19 april 2001 verkoopt Van Olphen aan De Rooy een villa aan de Jozef Israëlsweg te Bloemendaal voor een bedrag van *f* 5.000.000. De Rooij is van plan deze villa te laten slopen, het perceel in twee percelen te laten verkavelen en daarop twee geschakelde woonhuizen te laten bouwen.[34] Een van deze nieuwe woningen zou voor hemzelf zijn bestemd en de andere zou worden doorverkocht. De levering heeft plaats op 1 februari 2002. Daarna blijkt dat op 20 december 2001 – dus tussen koop en levering – het gebied waarin de villa ligt is aangewezen als beschermd dorpsgezicht als bedoeld in artikel 35 Monumentenwet. Hierdoor kunnen de plannen van De Rooy niet doorgaan. Hij stelt zich in rechte op het standpunt dat Van Olphen tekortgeschoten is in zijn uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, omdat de onroerende zaak niet voldeed aan hetgeen De Rooij op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Van Olphen baseert zich hierbij op artikel 5.3 van de koopovereenkomst, dat luidt:

---

32 Dit aanvullen en wijzigen kan ten koste gaan van de juridische consistentie van het contract.

33 Zie over deze verschillen Huijgen 2003, p. 28-31. Op de vraag of de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW van toepassing is ga ik in dit verband niet verder in.

34 HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17; De Rooy/Van Olphen.

> 'De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn. Koper is voornemens de onroerende zaak te gebruiken als:
> Bouwperceel voor twee halfvrijstaande huizen
> (…)
> Verkoper staat niet in voor andere eigenschappen dan die voor een normaal gebruik nodig zijn, noch voor de afwezigheid van gebreken die dat normale gebruik belemmeren en die aan koper kenbaar zijn op het moment van het tot stand komen van deze koopovereenkomst.'

Dit artikel 5.3 is overeenkomstig de tekst van artikel 5.3 van de NVM-koopakte, zoals deze tot 2003 luidde. Hierin was ruimte vrijgelaten waarin partijen konden invullen welk gebruik de koper voornemens is van de onroerende zaak te gaan maken.[35] In dit geval hadden partijen dat ook gedaan door in te vullen: 'bouwperceel voor twee halfvrijstaande huizen'. Hoe moet deze bepaling nu worden uitgelegd? Moet het in de tweede volzin omschreven voorgenomen gebruik van de koper worden vereenzelvigd met het in de eerste volzin van die bepaling omschreven normale gebruik? In dat geval zou de verkoper hebben gegarandeerd dat de zaak geschikt was voor gebruik als bouwperceel voor twee halfvrijstaande woonhuizen. Of behoeft het door de koper voorgenomen gebruik niet samen te vallen met hetgeen moet worden begrepen onder 'normaal gebruik'? In het tweede geval is de geschiktheid als bouwperceel niet gegarandeerd.[36]

De Hoge Raad stelt voorop dat de uitleg dient te geschieden met in acht neming van de Haviltex-maatstaf. Duidelijk is aldus dat de aard van de overeenkomst niet met zich brengt dat de CAO-maatstaf moet worden toegepast. De Hoge Raad herhaalt vervolgens de overweging uit het DSM/Fox-arrest dat de Haviltex-maatstaf behelst dat de uitleg niet alleen kan geschieden op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract, maar dat in praktisch opzicht de taalkundige betekenis die de

---

35 Inmiddels is artikel 5.3 NVM-koopakte gewijzigd in die zin dat het *voorgenomen* gebruik van de koper niet meer als zodanig in de tekst voorkomt. De tekst luidt thans als volgt: 'De onroerende zaak zal bij de eigendomsoverdracht de feitelijke eigenschappen bezitten die nodig zijn voor een normaal gebruik als: …. (door partijen in te vullen).' De uitleg van te term 'normaal gebruik' blijft hierdoor een rol spelen. Zie over deze wijziging in de tekst Vlaanderen 2006, p. 141-143.

36 In deze procedure is niet aan de orde gekomen de vraag of, indien deze geschiktheid niet zou zijn gegarandeerd, de zaak desniettemin aan deze eigenschappen zou moeten voldoen op grond van art. 7:17 BW (welk artikel geen garantieverbintenis impliceert) en een en ander een 'gewone' tekortkoming zou opleveren, waarbij het vervolgens de vraag is of deze aan de verkoper kunnen worden toegerekend. Het is immers de vraag of een beroep van de verkoper op de zogenaamde 'exonoratieclausule' van art. 5.1 van de NVM-akte hem zou kunnen baten, nu hij de zaak niet heeft geleverd in de staat waarin deze zich bevond ten tijde van de koop. De aanwijzing tot beschermd dorpsgezicht heeft immers pas na de koop plaatsgehad.

bewoordingen waarin de bepalingen zijn gesteld, gelezen in de context van het geschrift als geheel, in (de desbetreffende kring van) het maatschappelijk verkeer normaal gesproken hebben, bij de uitleg van dat geschrift vaak wel van groot belang is. In dit licht vervolgt de Hoge Raad:

> 'Indien partijen bij de schriftelijke vastlegging van hun overeenkomst gebruikmaken van een standaardakte waarin een beding voorkomt dat, zoals art. 5.3 van de standaard NVM-koopakte, als voorgedrukte verklaring van de verkoper bevat dat de verkochte zaak de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn, zal uitgangspunt voor de uitleg van dit beding dienen te zijn dat "normaal gebruik" betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan ten aanzien van de grond alsmede van de ten tijde van de verkoop zich daarop bevindende bebouwing. Daaronder valt in beginsel niet de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond. Dit betekent dat het enkele feit dat in een dergelijk beding naast die voorgedrukte tekst door partijen specifiek is opgenomen dat koper voornemens is van de onroerende zaak gebruik te maken als bouwperceel, niet zonder meer en ook niet in beginsel meebrengt dat de overeenkomst aldus dient te worden uitgelegd dat de verkoper ervoor instaat dat sloop van de zich op dat perceel ten tijde van de verkoop bevindende bebouwing mogelijk en geoorloofd zal zijn.'

Men zou hier kunnen spreken van een objectieve uitleg binnen de Haviltex-maatstaf. Wanneer in een akte wordt verklaard dat de verkochte zaak de feitelijke eigenschappen zal bezitten die voor een normaal gebruik nodig zijn, betekent dat 'naar gangbaar spraakgebruik' dat de villa wordt gebruikt om in te wonen en niet om te slopen. Hierbij verdient aantekening dat volgens deze uitleg onder het verkochte niet alleen de grond maar ook de bebouwing wordt verstaan. Zou de bepaling anders moeten worden uitgelegd wanneer partijen hem niet hadden overgenomen uit een modelakte maar zelf hadden verzonnen? De overweging vangt aan met de voorwaarde dat partijen gebruik maken van een standaardakte. Een *a contrario* uitleg dat een uitleg naar gangbaar spraakgebruik niet is toegestaan wanneer het niet om en standaardakte zou gaan lijkt mij echter op grond van de eerdere overweging dat bij de uitleg van een geschrift de bewoordingen van grote praktische betekenis zijn niet voor de hand te liggen. Maar welke betekenis hecht men vervolgens aan de door partijen zelf ingevulde mededeling dat de koper voornemens is de zaak te gaan gebruiken als 'bouwperceel voor twee halfvrijstaande huizen'? Er is hier maar één gedeeltelijk woord Frans bij. Maar daar steekt het probleem niet in. Met een taalkundige uitleg komen we er niet helemaal. Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre deze mededeling met zich mee zou brengen dat de verklaring over het normale gebruik anders gelezen moet worden weegt de Hoge Raad een juridisch argument mee. Het 'enkele feit' dat het beding ook de mededeling bevat dat de koper van plan is de zaak op een bepaalde manier te gaan gebruiken betekent niet dat de garantie zich ook zou uitstrekken over de eigenschappen die de zaak zou moeten hebben om aan

de plannen van de koper te kunnen voldoen.[37] Met andere woorden: voor een dergelijke garantie is meer nodig dan een mededeling van de koper over zijn voornemens. Dit doet herinneren aan het Durlinger/Laura Bakens-arrest waarin is beslist dat het feit dat de verkoper bekend was met de verbouwplannen van de koper niet met zich meebrengt dat stilzwijgend is gegarandeerd dat de verkochte zaak voor een zodanige bestemming zonder belemmeringen geschikt zou zijn.[38]

Van enkel een taalkundige uitleg is geen sprake. Meegewogen wordt immers of de mededeling van een voornemen voldoende is de garantie anders op te vatten dan alleen omvattende het 'normale gebruik' zoals dat in het spraakgebruik wordt begrepen. Dat bij de uitleg van de bepaling ook de meer subjectieve omstandigheden relevant blijven blijkt uit de volgende overweging:

> 'Het ligt daarom op de weg van de koper feiten en omstandigheden te stellen en zonodig te bewijzen waaruit volgt dat de verkoper in het gegeven geval de hiervoor bedoelde eigenschappen van de verkochte onroerende zaak wel degelijk heeft willen garanderen, of dat de koper daarop in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft mogen vertrouwen, bijvoorbeeld doordat de makelaar die de verkoop heeft begeleid, de verkoper uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat deze diende in te staan voor hetgeen achter "normaal gebruik" in de standaardakte werd opgenomen.'

Wissink heeft er al op gewezen dat de vraag of Haviltex subjectief dan wel objectief wordt toegepast vaak wordt bepaald door stelplicht en bewijslast.[39] De in eerste instantie geobjectiveerde uitleg van de bepaling verhindert niet dat de koper kan bewijzen dat partijen in dit geval hebben bedoeld de geschiktheid van de zaak als bouwperceel te garanderen. Het dwingend bewijs waar tegenbewijs tegen open staat omtrent de waarheid van de verklaringen in een akte (art. 157 lid 2 Rv.) klinkt door in deze overwegingen. Naar het bewijs dat partijen met een bepaalde bepaling een zekere bedoeling hebben gehad zal toch immers met het oog op artikel 3:35 BW wel moeten worden geluisterd.[40]

Wat moet nu de conclusie zijn? Moeten de bepalingen in een modelakte nu objectief of subjectief worden uitgelegd? Indien men 'corrigeert' voor het bewijsrecht in die zin dat men ervan uitgaat dat alle feiten en omstandigheden

---

37 Op grond hiervan neemt Van Rossum aan dat art. 5.3 van de NVM-koopakte geen garantieverplichting inhoudt, maar een contractuele neerlegging is van de wettelijke conformiteitseis (Van Rossum 2006, p. 361).

38 HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK (onder *NJ* 1998, 657); Durlinger/Laura Bakens. Zie voor een vergelijking met dit arrest ook Van Rossum 2006, p. 362.

39 Wissink 2004, p. 408.

40 Bij de objectieve uitleg van de akte van levering staat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad dit tegenbewijs niet open. Mijns inziens ten onrechte (Breedveld-de Voogd 2002, p. 244-255). Zie ook par. 5.5.14-5.5.17.

over de bedoeling van partijen zijn bewezen en de waarheid volledig aan het licht is gekomen gaat het om een subjectieve uitleg. Artikel 3:35 BW en de Haviltex-maatstaf blijven de kern vormen van het materiële recht rond de vraag wat partijen zijn overeengekomen. Voor de beantwoording van de vraag welk uitgangspunt bij het tussen partijen te dier zake te voeren bewijs moet gelden is de objectieve – in de zin van taalkundige – uitleg maatgevend. Dat dit tot uitgangspunt kan worden genomen ligt naar mijn mening op zijn beurt weer besloten in de wilsvertrouwensleer; men mag er immers in beginsel op vertrouwen dat de woorden van de wederpartij de betekenis hebben die ze in het normale spraakgebruik ook hebben.

5.3.5 Een vergelijking met het Woonboerderij-arrest

De betekenis van artikel 5.3 van de standaard NVM-koopakte is eerder voor de Hoge Raad aan de orde gesteld. Aan het Woonboerderij-arrest liggen de volgende feiten ten grondslag.[41] Tussen verkoper (Christiaanse) en koper (Van Dijk) is ook artikel 5.3 van de NVM-koopakte overeengekomen. Hier is bij het gebruik dat de koper voornemens is van de zaak te gaan maken ingevuld: 'woonboerderij'. Voor het sluiten van de koopovereenkomst heeft van Dijk aan Christiaanse verteld dat hij van plan is de bij de boerderij gelegen vervallen schuur af te breken om er een nieuwe te bouwen met het oog op zijn hobby, te weten het houden van dieren. Voor het verkrijgen van een bouwvergunning is vereist dat de grond niet vervuild is. Na het sluiten van de koopovereenkomst blijkt de grond onder de schuur vervuild te zijn. Van Dijk vordert schadevergoeding van Christiaanse. De rechtbank wijst de vordering van Van Dijk af om twee redenen. In de eerste plaats was Christiaanse niet op de hoogte van de verontreiniging. In de tweede plaats mocht Van Dijk niet verwachten dat hij de schuur zou kunnen verbouwen en gebruiken voor het stallen van vee zonder dat hij daartoe saneringskosten zou moeten maken. Het houden van vee valt volgens de rechtbank immers niet onder het normale van een woonboerderij te maken gebruik. Om deze reden is niet relevant dat Van Dijk zijn voornemen tot zodanig gebruik ten tijde van de koop aan Christiaanse heeft meegedeeld. Het hof komt daarentegen tot een tegenovergestelde conclusie namelijk dat Van Dijk er redelijkerwijze van uit mocht gaan dat het in artikel 5.3 bedoelde 'normaal gebruik' van het verkochte als woonboerderij (gelet op grondoppervlak en ligging) mede omvatte het afbreken en herbouwen van de schuur met het oog op het houden van dieren. Van Dijk mocht er volgens het hof dus op vertrouwen dat zodanig (door hem aan de verkoper meegedeeld) gebruik mogelijk zou zijn zonder dat hij saneringskosten zou behoeven te maken. Tevens oordeelt het hof dat op van Dijk geen onderzoeksplicht rustte, omdat artikel 5.4 op geen enkele wijze afbreuk deed aan de in

41 HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK; Woonboerderij.

artikel 5.3 vervatte garantie. In cassatie is niet de uitleg van artikel 5.3 als zodanig aan de orde, maar de verhouding tussen deze bepaling en het bepaalde in artikel 5.4 van de NVM-koopakte waarin staat vermeld dat aan de verkoper niet bekend is dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van het in artikel 5.3 omschreven gebruik. In cassatie verdedigt Christiaanse dat artikel 5.4 geen andere uitleg toelaat dan dat het een uitzondering maakt op de in artikel 5.3 vervatte garantie. De Hoge Raad beperkt zich tot het oordeel dat de uitleg van het hof dat artikel 5.4 op geen enkele wijze afbreuk doet aan de garantie in artikel 5.3 niet onbegrijpelijk is, omdat niet kan worden gezegd dat artikel 5.4 geen andere uitleg toelaat dan dat de garantie, die in artikel 5.3 wordt gegeven, niet zou gelden voor het geval van een aan Christiaanse niet bekende verontreiniging.

De overeenkomsten tussen het De Rooy/Van Olphen-arrest en het Woonboerderij-arrest lopen in het oog; de verschillen evengoed. Het beroep op artikel 5.4 in het Woonboerderij-arrest kunnen we in de vergelijking ecarteren omdat – zo heeft de Hoge Raad beslist – deze bepaling geen afbreuk doet aan het bepaalde in artikel 5.3. We houden artikel 5.3 NVM-koopakte dus over. In het De Rooy/Van Olphen-arrest wordt aangenomen dat deze bepaling geen garantie bevat voor de geschiktheid van de zaak als bouwperceel. Het feit dat de koper dit voorgenomen gebruik aan de koper heeft meegedeeld is hiervoor niet voldoende. In het arrest Woonboerderij wordt het oordeel van het hof dat de garantie van artikel 5.3 mede omvat het afbreken en herbouwen van de schuur met het oog op het houden van dieren niet door de Hoge Raad gecasseerd. Dit geldt ook voor het gegeven dat in het oordeel, dat de koper mocht vertrouwen dat de zaak voor herbouw van de schuur geschikt was, de mededelingen die de koper aan de verkoper had gedaan een relevante rol spelen. Het is mogelijk dat de verschillen in de uiteindelijke uitkomst tussen beide arresten wordt veroorzaakt door het feit dat in het Woonboerderij-arrest de uitleg van artikel 5.3 als zodanig in cassatie niet meer aan de orde is gesteld, hetgeen niet verwonderlijk is omdat de uitleg van een bepaling aan de feitenrechter is voorbehouden. Door de latere ontwikkelingen rond de vraag welke *maatstaf* bij de uitleg van verschillende soorten contracten moet worden aangelegd kwam in het De Rooy/Van Olphen-arrest de uitleg van artikel 5.3 van de NVM-koopakte in dit licht te staan. In welk licht de bepaling tenslotte ook bijna volledig door de Hoge Raad werd uitgelegd. Hoe zou nu na De Rooy/Van Olphen over de casus van de woonboerderij moeten worden geoordeeld?

Uitgangspunt voor de uitleg van artikel 5.3 NVM-koopakte dient volgens de Hoge Raad te zijn dat 'normaal gebruik' betrekking heeft op wat daaronder naar gangbaar spraakgebruik wordt verstaan ten aanzien van de grond alsmede van de ten tijde van de verkoop zich daarop bevindende bebouwing. Daaronder valt volgens de Hoge Raad in beginsel niet de sloop van de bebouwing gevolgd door het gebruik van de grond als bouwgrond. Zo bezien zou

Christiaanse de zaak hebben gewonnen, tenzij zijn woonboerderij niet geschikt bleek te zijn voor bewoning. De sloop van een schuur valt immers in beginsel niet onder dit normale gebruik. Of is dit weer wel het geval wanneer deze zodanig is vervallen dat hierin geen vee kan worden gehouden en de verkochte zaak, een woonboerderij, geen woonboerderij is wanneer er geen dieren kunnen worden gehouden? Hier is immers niet alleen door partijen 'woonboerderij' in artikel 5.3 ingevuld, maar geldt de woonboerderij ook als het verkochte object, zodat er in het kader van artikel 5.3 eerste zin een garantie wordt gegeven voor het normale gebruik van 'het verkochte', te weten een woonboerderij. In het De Rooy/van Olphen-arrest week het normale gebruik van het verkochte (de villa) essentieel af van het voorgenomen gebruik (de sloop hiervan).[42] Kortom de uitleg naar 'gangbaar spraakgebruik' zal niet altijd duidelijkheid bieden. Hoe het Woonboerderij-arrest in het licht van het De Rooy/van Olphen-arrest zou moeten worden beslist zal daarom afhangen van de vragen of een woonboerderij geacht moet worden geschikt te zijn voor het houden van dieren en of het verkochte in dit geval daartoe niet geschikt was. Wat in ieder geval geen rol mag spelen bij de vraag of een garantie voor de geschiktheid voor een bepaald gebruik is gegeven is het enkele feit dat de koper dit voornemen aan de verkoper kenbaar heeft gemaakt.

5.3.6 De betekenis van mededelingen in een akte

Hoewel het Woonboerderij-arrest en het De Rooy/Van Olphen-arrest op de in de vorige paragraaf weergegeven punten met elkaar in tegenspraak lijken te zijn, zijn ze met elkaar in overeenstemming met betrekking tot de vraag welke (geringe) waarde aan bepaalde door een der partijen gedane mededelingen moet worden gehecht. Bij het Woonboerderij-arrest gaat het om artikel 5.4 van de NVM-koopakte, waarin wordt medegedeeld dat het de verkoper niet bekend is dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat die ten nadele strekt van het in lid 3 omschreven gebruik. In het De Rooy/Van Olphen-arrest staat centraal de strekking van de mededeling van de koper welk gebruik hij voornemens was van de zaak te gaan maken. De vraag waar het bij de in akten neergelegde mededelingen om draait is: gaat het hier wel om een rechtshandeling? Is de mededeling gericht op enig rechtsgevolg in die zin dat het de contractuele rechten en verplichtingen bepaalt of gaat het meer om het met het oog op het bewijs vast leggen van het gegeven dat men bepaalde mededelingen heeft gedaan? Een soort notulen van de onderhandelingsfase. Een complicerende factor is dat in de 'over en weer' benadering van de wilsvertrouwensleer en in het kader van de mededelingsplicht en onder-

42 Volgens Van Rossum had De Rooy zich tegen de de gebruiksbeperkingen kunnen wapenen wanneer hij had bedongen dat de kavel 'als bouwperceel' werd verkocht (Van Rossum 2006, p. 362-363).

zoeksplicht in de zin van artikelen 7:17 en 6:228 BW alle mededelingen relevant kunnen zijn. In die zin lijkt het verstandig sommige mededelingen in bewijsrechtelijke zin stevig te verankeren. Dit is volgens Vlaanderen kennelijk ook de bedoeling van het in artikel 5.3 invullen van het door de verkoper voorgenomen gebruik. Hij schrijft dat het feit dat de verkoper niet instaat voor een bijzonder gebruik niet afdoet aan zijn mededelingsplicht. Als de verkoper weet dat de zaak niet de eigenschappen bezit die nodig zijn voor een bijzonder gebruik zal hij dat in beginsel moeten melden.[43] Maar als dat waar is dan zal de verkoper, wanneer hij ten aanzien van een gebrek dat het voorgenomen gebruik belemmert niet aan deze mededelingsplicht voldoet, tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst in de zin van artikel 7:17 BW en zal de overeenkomst bovendien kunnen worden vernietigd op grond van artikel 6:228 BW. De NVM-akte zou dan bovendien tegenstrijdig zijn omdat, zoals Vlaanderen heeft benadrukt, de verkoper op grond van artikel 5.1 niet instaat voor de afwezigheid van verborgen gebreken. Door aldus bepaalde mededelingen te trekken in de sfeer van de mededelingsplicht tracht men via een omweg de contractuele verplichtingen te bepalen. Het komt immers neer op het volgende: 'aangezien ik deze mededeling heb gedaan, had u hierop inhoudelijk moeten reageren en nu u dat niet hebt gedaan bent u aansprakelijk'. Hetzelfde geldt, maar dan met betrekking tot de onderzoeksplicht, voor artikel 5.4. De mededeling dat de verkoper niet bekend is met enige verontreiniging zou kunnen worden gebruikt voor het betoog dat de koper, indien hij dat relevant vond, hier maar zelf onderzoek naar had moeten doen en dat indien hij dat niet heeft gedaan het risico voor hem is, ondanks het feit dat voor andere gebreken die een normaal gebruik in de weg staan de verkoper aansprakelijk is op grond van een garantie. Uit het Woonboerderij-arrest en het De Rooy/Van Olphen-arrest blijkt dat het zo niet werkt. Mededelingen kunnen, om enig rechtsgevolg te bewerkstelligen, niet op zichzelf staan. Het gaat er steeds om wat de wederpartij op grond hiervan redelijkerwijs mocht verwachten. Moest hij begrijpen dat artikel 5.4 afdeed aan de garantie voor de geschiktheid voor normaal gebruik? Was het hem duidelijk dat de mededeling van het voorgenomen gebruik bepaalde contractuele verplichtingen op zijn schouders laadde? In het Woonboerderij-arrest beslist de Hoge Raad dat artikel 5.4 niet zo behoeft te worden uitgelegd dat dit afdoet aan de garantie van artikel 5.3. A-G Hartkamp oordeelt in zijn conclusie hard:

> 'Dat aan de verkoper geen verontreiniging bekend is kan van alles betekenen. Misschien staat het daarom wel zo in de akte; opstellers van algemene voorwaarden (…) bedienen zich graag van ruim en verhullend taalgebruik.'

Ook uit het De Rooy/Van Olphen-arrest volgt dat de mededeling over het voorgenomen gebruik op zich nog niet veel zegt. De koper zal feiten en

43 Vlaanderen 2000, p. 515.

omstandigheden moeten stellen en zonodig bewijzen waaruit volgt dat de verkoper in het gegeven geval de bedoelde eigenschappen van de verkochte onroerende zaak wel degelijk heeft willen garanderen, of dat de koper daarop in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs heeft mogen vertrouwen. Dit kan, zo geeft de Hoge Raad als voorbeeld, door aan te tonen dat de makelaar die de verkoop heeft begeleid, de verkoper uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat deze diende in te staan voor hetgeen achter 'normaal gebruik' in de standaardakte werd opgenomen.

Niet iedere mededeling is een op rechtsgevolg gerichte wilsverklaring in de zin van artikel 3:33 BW of zal als zodanig door de wederpartij begrepen zijn.[44] Daarom zal ook niet iedere mededeling die in een (model)akte is opgenomen relevant zijn voor de beoordeling van de vraag welke verplichtingen partijen op zich hebben genomen. Hoe vager een bepaling is over het beoogde rechtsgevolg, hoe groter de kans dat deze bepaling in contractuele zin niets betekent.

5.3.7 De bedoeling van de opstellers en het wettelijk kader

Wie een wet wil doorgronden leest de Memorie van Toelichting en de andere parlementaire stukken. Het succes van een wetseditie als *Tekst & Commentaar* zit niet zozeer in de tekst als wel in het commentaar. Aldus kan men pogen de bouwstenen die de afzonderlijke artikelen vormen een plaats te geven in het gebouw dat de wetgever heeft willen bouwen. Lezing van een modelakte als de NVM-akte of de KNB-akte roept vergelijkbare vragen op als het lezen van een wet. Welke bedoeling hadden de opstellers met de bepalingen, hoe past de akte in het wettelijk systeem? De bedoeling van de opstellers is te achterhalen door het raadplegen van de bij de modelakte behorende toelichting, die bij de akte wordt verschaft en ook via internet te vinden is. Bij de uitleg van de NVM-koopakte wordt ook vaak de toelichting ex-post van het Hoofd Juridische Dienst van de NVM, zoals gepubliceerd in het WPNR aangehaald.[45] De Hoge Raad ziet niets in een dergelijke uitleg:

> 'Het vorenstaande (De Haviltex-maatstaf en de betekenis volgens het gangbare spraakgebruik, CGBdV) wordt niet anders indien moet worden aangenomen dat de opstellers van de standaardakte met het hiervoor aangehaalde beding inhoud hebben willen geven aan de term "normaal gebruik" – en de daaraan verbonden rechtsgevolgen – zoals bedoeld in art. 7:17 lid 2 BW. Niet de bedoeling van de opstellers van de standaardakte is immers van belang voor de uitleg van een

44 Nieuwenhuis 2006, p. 106-107.

45 Zie bijv. de conclusie van A-G Keus voor HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17; De Rooy/Van Olphen.

overeenkomst die schriftelijk is vastgelegd met gebruikmaking van die standaardakte, maar de bedoeling van de contracterende partijen.'

Waarom mag er niet gekeken worden naar de bedoeling van de opstellers? Zowel bij de uitleg van een CAO als bij de uitleg van het Bindend Besluit Regres (BBR) van de Vereniging van Brandassuradeuren in Nederland (VBA) werden de voor partijen openbare en kenbare bedoelingen van de opstellers voor de uitleg wel relevant geacht.[46] Hierbij verdient aantekening dat het bij de uitleg van het BBR ging om een korte tijd na de inwerkingtreding van het BBR in het WPNR op naam van het VBA gepubliceerd artikel, dat op zijn beurt een reactie vormde op een kort voordien naar aanleiding van de inwerkingtreding van het BBR in het WPNR verschenen artikel. Uit deze reactie van de VBA werden de achterliggende bedoelingen van de VBA en de bij de regeling betrokken aansprakelijkheidsverzekeraars afgeleid. Echter, de reden waarom volgens het De Rooy/Van Olphen-arrest niet naar de bedoeling van de opstellers wordt gekeken is niet omdat deze bedoeling niet kenbaar zou zijn uit openbare bronnen.[47] Dat kan ook niet zo zijn omdat de toelichting en de visie van de jurist van de NVM wél kenbaar zijn. De reden waarom de Hoge Raad bij de uitleg van standaardakten de bedoeling van de opstellers niet relevant acht is fundamenteler dan de mate van kenbaarheid hiervan. Het gaat hier om de autonomie van partijen. Het staat met zoveel woorden in de overweging: niet de bedoeling van de opstellers is van belang, maar de bedoeling van de contracterende partijen.

Er is een belangrijk verschil in rechtskarakter tussen een modelakte enerzijds en een CAO of een regeling als het BBR anderzijds. Een koper en verkoper die voor het sluiten van een overeenkomst een modelakte gebruiken doen dat in volledige vrijheid. Ze hoeven niet voor het model te kiezen, ze kunnen al dan niet aan de hand van het model hun eigen woorden gebruiken. En als ze het model gebruiken kunnen ze bepalingen schrappen of aanvullende bedingen opnemen. Zij zijn op grond van de wet noch op grond van verenigingsrechtelijke of andere banden verplicht de patronen te volgen van de modelakte. Tussen de opstellers van de modelakte en de uiteindelijke gebruikers hiervan bestaat geen enkele gezagsrelatie op grond waarvan de visie van deze opstellers op de gebruikte bepalingen bepalend zou moeten zijn. Maar, zo zou kunnen worden tegengeworpen, ook de partijen die een overeenkomst sluiten schakelen automatisch het regelend recht in, voorzover ze hiervan niet

46 HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; Openbare toelichting op CAO en HR 27 februari 2004, *NJ* 2005, 498 m.nt. C.E. du Perron; Royal Nederland Verzekeringsmaatschappij/K.

47 Tjittes suggereert dat dit de reden zou zijn dat de Hoge Raad hier de bedoeling van de opstellers niet in aanmerking neemt, omdat hij in een noot stelt dat de voor partijen openbare kenbare bedoelingen van de opsteller wél relevant zijn voor de uitleg (Tjittes 2006a, p. 231, noot 3).

afwijken. Ook dat doen zij in vrijheid, de wetgever zegt niet dat zij dat moeten doen. En toch komt in dat geval aan de bedoeling van de wetgever met betrekking tot de regels van regelend recht wel betekenis toe. Dat komt omdat regelend recht objectief recht is. Het geldt voorzover partijen hiervan niet afwijken, omdat de wetgever hiertoe de bevoegdheid heeft gekregen. Modelakten hebben evenals algemene voorwaarden geen objectiefrechtelijke status. De opstellers zijn geen wetgever; zij hebben van niemand daartoe de bevoegdheid gekregen.[48] Daarom is het juist dat aan de bedoeling van de opstellers geen zelfstandige betekenis toekomt, maar alleen aan de bedoeling van de contracterende partijen. Aan de bedoeling van de opstellers kan men daarom alleen toekomen als de bedoeling van partijen hierdoor aantoonbaar is beïnvloed, bijvoorbeeld door het aanpassen van de akte naar aanleiding van de toelichting van de makelaar of van de notaris. Hiervoor lijkt onvoldoende het enkele feit dat partijen de bedoeling van de opstellers uit een toelichting kenden of hadden kunnen kennen[49]

5.3.8 De sporen van artikel 7:17 BW

Treedt het regelend recht van artikel 7:17 BW terug nu partijen door het gebruik van artikel 5.3 van de NVM-koopakte hun eigen regeling zijn overeengekomen over de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken? Volgens de Hoge Raad kan de bedoeling die de opstellers met de term 'normaal gebruik' hadden de koppeling met artikel 7:17 lid 2 BW niet bewerkstelligen. Dit betekent echter niet dat aan artikel 7:17 lid 2 BW en de uitleg die hieraan wordt gegeven geen betekenis meer toekomt. Het regelend recht treedt immers alleen terug voorzover partijen hiervan zijn afgeweken. De vraag of zij dat hebben gedaan is weer een vraag van uitleg die in beginsel moet worden beantwoord met behulp van de Haviltex-maatstaf. Het enkele feit dat de betreffende materie in de modelakte is geregeld betekent nog niet dat hiermee op alle punten een afwijking van het regelend recht is beoogd. In standaardovereenkomsten wordt immers ook vaak het regelend recht herhaald. Het gebruik van wettelijke termen als 'normaal gebruik', maar ook woorden als 'bedenktijd', 'tekortkoming', 'ontbinden' en 'voorwaarde' wijzen op een aansluiting bij de betekenis die deze begrippen in hun wettelijke context hebben. Er is geen enkele reden hier een Babylonische spraakverwarring te beginnen. Onjuist lijkt daarom de opvatting van Tjittes dat de uitleg van artikel 7:17 lid 2 BW niet strookt met een uitleg van 'normaal gebruik' naar gangbaar spraakgebruik.[50] Deze visie baseert hij op het Fabels/Meenderink-arrest, waarin de Hoge Raad heeft

48 Zie m.b.t. standaardvoorwaarden Nieuwenhuis 1979, p. 136.

49 Vlaanderen acht in dat geval het betrekken van de uitleg van de opstellers wel redelijk (Vlaanderen 2006, p. 145).

50 Tjittes 2006a, p. 231. Hij herhaalt deze opvatting in: Tjittes 2006b, p. 95-97.

geoordeeld dat artikel 7:17 lid 2 BW met zich meebrengt dat de koper van een woning in beginsel ervan mag uitgaan dat de bouw van een woning (of de verbouwing daarvan) is geschied met inachtneming van de op dat moment geldende voorschriften ook als die voorschriften niet direct betrekking hebben op gebruiksbepalende eigenschappen of veiligheidaspecten van de woning.[51] Tjittes ziet er echter aan voorbij dat de geschiktheid voor 'normaal gebruik' slechts één van de aspecten is bij de vraag of een zaak voldoet aan hetgeen de koper mocht verwachten. Ook andere gebreken dan gebreken die het normale gebruik in de weg staan kunnen leiden tot de conclusie dat niet is voldaan aan de conformiteitseis.[52] Dit is waarop het Fabels/Meenderink-arrest doelt. Het gaat in dit arrest juist niet over het 'normaal gebruik'. Dat het wettelijke begrip 'normaal gebruik' niet zou moeten worden uitgelegd naar de betekenis volgens het gangbare taalgebruik kan daarom niet uit dit arrest worden afgeleid.[53]

Een arrest van het Hof Arnhem biedt een voorbeeld van een uitleg waarin de bewoordingen worden gelezen in hun wettelijke betekenis.[54] In deze zaak kocht een huisvrouw van een besloten vennootschap met de naam 'Recreatie Beheer B.V.' een recreatiewoning. In rechte heeft koper echter erkend dat zij ter zake van deze overeenkomst er voor heeft gekozen om als kleine ondernemer in de zin van de BTW te worden aangemerkt. Het hof gaat er daarom vanuit dat artikel 7:2 BW hier niet van toepassing is, zodat de koper geen beroep heeft kunnen doen op de wettelijke bedenktijd. In de op verzoek van Recreatie Beheer B.V. door de notaris opgestelde koopakte was echter in artikel 8 wel een bedenktijd opgenomen. Deze luidde als volgt: 'gedurende drie dagen nadat een afschrift van dit koopcontract aan koper ter hand is gesteld, heeft koper het recht de koop te ontbinden'. Anders dan in artikel 7:2 BW was de bevoegdheid tot ontbinding niet beperkt tot kopers die niet handelen in de uitoefening van het beroep of bedrijf en ook niet tot koopovereenkomsten met betrekking tot onroerende zaken tot bewoning bestemde onroerende zaken. De vraag was of deze bedenktijd nu inging bij de ondertekening van het contract door de koper (17 september 2004) of pas nadat de koper een exemplaar had ontvangen dat door beide partijen was getekend (30 september 2004). Het beding als zodanig kan zo worden uitgelegd dat de bedenktijd al op 17 september is aangevangen. Een uitleg op basis van artikel 7:2 BW zou er evenwel op wijzen dat de bedenktijd pas op 30 september zou zijn ingegaan. Het hof gaat er niet zonder meer van uit dat geïntimeerde mocht

51 HR 25 februari 2005, *JOR* 2005, 168 m.nt. J.J. Dammingh; Fabels/Meenderink.

52 Conclusie A-G Strikwerda (alinea 16) voor HR 25 februari 2000, *JOR* 2005, 168 m.nt. J.J. Dammingh; Fabels/Meenderink. Zie ook Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 343.

53 Zie voor een met de interpretatie van Tjittes vergelijkbare opvatting over dit arrest: Van Rossum 2006, p. 362.

54 Hof Arnhem 7 maart 2006, *LJN* AV4864.

menen dat zij, nu dit beding was opgenomen, dezelfde rechtsbescherming genoot die artikel 7:2 BW biedt aan de koper. Volgens het hof komt het daarom aan op de uitleg van het schriftelijk beding. In de uitspraak wordt voor de te hanteren maatstaf vrijwel letterlijk aangesloten bij het DSM/Fox-arrest. Op grond van een taalkundige uitleg van artikel 8 van de overeenkomst is het hof van oordeel dat onder terhandstelling van een afschrift van het koopcontract redelijkerwijze slechts kan worden begrepen terhandstelling van een afschrift van het door beide betrokken partijen getekende contract. Het hof voegt er evenwel aan toe dat ook waarde moet worden gehecht aan de omstandigheid dat partijen, gelet op de inhoud en de bewoordingen van het beding, kennelijk hebben beoogd aansluiting te zoeken bij het bepaalde in artikel 7:2 BW.

De betekenis die bepaalde wettelijke begrippen hebben zijn van waarde bij de uitleg van contractuele bedingen waarin deze begrippen ook worden gehanteerd. Uit het arrest van het Hof Arnhem volgt evenwel dat dit nog niet met zich meebrengt dat het beding dezelfde rechtsgevolgen heeft als de betreffende wettelijke bepaling(en). Op grond van artikel 7:2 BW kwam deze koper immers in het geheel geen bedenktijd toe. Nu dat op grond van een contractueel beding wel zo was had deze bedenktijd dezelfde gevolgen als zijn wettelijke evenknie.

Het lijkt mij onaannemelijk dat de Hoge Raad op voorhand het begrip 'normaal gebruik' bij de toepassing van artikel 7:17 lid 2 BW anders zou uitleggen dan wanneer het door partijen met betrekking tot de conformiteitseis in hun contract is opgenomen. Dit zal ook gelden bij andere wettelijke begrippen zoals het begrip bedenktijd dat in het arrest van het Hof Arnhem aan de orde kwam. Of partijen nu aansluiten of afwijken van de wet, steeds contracteren zij in het referentiekader van die wet. Wanneer men nu de begrippen die ook in de wet voorkomen anders gaat uitleggen dan in hun wettelijke context zal men heel moeilijk kunnen beoordelen of partijen nu wel of niet afwijken van de wet. Wie wil meten of een voorwerp groter of kleiner is dan een ander voorwerp zal toch steeds dezelfde maatstaf moeten gebruiken.

5.3.9 Handhaving van de Haviltex-maatstaf

De bepalingen die in een modelakte zijn opgenomen moeten worden uitgelegd met behulp van de Haviltex-maatstaf.[55] De betekenis die de woorden in het gangbare spraakgebruik hebben spelen een belangrijke rol bij de in dit kader te wegen omstandigheden met betrekking tot de vraag wat partijen over en

55 Van Rossum ziet keuze voor de Haviltex-maatstaf als een niet vanzelfsprekend uitgangspunt, omdat het hier gaat om standaardbedingen (Van Rossum 2006, p. 363).

weer hebben verklaard en waarop zij te dien aanzien over en weer mochten vertrouwen. Bovendien vormt deze 'uitleg naar gangbaar spraakgebruik' het uitgangspunt bij de vraag wie de omstandigheden die bij de uitleg een rol zouden kunnen spelen moet stellen en bewijzen. A priori kan derhalve niet worden gezegd dat bij de uitleg van modelakten een meer objectieve dan wel een meer subjectieve benadering wordt gekozen. Van een principieel andere wijze van uitleg dan bij de uitleg van 'gewone' schriftelijke overeenkomsten kan niet worden gesproken. Bij de vraag in hoeverre bepaalde mededelingen die in een akte zijn neergelegd van contractuele betekenis zijn blijft de wilsvertrouwensleer richtinggevend. Het gaat erom of met een bepaalde mededeling bijvoorbeeld inderdaad een garantie is bedoeld en of de wederpartij dat zo had mogen begrijpen. De bedoeling van de opstellers van de modelakte speelt bij de uitleg geen rol; ook niet als aan deze uitleg in het openbaar kenbaarheid is gegeven. Alleen in het geval dat de bedoeling van partijen door de bedoeling van de opstellers is beïnvloed kan deze bij de afweging van omstandigheden in aanmerking worden genomen. Teksten en begrippen die in eenzelfde context (bijv. conformiteit) ook in de wet worden gebruikt dienen in beginsel op dezelfde wijze te worden uitgelegd. Het over-en-weer-criterium uit het Haviltex-arrest blijft de te hanteren maatstaf. Een maatstaf die inmiddels is bevrijd van het imago dat woorden nooit duidelijk zouden zijn.

5.4 De betekenis van de bijstand van de notaris[56]

5.4.1 Preventieve rechtsbescherming

In de juridische literatuur wordt regelmatig bepleit dat de bescherming van partijen bij de koop van een onroerende zaak zou moeten geschieden door een notariële akte als vormvereiste voor te schrijven.[57] Door de *Belehrung* van de notaris wordt een goede wilsvorming van partijen bevorderd. Het gaat hier zowel om de bescherming van partijen tegen zichzelf (zoals eigen juridische onkunde) als tegen elkaar. De inschakeling van de notaris bij het sluiten van een koopcontract beschermt partijen preventief tegen een onjuiste voorstelling van zaken.[58] Voorkomen moet immers worden dat zij een overeenkomst sluiten, waarvan zij de rechtsgevolgen niet kunnen overzien of bij het aangaan van de verbintenissen uitgaan van veronderstellingen die niet sporen met de werkelijkheid of de uitgangspunten van de wederpartij. Ons contractenrecht heeft de mechanismen om achteraf, wanneer de overeenkomst al is gesloten,

56 In deze paragraaf is de enigszins aangepaste inhoud opgenomen van hetgeen eerder is gepubliceerd in Huijgen & Breedveld-de Voogd 2003, p. 115-127.

57 De Boer 1993, p. 1243-1244; Luijten 1993, p. 129-134; Castermans 1992, p. 271-274; Hensen 1992, p. 1484-1490; Croes 2001, p. 336-339; Hijma 2003a, p. 101.

58 Van Mourik 1973, p. 13.

deze fouten bij de totstandkoming van een overeenkomst voor zoveel mogelijk te herstellen. Bij de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen verschaft de wilsvertrouwensleer goede diensten (art. 3:33 en 35 BW). Voor de uitleg van een overeenkomst wordt getoetst aan de Haviltex-maatstaf. En bij bedrog, misbruik van omstandigheden en dwaling kan de overeenkomst (gedeeltelijk) worden vernietigd. Ook bij de beantwoording van de vraag of een partij tekortkomt in de nakoming van een verbintenis zal het voortraject van de overeenkomst ter sprake worden gebracht: zijn bepaalde lasten en beperkingen door de koper aanvaard (art. 7:15 BW), mocht hij erop vertrouwen dat bepaalde gebreken afwezig waren (art. 7:17 BW)? Het nadeel van al deze mogelijkheden is dat het kwaad al is geschied. Het recht ontkomt er dan niet aan de ene partij gelijk te geven en de andere niet.[59] Ook een schuldloos misverstand zal voor risico van de een of van de ander komen. De preventieve inschakeling van de notaris beoogt te voorkomen dat een contractuele hersteloperatie met de onvermijdbare littekens nodig is.

Maar met de inschakeling van de notaris is het kwaad niet uit de wereld. Wat gebeurt er als ondanks zijn uitleg en *Belehrung* koper en verkoper na het sluiten van de overeenkomst in conflict geraken? In hoeverre heeft deze aan beide partijen toegevoegde deskundigheid invloed op de beantwoording van de vragen die het contractenrecht ons stelt? Mocht de verkoper er gerechtvaardigd op vertrouwen dat het pad achter de schuur niet in de koop begrepen was? Kwam de dwaling niet voor rekening van de koper zelf, omdat hij had moeten onderzoeken of er een bestemmingsplan van toepassing was? Hierna wordt nagegaan op welke wijze in de contractuele beoordeling moet worden meegewogen dat partijen door de inschakeling van de notaris meer wisten (of konden weten) dan zonder zijn bemoeienissen. Hiervoor zal eerst ter sprake komen welke eisen ons recht aan de notariële beroepsuitoefening stelt.

5.4.2 De zorgplicht van de notaris

De zorgvuldigheidsnorm waaraan de notariële beroepsuitoefening wordt getoetst is terug te vinden in de arresten die handelen over de vraag of een notaris aansprakelijk is tegenover een der partijen bij een rechtshandeling waarbij de notaris betrokken was.[60] Nu kan er veel mis gaan in de notariële

59 Met de invoering van het nieuw BW zijn de mogelijkheden om de pijn te verdelen wel uitgebreid. Hierbij moet onder meer worden gedacht aan art. 6:230 BW (wijziging overeenkomst bij dwaling) en art. 6:265 en 270 BW (gedeeltelijke ontbinding).

60 De notaris kan onder omstandigheden ook jegens derden aansprakelijk zijn (zie o.a. HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627, 628, en HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 629, m.nt. WMK (onder *NJ* 1996, 629); THB-arresten). Aangezien we ons beperken tot de invloed op de verhouding tussen partijen, wordt de zorgplicht ten opzichte van derden hier verder buiten beschouwing gelaten.

praktijk: geheimhoudingsplichten kunnen worden geschonden, koopsommen kunnen te vroeg worden uitbetaald, testamenten kunnen te laat worden opgesteld....[61] Maar daar gaat het nu niet over. Bij de totstandkoming van een overeenkomst staat met het oog op de notariële zorgplicht de vraag centraal wat van de notaris mag worden verwacht bij zijn onderzoek naar wat partijen voor ogen staat en de weergave hiervan in de door hem op te stellen akte. In de jurisprudentie keren twee maatstaven steeds terug.

De eerste maatstaf is uit het zogenoemde Groninger notaris-arrest.[62] Een notaris stelt aan een collega, die in financiële problemen was geraakt, voor het stelsel van vruchten en inkomsten, waarin hij was gehuwd, te wijzigen in een wettelijke gemeenschap, zodat hij kon profiteren van het eigen geld van zijn vrouw. De vrouw werk hieraan mee, maar beseft niet wat ze doet. Na de ontbinding van de huwelijksgoederengemeenschap blijkt haar vermogen vrijwel geheel te zijn aangewend voor de schulden van haar man. De vrouw stelt de notaris, die de akte tot opheffing van de huwelijkse voorwaarden heeft verleden, aansprakelijk. Zij heeft hierin uiteindelijk succes. De Hoge Raad overweegt dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie dan een zakelijke toelichting op de akte en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's. De notaris, die de akte heeft gepasseerd, wist dat er gerede kans bestond dat het risico voor de vrouw, dat aan de transactie was verbonden, zich zou verwezenlijken. Onder deze omstandigheden heeft de notaris aan de omzetting niet mogen meewerken dan na zich ervan te hebben vergewist dat de vrouw, die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende besefte. De Hoge Raad onderbouwt deze zorgplicht als volgt:

> 'De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.'

De tweede maatstaf is geformuleerd in het Credit Lyonnais Bank/T-arrest.[63] De persoon, die namens de bank meewerkt aan een vijftal akten van schuldoverneming, blijkt achteraf niet bevoegd te zijn de bank te vertegenwoordigen. De bank verwijt de notaris hiernaar onvoldoende onderzoek te hebben gedaan. De Hoge Raad formuleert de zorgplicht die op de notaris rust op grond

---

61 Zie als voorbeelden van de eerste twee gevallen resp. HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 423 m.nt. WMK; Ouwendijk c.s./Pons en HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 m.nt. WMK; Baarns beslag.

62 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL; Groninger notaris.

63 HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. EAAL (onder *NJ* 1991, 474); Credit Lyonnais Bank/T.

waarvan hij nauwkeuriger onderzoek naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid had moeten verrichten:

> 'Deze verplichting vloeit voort uit de op de notaris rustende zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de akte opgenomen rechtshandelingen. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt de meerbedoelde verplichting jegens alle belanghebbenden, waaronder degene die als vertegenwoordigde in de akte is vermeld.'

Het is deze zwaarwegende zorgplicht voor het intreden van de door partijen beoogde rechtsgevolgen die de kern vormt van de notariële beroepsuitoefening. Deze norm plaatst de notaris midden in het rechtssysteem. Is er sprake van vertegenwoordiging, dan moet hij nagaan of de vertegenwoordiger vertegenwoordigingsbevoegd is. Bij overdracht van een goed controleert hij of aan de vereisten van artikel 3:84 BW voldaan is. Hij rechercheert of degene die overdraagt volledig beschikkingsbevoegd is en of er sprake is van een geldige titel. Ook gaat hij na of de rechtshandeling die wordt verricht wel wordt gedragen door de wil van partijen (art. 3:33 BW) en niet bloot staat aan vernietiging op grond van enig wilsgebrek of op grond van een andere wettelijke grond, zoals artikel 1:88 BW.[64] Dat het recht zijn toepassing vindt al bij het verrichten van de rechtshandeling en niet alleen bij de beoordeling daarvan achteraf is de zwaarwegende plicht van de notaris. De notaris behoort niet te treden in de wilskeuze van partijen. De rechtsgevolgen, die partijen beogen, zijn voor hem een gegeven. Maar tot zijn verantwoordelijkheid behoort wel te controleren of de wilsvorming van partijen op weloverwogen wijze heeft plaatsgehad, want dit behoort tot de uitgangspunten in het recht.

De eerste maatstaf uit het Groninger notaris-arrest is een op de vrije wilsvorming toegespitste uitwerking van de zwaarwegende zorgplicht voor hetgeen partijen beogen te bewerkstelligen. Boks bepleit in haar proefschrift het tegenovergestelde. De zwaarwegende zorgplicht uit onder meer het Credit Lyonnais-arrest (door haar algemene informatieplicht genoemd) is volgens haar 'wezenlijk verschillend' van de waarschuwingsverplichting uit het Groninger notaris-arrest. De verplichting om te waarschuwen voor aan de rechtshandeling verbonden risico's is volgens Boks niet zozeer bedoeld om een akte tot stand te brengen die niet bloot staat aan nietigheid of vernietigbaarheid als wel om de *individuele* cliënt te beschermen. Aan de waarschuwingsplicht ligt naar haar mening heel duidelijk een *beschermingsgedachte* ten grondslag.[65] Boks doet ons privaatrecht tekort. De nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen zijn geen pesterijtjes van het recht die de notaris moet omzeilen, omdat

64 HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 594 m.nt. WMK; Van Stipthout.
65 Boks 2002, p. 85-86.

anders de rechtsgevolgen niet intreden. Zij zijn de neerslag van de gedachte dat de rechtshandeling zijn grondslag vindt in de *vrije* wilskeuze van partijen.[66] Deze vrijheid heeft, zoals Nieuwenhuis eerder uiteen heeft gezet, een dubbel aspect: de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang. Wie dwaalt, misleid wordt of niet begrijpt welke rechtshandeling hij verricht is in eerstgenoemde zin 'onvrij'. Nieuwenhuis vergelijkt hem met Plato's grotbewoner.[67] Dat de notaris in dienst staat van deze contractvrijheid lezen we terug in het Groninger notaris-arrest: de notaris had aan de omzetting niet mogen meewerken dan na zich ervan te hebben vergewist dat de vrouw, die naar hij wist juridisch een leek was, dat risico voldoende besefte. Zag de vrouw in wat ze deed en was haar keuze voor de gemeenschap van goederen niet verduisterd en gebonden geweest door juridische onkunde en het opzetje van haar man en zijn collega, dan had de notaris haar wilskeuze moeten respecteren, ook al was dat misschien niet zijn eigen voorkeur geweest.

Wanneer de notaris wordt ingeschakeld bij de totstandkoming van de koopovereenkomst rust op hem de zwaarwegende zorgplicht voor het intreden van de door partijen beoogde rechtsgevolgen. Bij de wilscontrolerende functie die hij in dit kader heeft zal hij moeten nagaan of zowel koper als verkoper beseffen wat zij overeenkomen en of deze keuzes niet in dwaling in de ruime zin van het woord zijn gemaakt. Beïnvloedt deze preventieve bemoeienis van de notaris bij de contractsluiting de beoordeling van de geschillen die daarna tussen partijen kunnen rijzen?

5.4.3 De totstandkoming van de overeenkomst en de rol van de notaris

Boer Erckens heeft bij onderhandse akte een aantal percelen weiland en een boomgaard verkocht aan de gemeente Bunde voor *f* 175.000 vermeerderd met 'de belastingschade'. Nadat de betreffende percelen zijn overgedragen, betaalt de gemeente *f* 175.000 en een bedrag van *f* 2151,50. Erckens is echter van mening dat 'de belastingschade' een bedrag van *f* 50.840 bedraagt. Een verschil van bijna *f* 48.000. Het hof overweegt dat Erckens de koopovereenkomst niet zou hebben gesloten indien bij de ondertekening van de onderhandse koopakte duidelijk was geweest dat tussen partijen op dit punt een misverstand aanwezig was. Nu er op dit essentiële onderdeel geen overeenstemming bestond,

66 In sommige gevallen ligt er zelfs een 'beschermingsgedachte' aan ten grondslag, zoals bij art. 1:88 BW. Dit artikel is overigens een mooi voorbeeld van de preventieve toepassing van rechtsregels door de notaris. De notaris gaat altijd na of voor de voorgeschreven rechtshandelingen toestemming door de echtgeno(o)t(e) is gegeven. Zelden wordt – gezien de karige hoeveelheid jurisprudentie op dit gebied – een rechtshandeling vernietigd.

67 Nieuwenhuis 1990, p. 30.

is er volgens het hof geen overeenkomst tot stand gekomen. In cassatie stelt de gemeente Bunde dat het voor de gemeente niet kenbaar is geweest dat Erckens in de door hem gestelde en 'volkomen abnormale' mening verkeerde. Het hof had daarom moeten onderzoeken of de gemeente gerechtvaardigd erop mocht vertrouwen dat Erckens had toegestemd in de vergoeding van de belastingschade in de enge, meer gebruikelijke zin van dat woord. Het arrest van de Hoge Raad is overbekend.[68] Wanneer partijen, die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, hangt het antwoord op de vraag of al of niet een overeenkomst tot stand is gekomen af van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin, die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. De Hoge Raad somt een viertal omstandigheden op die bij de beantwoording van deze vraag een rol kunnen spelen. Twee zijn er voor de rol die de notaris speelt van bijzonder belang: had de uitdrukking een vaste technische betekenis waarvan de fidens mocht verwachten dat ook de andere partij die betekenis kende en had de andere partij zich voorzien van deskundige bijstand waarvan de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte. De achtergrond van beide gezichtspunten is dat de gemeente Bunde had betoogd dat Erckens deskundigen had ingeschakeld die de technische betekenis van het woord belastingschade kenden. Na verwijzing zal het hof onder meer twee vragen hebben moeten onderzoeken: 1) mocht de gemeente Bunde verwachten dat de deskundigen deze technische betekenis kenden en 2) mocht de gemeente ook verwachten dat zij Erckens hierover hebben voorgelicht.[69]

De deskundigen van Erckens waren door hem ingeschakeld om hem in de onteigeningsprocedure, die de achtergrond van de koopovereenkomst vormde, eenzijdig bij te staan. Laten we deze deskundigen wegdenken en ons proberen voor te stellen wat er zou zijn gebeurd als de koopovereenkomst niet in een onderhandse akte, maar in een notariële akte was neergelegd. In plaats van de eenzijdig toegevoegde deskundige verschijnt de notaris als onpartijdige deskundige ten tonele. Wat was zijn rol geweest als partijen hadden voorgesteld als koopprijs op te nemen: 'fl. 175.000 vermeerderd met de belastingschade'? Op hem rust de plicht ervoor te zorgen dat de rechtsgevolgen intreden, die partijen beogen. Hij zal moeten nagaan wat Bunde bedoelt met 'belastingschade' en wat Erckens hiermee wil verklaren. Want alleen wanneer er sprake is van wilsovereenstemming in de ouderwetse zin van het woord, dat wil zeggen dat de wil van de koper en die van de verkoper met elkaar overeenstemmen, kan worden bewerkstelligd dat de rechtsgevolgen intreden

68 HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS; Bunde/Erckens.
69 Zie over dit onderscheid Tjittes 2001, p. 10-11.

die beide partijen beogen. Met andere woorden, wanneer de notaris bij de totstandkoming van de obligatoire overeenkomst was ingeschakeld mocht hij er niet vanuit gaan dat Bunde erop mocht vertrouwen dat Erckens het woord 'belastingschade' in een bepaalde zin had opgevat. Artikel 3:35 BW vindt pas toepassing wanneer een der partijen een beroep doet op het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil. Het is juist de taak van de notaris een gerechtvaardigd beroep hierop te voorkomen.

De notaris moet derhalve nagaan wat het woord 'belastingschade' betekent[70] en of beide partijen deze betekenis begrijpen en onderschrijven. Wanneer de vragen uit het Bunde/Erckens-arrest worden toegespitst op de notaris, kunnen zij bevestigend worden beantwoord. De gemeente Bunde mocht in de door ons aangepaste casus verwachten dat de notaris de technische betekenis kende en mocht er ook vanuit gaan dat hij Erckens hierover had voorgelicht.

5.4.4 De tekst van de notariële akte en de uitleg van de overeenkomst

Dat de woordelijke inhoud van de notariële akte van groot belang is voor de vraag wat partijen zijn overeengekomen, juist omdat de notaris hier een rol speelt, blijkt uit het Wever/Arubabank-arrest.[71]

Wever had ten behoeve van de Arubabank een hypotheek gevestigd op een haar toebehorende zaak. Zij stelde zich evenwel op het standpunt dat zij deze hypotheek had gevestigd onder een bepaalde voorwaarde en dat nu hieraan niet was voldaan de hypotheek niet meer bestond. In de akte van vestiging was deze voorwaarde evenwel niet terug te vinden. Het pleidooi van Wever, dat de bank redelijkerwijze niet zonder nader onderzoek de letterlijke inhoud van de akte kon opvatten in de betekenis die zij aan de te sluiten overeenkomst toekende, vindt geen genade in de ogen van de Hoge Raad. Het is juist andersom:

> 'Het eerste lid van art. 1197 BW Ned. Antillen bepaalt dat hypotheek (…) alleen bij notariële akte kan worden verleend. Gezien deze bepaling, die kennelijk beoogt de belangen van de hypotheekgever afdoende te beschermen, en omdat anders de noodzakelijke zekerheid van het rechtsverkeer op onaanvaardbare wijze zou worden verzwakt, moet worden aangenomen dat in de regel de hypotheeknemer zonder meer ervan mag uitgaan dat de door de hypotheekgever ondertekende notariële akte diens bedoelingen juist en volledig weergeeft. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan de hypotheeknemer wellicht verplicht zijn tot een nader onderzoek (…).'

---

70 Aan te bevelen is deze definitie dan ook in de akte op te nemen.
71 HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 m.nt. WMK; Wever/Arubabank.

Bij de beantwoording van de vraag wat partijen over en weer hebben verklaard en wat zij daarmee hebben bedoeld is het feit dat deze verklaringen in een notariële akte zijn neergelegd van betekenis, omdat het de taak van de notaris is de bedoelingen van partijen juist en volledig in de akte te verwoorden. Hij dient een en ander na te gaan en bij partijen te verifiëren.

Maar hoe meer men ervan uit mag gaan dat vooraf wilscontrole ter bescherming van partijen heeft plaatsgehad, hoe minder achteraf een partij wiens bedoeling niet goed in de akte wordt weergegeven wordt beschermd. Kleijn wijst in zijn noot onder het Wever/Arubabank-arrest op deze paradox. De ratio van het notariële vormvereiste 'bezint eer gij begint' brengt volgens deze uitspraak met zich dat de notaris de verklaring van degene, die door dit vereiste beschermd wordt, aan een extra notariële controle onderwerpt. Het arrest maakt eveneens duidelijk wat achteraf het effect is van deze wilscontrole op de toepassing van de wilsvertrouwensleer. Van deze controle geniet de wederpartij van de door het vormvereiste beschermde partij. Deze wederpartij mag er immers vanuit gaan dat de wilsuiting van de beschermde partij in de notariële akte, diens bedoelingen juist en volledig weergeeft. Kleijn concludeert bondig: 'een wederpartij is dus zeer snel een fidens en de notaris is dus sneller aansprakelijk als de door het vormvereiste beschermde partij een nolens blijkt te zijn'.

5.4.5 Mededelingsplicht, onderzoeksplicht en de rol van de notaris

Partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een overeenkomst moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.[72] Deze uit de goede trouw voortvloeiende norm is de grondslag voor de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper. Deze plichten spelen een hoofdrol zowel bij dwalingsgevallen als bij de vraag of de koper tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen (art. 7:15 en 7:17 BW). Op de verkoper rust een mededelingsplicht ten aanzien van eigenschappen van de zaak, waarvan hij weet of behoort te begrijpen dat deze voor de koper essentieel zijn. Schendt hij deze plicht dan zou de koper de overeenkomst kunnen vernietigen op grond van dwaling (art. 6:228 lid 1 sub b BW). Anderzijds behoort een koper te onderzoeken of de zaak die hij koopt voldoet aan hetgeen hij ervan verwacht, op straffe van de mogelijkheid dat eventuele dwaling voor zijn rekening komt (art. 6:228 lid 2). Artikel 7:15 BW bepaalt dat een verkochte zaak vrij moet zijn van alle bijzondere lasten en beperkingen, tenzij de koper die uitdrukkelijk heeft aanvaard. Dit impliceert weer een mededelingsplicht van de verkoper. En voorzover het om materiële gebreken gaat wordt bepaald dat de zaak aan de

72 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR; Baris/Riezenkamp.

overeenkomst voldoet als zij de eigenschappen bezit die de koper mocht verwachten (art. 7:17 BW). Wat de koper mag verwachten wordt in belangrijke mate bepaald door de mededelingen die de verkoper al dan niet heeft gedaan en door de resultaten van het onderzoek wat de koper heeft gedaan of had moeten doen. Een steeds weerkerende vraag in gevallen waarbij een gebrekkige zaak is geleverd is: rustte er op de verkoper een mededelingsplicht ten aanzien van dit gebrek, of had de koper hiernaar zelf onderzoek moeten doen. Wie voor het antwoord op zoek is naar *hard and fast rules* zal deze alleen vinden in artikel 7:15 BW. Voor het overige zullen vele gezichtspunten de revue passeren: wat wist de verkoper, hoe groot was het gebrek, belemmerde het het normale gebruik, had de verkoper het (daarom) behoren te weten, kon de koper het gebrek waarnemen, zag hij de ernst ervan in, heeft hij de verkoper vragen gesteld en zo ja wat was het antwoord, is er wellicht een impliciete garantie gegeven, hoe oud was de zaak en hoe hoog de prijs, waren de verkoper of de koper deskundig of werden zij bijgestaan door deskundigen of hadden zij een deskundige moeten inschakelen? Soms lijkt – tot vreugde van studenten én docenten – zich een vaste regel af te tekenen: de verkoper die een mededelingsplicht heeft geschonden mag zich er niet op beroepen dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling aan zichzelf heeft te wijten.[73] Maar ook hier is de relativering reeds ingebakken. De vraag óf een mededelingsplicht is geschonden hangt weer af van de vraag of de verkoper erop mag vertrouwen dat de koper zelf een onderzoek zal instellen.[74] De mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper kunnen niet onafhankelijk van elkaar worden vastgesteld. Het zijn in de woorden van Nieuwenhuis 'communicerende vaten'.[75] Welke rollen speelt de notaris in dit precontractuele schouwspel, indien hij bij de totstandkoming van de overeenkomst wordt betrokken? Er zijn drie rollen te onderscheiden. In de eerste plaats zal hij ervoor moeten zorgen dat er sprake is van 'communicerende partijen'. In de tweede plaats zal hij deze communicatie moeten vastleggen. Ten slotte speelt hij ook op bepaalde punten de rol van aan beide partijen toegevoegd deskundige.

Waarom moet de notaris zorgen voor 'communicerende partijen'? Wie een zaak verkoopt dient in de eerste plaats zijn eigen belang: meestal het verkrijgen van een zo hoog mogelijke koopprijs. Voor een ieder is wel duidelijk dat je hierbij geen bedrog mag plegen of leugens mag vertellen door bijvoorbeeld een lek zwembad vlak voor de bezichtiging te vullen of hoog op te geven van de rustige omgeving wanneer je weet dat de Hogesnelheidslijn vlak achter

73 HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS; Van Beek/Van Dartel en HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK; Offringa/Vinck.

74 HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK; Offringa/Vinck en HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300; Hoog Catharijne.

75 Nieuwenhuis 1985, p. 318.

de achtertuin komt te liggen. Maar niet iedere verkoper weet dat je de koper ongevraagd moet wijzen op onzichtbare of zelfs zichtbare gebreken. Hier ligt een taak van de notaris. Hij moet cliënten informeren en uiteenzetten dat het van belang is dat de verkoper de koper op de hoogte stelt van de gebreken en de koper de verkoper duidelijk maakt of hij van de zaak een bijzonder gebruik wil gaan maken. Hij zal er in bepaalde gevallen op wijzen dat verkoper of koper er goed aan doet bepaalde dingen al dan niet met behulp van deskundigen te laten onderzoeken. De notaris hoeft zelf geen bodemmonsters te nemen, maar hij moet wel aan verkoper vragen of er een olietank in de grond zit.[76] De meeste modelaktes behandelen de belangrijkste gebreken die aan een onroerende zaak verbonden kunnen zijn, zoals bodemverontreiniging en asbest. Ook wordt standaard vermeld waarvoor de koper de zaak wil gaan gebruiken. Dit alles is geen garantie dat achteraf geen tekortkoming of dwaling meer zal worden geconstateerd. Een zaak kan meer gebreken hebben dan een fantasierijke notaris kan verzinnen en partijen kunnen – tegen de informatieverstrekking van de notaris in – een verkeerde voorstelling van zaken geven. Het is daarom niet zo dat indien een bepaald punt niet aan de orde is gekomen of door een partij onjuist is gepresenteerd, de notaris hiervoor zonder meer aansprakelijk is. Dat neemt niet weg dat de informatieverstrekking met betrekking tot de mededelingsplicht en onderzoeksplicht behoort tot de zorgplicht van de notaris, ter bescherming van partijen tegen hun eigen juridische onkunde. In zoverre zal de inschakeling van de notaris in de totstandkomingsfase geen invloed hebben op de vraag op wie een onderzoeksplicht rust en op wie een mededelingsplicht. Het verschil is dat beide partijen zich nu van deze plichten vooraf bewust zijn.

Dat de notaris in de akte neerlegt wat aan partijen over de zaak bekend is en wat zij elkaar hebben meegedeeld ligt voor de hand. Het gaat hier tenslotte om wat de koper mag verwachten en dus om de inhoud van de overeenkomst. De authentieke akte levert tegenover een ieder dwingend bewijs over de vraag of degene die de akte heeft ondertekend datgene wat volgens de akte door hem is meegedeeld ook werkelijk door hem is verklaard, behoudens tegenbewijs (art. 157 lid 1 Rv.).[77] Zo wordt hierdoor niet bewezen dat er geen olietank in de grond zit, maar wel dat de verkoper dit aan de koper heeft meegedeeld. Dit laatste kan de koper in een procedure te pas komen ter onderbouwing van zijn stelling dat hij mocht verwachten dat er geen olietank in de grond zat.

76 Zie over deze rol van de notaris: Castermans 1992, p. 273.

77 Wanneer vaststaat dat de handtekening van de verklarende partij echt en er niet met de tekst is geknoeid, zal dit bewijs (in ieder geval tussen partijen) overigens ook uit een onderhandse akte voortvloeien.

Tenslotte de notaris als toegevoegd deskundige. Het onderzoek naar privaatrechtelijke lasten en beperkingen die op een onroerende zaak kunnen rusten behoort tot zijn competentie. Hij voorziet partijen van de informatie over de vraag of de zaak met erfdienstbaarheden is belast, kettingbedingen van toepassing zijn of beslagen zijn ingeschreven. In de relatie tussen partijen geldt dat de verkoper de zaak vrij van deze lasten en beperkingen moet leveren, tenzij de koper ze uitdrukkelijk aanvaardt (art. 7:15 BW). Dit betekent dat wanneer een dergelijke last of beperking door de notaris over het hoofd wordt gezien het risico hiervoor in de relatie tussen koper en verkoper op de laatste komt te rusten.[78]

Met betrekking tot de publiekrechtelijke lasten en beperkingen zijn er twee problemen. In de eerste plaats worden de meeste publiekrechtelijke lasten en beperkingen door de notaris niet uitgezocht, omdat deze niet in de openbare registers zijn terug te vinden en het ondoenlijk is bij alle bestuursorganen die een beperking in het leven kunnen hebben geroepen navraag te doen. Op dit gebied is de notaris (nog) geen toegevoegd deskundige. Dit kan anders worden wanneer het wetsvoorstel 'Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen' geldend recht is.[79] De onder deze wet vallende publiekrechtelijke beperkingen kunnen dan in de openbare registers van het Kadaster en in een gemeentelijk register worden teruggevonden. Het tweede probleem betreft de vraag of publiekrechtelijke beperkingen als juridische gebreken vallen onder artikel 7:15 of 7:17 BW. In het Bos/Smeenk-arrest heeft de Hoge raad beslist dat voor het antwoord op de vraag of artikel 7:15 BW van toepassing is, bepalend is of de lasten op het desbetreffende goed in het bijzonder rusten en niet of het gaat om lasten met een publiekrechtelijk karakter. Dit betekent dat ook publiekrechtelijke beperkingen onder artikel 7:15 BW vallen, wanneer deze geen algemeen karakter hebben. Het gaat alleen om lasten die op het desbetreffende goed in het bijzonder rusten en niet om lasten zoals belastingen en retributies, die drukken op alle zaken van dezelfde soort zoals bijvoorbeeld onroerende zaaksbelasting. Met betrekking tot ruilverkavelingslasten oordeelt de Hoge Raad dat deze zijn aan te merken als bijzondere lasten of beperkingen waarop artikel 7:15 BW van toepassing is.[80] Evenals bij de privaatrechtelijke lasten geldt hier dat de verkoper de zaak vrij van deze bijzondere publiekrechtelijke

78 Dit behoudens de mogelijkheid dat in de (koop)akte met een algemeen geformuleerde clausule alle lasten en beperkingen door de koper zijn aanvaard en een dergelijke clausule (ook in deze situatie) als een uitdrukkelijke aanvaarding in de zin van art. 7:15 BW heeft te gelden. Zie over deze problematiek o.m. Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 279 en Huijgen 2003, nr. 18b.

79 Wetsvoorstel kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 218, nrs. 1-5; *Kamerstukken I* 2001/02-2003/04, 28 218, nrs. 399, A en B. Wetsvoorstel Invoeringswet Wet kenbaarheid publiekrechtelijke beperkingen onroerende zaken, *Kamerstukken II* 2005/06-2006/07, 30 608, nrs. 1-7.

80 HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 635 m.nt. WMK; Bos/Smeenk.

lasten en beperkingen moet leveren, tenzij de koper ze uitdrukkelijk aanvaardt. Maakt de notaris een fout dan komt dit voor risico van de verkoper. Wanneer de publiekrechtelijke beperkingen een algemeen karakter hebben en daarom *uitsluitend* onder artikel 7:17 BW vallen, kan niet in zijn algemeenheid worden gezegd voor wiens risico door de notaris verschafte onjuiste informatie zal komen. Dit zal naar mijn mening in beginsel afhangen van het antwoord op de vraag of de betreffende publiekrechtelijke beperking, los van de notariële informatievoorziening, onder de mededelingsplicht van de verkoper of onder de onderzoeksplicht van de koper viel.

5.4.6 Samenvatting van de contractuele effecten

De preventieve bemoeienis van de notaris bij de contractsluiting zal zijn invloed doen gelden op de wijze waarop geschillen, die daarna tussen partijen kunnen rijzen, worden beslist. Bij de toepassing van de wilsvertrouwensleer zien we een paradoxaal effect. De wederpartij van de door de wilscontrole beschermde partij heeft hiervan achteraf profijt. Deze wederpartij mag er immers vanuit gaan dat de wilsuiting van de beschermde partij in de notariële akte, diens bedoelingen juist en volledig weergeeft. Bij de mededelingsplicht en onderzoeksplicht van respectievelijk verkoper en koper zijn drie effecten waar te nemen. In de eerste plaats zal de inschakeling van de notaris in de totstandkomingsfase de rechtens relevante communicatie tussen partijen bevorderen. Zij zijn zich nu vooraf bewust van hun mededelings- en onderzoeksplichten. Op de juridische vraag achteraf op wie een onderzoeksplicht rust en op wie een mededelingsplicht heeft de inschakeling van de notaris geen effect. Hij zet zijn deskundigheid immers op onpartijdige wijze in. In de tweede plaats is de notariële akte in bewijsrechtelijke zin van belang bij de beantwoording van de vraag wat partijen aan elkaar hebben medegedeeld. In de derde plaats verschaft de notaris partijen ook informatie die door hem is ingewonnen. Het gaat hier om de bijzondere lasten en beperkingen die in de openbare registers zijn terug te vinden. Door de werking van artikel 7:15 BW zullen eventuele gebreken in deze informatieverschaffing in de relatie tussen koper en verkoper in beginsel voor risico van de laatste komen.

De inschakeling van de notaris heeft als belangrijkste reden dat wordt bevorderd dat partijen op grond van de juiste overwegingen de beoogde rechtshandeling verrichten. Daardoor worden conflicten voorkomen en zal minder snel een beroep op de rechter behoeven te worden gedaan. Toch kan ondanks de uitleg en *Belehrung* van de notaris een geschil tussen partijen ontstaan. In dat geval kan de preventieve inschakeling van de notaris doorklinken in de beoordeling door de rechter van de contractuele verhouding tussen partijen.

5.5 De uitleg van de akte van levering[81]

5.5.1 Haviltex-maatstaf of objectieve uitleg?

Hoe moet een overeenkomst worden uitgelegd? Steeds keert het dilemma terug: moeten we ons beperken tot een taalkundige uitleg of moet, ondanks het geschreven woord, de werkelijke bedoeling van partijen centraal staan? Bij de obligatoire overeenkomst ligt de nadruk op de laatste methode. De vraag is nu of dit ook moet gelden voor de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst. Hoe bepaalt men wat wel en wat niet door de verkoper aan de koper in eigendom is overgedragen? Gaat het hierbij uitsluitend om een objectief uit de bewoordingen van de akte van levering af te leiden feit of moet de werkelijke bedoeling van partijen maatgevend zijn? In het Stichting Eelder Woningbouw-arrest komt het volgens de Hoge Raad aan op de in de notariële akte van levering opgenomen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak, welke omschrijving naar objectieve maatstaven moet worden uitgelegd.[82] Deze objectieve uitleg lijkt te verschillen van de uitleg van de titel van de levering. Voor de uitleg van de koopovereenkomst geldt immers de meer subjectieve uitlegmethode uit het Haviltex-arrest. In deze paragraaf wordt uiteengezet waarom het op verschillende wijzen uitleggen van de koop- en goederenrechtelijke overeenkomst[83] niet gewenst is. Ten slotte wordt beschreven hoe de uitleg van beide overeenkomsten op eenvormige wijze kan plaatshebben.

5.5.2 Het Stichting Eelder Woningbouw-arrest

Bij brief van 6 december 1985 biedt de Stichting Eelder Woningbouw aan de huurders van haar woningen in de wijk Paalakker te Eelde de door hen gehuurde woningen te koop aan. Deze woningen maken deel uit van een blok huizen met voor- en achtertuinen en schuurtjes, die aan elkaar zijn gebouwd. De achtertuinen worden van het daarachter liggende (tegel)pad afgescheiden door de schuurtjes. De woningen worden verhuurd zonder dat het pad deel uitmaakt van het gehuurde.

Ook Van Kammen c.s. aanvaarden het aanbod met betrekking tot hun huis. Op 24 oktober 1986 wordt de akte van levering verleden. Deze akte vermeldt onder meer dat de kopers het gekochte 'aanvaarden, zoals reeds bij de kopers

---

81 Met uitzondering van par. 5.5.15 en 5.5.16 is dit stuk eerder gepubliceerd in Breedveld-de Voogd 2002, p. 244-255.

82 HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 m.nt. WMK; Stichting Eelder Woningbouw.

83 Vóór de invoering van het huidig BW in 1992 werd meestal de term 'zakelijke overeenkomst' gebruikt.

in huur, in de staat waarin een en ander zich heden bevindt (…)'. Blijkens de akte is aan Van Kammen c.s. overgedragen 'de woning met schuurtje, erf en tuin, plaatselijk bekend Eelde, [a-straat 1], uitmakende een ter plaatse afgebakend gedeelte van het perceel kadastraal bekend gemeente Eelde, sectie D. nr. 3532'. Ten behoeve van het perceel als heersend erf en ten laste van de daarachter en daarnaast gelegen paden als lijdende erven is bij deze akte een erfdienstbaarheid van weg gevestigd. De akte vermeldt niet de grootte van het perceel en is in de openbare registers ingeschreven zonder kaart.

Op 1 oktober 1987 en op 23 oktober 1990 wordt het perceel kadastraal uitgemeten. Op aanwijzing van een medewerker van de Stichting wordt als grens van het perceel aangemerkt het midden van het achter de woning gelegen pad. Het perceel heeft als kadastraal nummer gekregen sectie D nummer 4335. De grootte van het perceel is vastgesteld op 1,52 are. De Stichting komt na enige tijd tot de ontdekking dat bij deze kadastrale uitmeting een fout is gemaakt als gevolg van de onjuiste aanwijzing ter plaatse. Zij vordert daarom medewerking van Van Kammen c.s. aan de herziening van de kadastrale uitmeting. Van Kammen c.s. voeren hiertegen aan dat hen wel degelijk ook het halve pad is verkocht en geleverd, dat zij daarvan eigenaren zijn en dat bij de kadastrale uitmeting geen fout is gemaakt. De rechtbank wijst de vordering van de Stichting toe. Het hof daarentegen laat Van Kammen c.s. toe tot bewijs van hun stelling dat bij de koop van het huis is inbegrepen de helft van het pad dat achter dit huis gelegen is. Het hof acht in zijn eindarrest Van Kammen c.s. in dit bewijs geslaagd en vernietigt het vonnis van de rechtbank.

In cassatie betoogt de Stichting dat de vraag of partijen bij het sluiten van de koopovereenkomst hebben bedoeld dat de helft van het achter de woning gelegen pad bij de koop van de woning was inbegrepen, voor de beoordeling van het geschil niet van belang is. Beslissend moet zijn wat het voorwerp van de levering is geweest. De Hoge Raad stelt de Stichting hiermee in het gelijk:

> 'Bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vordering van de Stichting is beslissend het antwoord op de vraag of de Stichting al dan niet de helft van het achter de woning gelegen pad aan Van Kammen c.s. in eigendom heeft overgedragen. Bij de beantwoording van die vraag komt het aan op de in de notariële akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling die moet worden afgeleid uit de in deze akte opgenomen, naar objectieve maatstaven in het licht van de gehele inhoud van de akte uit te leggen omschrijving van de over te dragen onroerende zaak. Nu het Hof, evenals de Rechtbank, op grond van deze uitleg tot de conclusie was gekomen dat het litigieuze pad geen onderdeel vormde van de onroerende zaak zoals deze in de akte van levering was omschreven, was daarmee het geschil tussen partijen beslist. Voor bewijsvoering over de partijbedoeling bij

het sluiten van de koopovereenkomst was, anders dan het Hof heeft geoordeeld, in dit geval geen plaats meer.'[84]

5.5.3 Wat is overgedragen: wat is verkocht of wat is geleverd?

Voor een geldige eigendomsoverdracht moet zijn voldaan aan de vereisten van artikel 3:89 lid 1 jo. 3:84 BW. Naast een geldige titel en de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder moet er op geldige wijze zijn geleverd. Voor onroerende zaken houdt deze levering in een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers. Het antwoord op de vraag wat er dan is overgedragen is hiermee nog niet gegeven. De Hoge Raad bevestigt het door artikel 3:89 lid 1 gewekte vermoeden: bij de beantwoording van die vraag komt het aan op de inhoud van de notariële akte van levering. In het Stichting Eelder Woningbouw-arrest is er zelfs geen plaats meer voor bewijsvoering over de partijbedoeling bij het sluiten van de koopovereenkomst. Dit laatste mag in een causaal stelsel opmerkelijk lijken. Kennelijk is de reden voor het versmaden van dit bewijs gelegen in het feit dat in deze zaak de koopovereenkomst voldoende titel was tot levering van het perceel tot het pad en dat het bewijs dat de koopovereenkomst ook het halve pad omvatte niet van belang is omdat dat toch niet in de akte van levering stond. Het halve pad is niet overgedragen omdat ten aanzien hiervan niet aan het vereiste van levering is voldaan. In het omgekeerde geval waarin de omschrijving van de onroerende zaak in de akte van levering ruimer is dan in de koopovereenkomst,[85] gaat de eigendom van het meerdere ook niet over. Nu niet omdat dit meerdere niet in de levering is begrepen, maar omdat voor dit gedeelte een geldige titel ontbreekt.[86] Ons causale traditiestelsel leidt dus tot het resultaat dat is overgedragen wat van het verkochte en geleverde het minste is. Twee rechtshandelingen moeten worden uitgelegd om de vraag naar wat is overgedragen te beantwoorden: de koop en de levering.

5.5.4 De uitleg van de levering is de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst

Is de levering wel een rechtshandeling die voor uitleg vatbaar is of is het slechts een feitelijke handeling of een samenstel van feitelijke handelingen (opmaken van een akte en inschrijving ervan) waartoe de verkoper verplicht

84 Deze wijze van uitleg is ook toegepast bij de uitleg van een akte van vestiging van een erfdienstbaarheid (HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 251; Teijsen/Marcus).

85 Hetgeen zelden het geval is, aangezien de akte van levering de koopovereenkomst omvat (zie hierna par. 5.5.13).

86 HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 560 m.nt. WMK; Bouwmeester/Van Leeuwen.

is wanneer hij een zaak heeft verkocht en waaraan de koper behoort mede te werken? En als het een rechtshandeling is, is het dan een eenzijdig gerichte rechtshandeling van de vervreemder of is hier sprake van een goederenrechtelijke overeenkomst tussen vervreemder en verkrijger? We geraken hier in een oude discussie: is de goederenrechtelijke overeenkomst de kern van de levering of is het slechts een fictie die we gemakkelijk kunnen missen. Volgens de heersende leer is de levering een rechtshandeling die bestaat uit twee aspecten: a) de wilsovereenstemming die tot overdracht strekt (de goederenrechtelijke overeenkomst) en b) de voldoening aan een wettelijk vormvoorschrift.[87] In deze doctrine is de vraag naar wat er is geleverd dus een vraag naar de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst.[88] Aan de (rechts)handeling die moet worden verricht om de levering compleet te maken, de inschrijving in de openbare registers van de notariële akte van levering, valt tenslotte weinig uit te leggen. Die heeft wel of niet plaatsgehad.

Hoe moet een goederenrechtelijke overeenkomst worden uitgelegd? Een eenvoudig antwoord zou luiden: zoals ook andere overeenkomsten worden uitgelegd.[89] Aan de hand van de wilsvertrouwensleer (art. 3:35 BW) en de Haviltex-maatstaf zal de bedoeling van partijen moeten worden vastgesteld. Maar is deze maatstaf niet te zeer toegespitst op de handelende partijen? Geschikt om verbintenissen tussen partijen vast te stellen, maar ongeschikt om een brug te slaan naar de wereld van het goederenrecht, waarin ook derden moeten kunnen weten wat door de verkoper aan de koper is overgedragen. Wie de goederenrechtelijke overeenkomst wil uitleggen ontkomt niet aan de oude discussie over de zin en strekking van deze overeenkomst. Deze is gelegen in de natuurrechtelijke rechtvaardiging van de eigendomsoverdracht. Terug naar Hugo de Groot.

5.5.5 Een natuurrechtelijk postulaat: eigendomsoverdracht door wilsovereenstemming

Hugo de Groot stelt in *De Iure Belli ac Pacis* voor de overdracht van een zaak de wil van de vervreemder en de wil van de ontvanger centraal:[90]

87 Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 2006 (3-I), nr. 206.

88 De Hoge Raad en A-G De Vries Lentsch-Kostense gebruiken de term goederenrechtelijke overeenkomst in het Stichting Eelder Woningbouw-arrest niet. Als, zoals de Hoge Raad stelt, de akte van levering de partijbedoeling weergeeft van de over te dragen zaak dan gaat het bij de uitleg hiervan om de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst.

89 Baur/Stürner 1999, p. 204.

90 De Groot (1625) 1939, *De Iure Belli ac Pacis*, LIB. II CAP. VI § I-II (met dank aan R. Feenstra en M.C.I.M. Duynstee voor de vertaling). Een gedeelte van deze passage is in verband met de wilshandeling ook geciteerd in par. 2.3.

'I,1. Een zaak wordt door afgeleide verwerving van ons, hetzij ten gevolge van een menselijke handeling hetzij ten gevolge van de wet. Dat mensen, als eigenaren van zaken, de eigendom daarvan hetzij geheel hetzij ten dele kunnen overdragen, behoort tot het natuurrecht sedert de invoering van de eigendom: want dit is inherent aan de natuur van de eigendom, dat wil zeggen de volle eigendom. Derhalve zegt Aristoteles: [Gr.] … [Lat.] De definitie van eigendom is, dat wij het recht hebben te vervreemden. Twee zaken slechts moeten worden opgemerkt, één met betrekking tot de gever, één met betrekking tot hem aan wie wordt gegeven. Bij de gever is niet voldoende een innerlijke wilshandeling, maar worden tegelijkertijd vereist òf woorden òf andere uiterlijke tekens: omdat [het toekennen van effect aan] een innerlijke wilshandeling, zoals wij elders hebben gezegd, niet overeenkomt met de aard van de menselijke samenleving.

I,2. Dat ook bezitsoverdracht wordt vereist, is een regel van positief recht. Omdat die door vele volkeren is overgenomen, wordt hij in oneigenlijke zin tot het volkenrecht gerekend. Zo zien wij op enkele plaatsen in praktijk gebracht, dat een openlijke verklaring ten overstaan van het volk of van een magistraat en een inschrijving in een openbaar register worden vereist; dat al die dingen volgen uit het positieve recht, is aan geen enkele twijfel onderhevig. Een wilsuiting echter, die door een uiterlijk teken kenbaar wordt gemaakt, moet worden begrepen als een weloverwogen wilsuiting ("But the act of will, which is expressed by a sign, must always be understood to be the act of a rational will" vert. uit the translation by Francis W. Kelsey, Oxford: at the Clarendon Press 1925, p. 262).

II. Op zijn beurt wordt van hem aan wie de zaak wordt gegeven, wanneer het positieve recht buiten beschouwing wordt gelaten, van nature de wil vereist tot het aannemen, met een [eigen] uiterlijk teken. Deze wil volgt gewoonlijk op de bezitsoverdracht, maar kan daaraan ook voorafgaan, bijvoorbeeld indien iemand had verzocht aan hem iets te geven of af te staan. Want de wil wordt geacht voort te duren, zolang geen wilsverandering blijkt. Welke vereisten verder enerzijds aan het verlenen van een recht anderzijds aan het aanvaarden ervan worden gesteld en op welke wijze elk van beide zou kunnen geschieden, zullen wij verderop in het hoofdstuk "Over toezeggingen" behandelen. Want in dit opzicht staan vervreemden en toezeggen op één lijn, althans volgens het natuurrecht.'

Zoals in paragraaf 2.3 aan de orde is gekomen onderscheidt Hugo de Groot drie treden van spreken over toekomstige gebeurtenissen:[91]

'De derde trede is die waar bij een dergelijke vastlegging van de wil nog een teken komt dat men een eigen recht aan de ander wil verlenen. Dit is een volmaakte toezegging en heeft dezelfde werking als de vervreemding van eigendom. Want het is òf de weg tot vervreemding van de zaak òf de vervreemding van een gedeelte van onze vrijheid.'

91 De Groot (1625) 1939, LIB. II CAP. XI § IV, 1 (vertaling uit Feenstra & Ahsmann 1980, p. 47 m.u.v. de vertaling van het woord *gradus*).

Hugo de Groot fundeert de gebondenheid aan het gegeven woord in de wijze waarop eigendom wordt overgedragen. In onze ogen lijkt dit een omgekeerde redenering. Je zou toch zeggen dat je eigendom overdraagt, omdat je gebonden bent aan een wilsverklaring die deze strekking had. Hugo de Groot echter stelt dat je gebonden bent aan je wilsverklaring, omdat je hiermee je vrijheid hebt overgedragen, net zoals je door een wilsverklaring je eigendom kunt hebben overgedragen. Volledige toezegging en eigendomsoverdracht worden op een lijn gesteld. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat Hugo de Groot van mening is dat volgens het natuurrecht de eigendom al bij de koopovereenkomst overgaat, tenzij iets anders is overeengekomen.[92]

> 'Over verkoop en koop moet worden opgemerkt dat ook zonder bezitsoverdracht, op het moment van de overeenkomst zelf, de eigendom kan overgaan, en dat dat zeer eenvoudig is. Zo is voor Seneca verkoop "vervreemding en overdracht van een eigen zaak en een eigen recht aan een ander": want zo gebeurt het ook bij ruil. Indien is bepaald dat de eigendom niet terstond zal overgaan, zal de verkoper worden verplicht tot het overdragen van de eigendom, en intussen zal de verkoper zowel de lusten als de lasten hebben (...).'

Onder invloed van deze natuurrechtelijke gedachten van Hugo de Groot zag men bij het opstellen van de Code Civil geheel af van de inmiddels tot fictie geworden clausule in koopovereenkomsten waarin de verkoper verklaart de zaak te gaan houden voor de koper.[93] Deze fictieve levering is immers overbodig in een stelsel waarin de eigendom al direct overgaat bij de koop.

5.5.6 Positief recht: het onderscheid tussen koop en eigendomsoverdracht

De natuurrechtelijke eenheid[94] van koopovereenkomst en eigendomsoverdracht heeft als systematisch nadeel dat zo geen duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de aanspraak op eigendomsoverdracht en de eigendomsoverdracht zelf. Verbintenissenrecht en goederenrecht vloeien ineen. En niet omdat het hier om een samenval van de rechtshandelingen koop en levering zou gaan, maar omdat principieel wordt gekozen voor de gedachte dat de wilsovereenstemming van partijen over de koop de eigendomsoverdracht impliceert. In ons positieve recht is evenals in het Romeinse recht[95] echter gekozen voor een stelsel, waarin de koop moet worden onderscheiden van de eigendoms-

92 De Groot (1625) 1939, LIB. II CAP. XII § XV, 1 (met dank aan R. Feenstra en M.C.I.M. Duynstee voor de vertaling).

93 Wacke 1974, p. 21. Wacke merkt in een noot op dat het feit dat in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek in tegenstelling tot het Franse wordt vastgehouden aan het vereiste van levering een voorbeeld is van de uitdrukking: een profeet wordt in zijn eigen land niet geëerd.

94 Door Wacke *Einheitsprinzip* genoemd (Wacke 2001, p. 254).

95 Ik laat de dogmatische problemen m.b.t. de *mancipatio* terzijde.

overdracht, die pas tot stand komt door de levering.[96] De koop schept slechts een obligatoir recht op eigendomsoverdracht. Pas na de levering verkrijgt men een recht op een zaak, een goederenrechtelijk recht. Hoe valt het natuurrechtelijk postulaat dat voor eigendomsoverdracht de wilsovereenstemming van partijen is vereist te positioneren wanneer we in ons positieve recht blijven vasthouden aan het systematisch onderscheid tussen koop en eigendomsoverdracht?

5.5.7 Wilsovereenstemming bij de koop én bij de levering

Is de wilsovereenstemming bij de koop voldoende of moeten partijen ook bij de levering overeenkomen dat de eigendom nu wordt overgedragen? De koopovereenkomst behelst de wilsovereenstemming dat de verkoper verplicht is een zaak over te dragen en de koper een som geld. Op het eerste gezicht lijkt het overbodig bij de uitvoering van deze overeenkomst de eis te stellen dat partijen de eigendomsoverdracht waartoe zij zich hadden verplicht op dat moment ook *willen* uitvoeren. Bartels heeft gelijk wanneer hij stelt dat het er op neer komt dat beide partijen bij de levering verklaren: 'nu wil ik wat ik moet'.[97] Wat voor zin heeft het de eis van deze wilsovereenstemming te stellen wanneer aan de eigendomsoverdracht al de overeenstemming van partijen dat eigendom zal worden overgedragen ten grondslag ligt, namelijk de koopovereenkomst? Bovendien is de geldigheid van de eigendomsoverdracht in ons causale stelsel gekoppeld aan de geldigheid van de koopovereenkomst, zodat wanneer er sprake is van een wilsgebrek en de koopovereenkomst op grond hiervan is vernietigd, de eigendomsoverdracht geen doorgang heeft gevonden. In een causaal stelsel is de eigendomsoverdracht ook zonder goederenrechtelijke overeenkomst afhankelijk van een rechtsgeldige wilsovereenstemming.

Dit is anders in een abstract stelsel. De eigendomsoverdracht blijft hierin geldig ook al blijkt achteraf de koopovereenkomst ongeldig te zijn wegens wilsgebreken. Huijgen merkt hierover op dat dit verklaart waarom het begrip goederenrechtelijke overeenkomst van Duitse origine is. Men had het dingliche Vertrag als leveringsvereiste nodig om aan al te onrechtvaardige consequenties van het abstracte stelsel te ontkomen. De combinatie 'causaal stelsel' met 'goederenrechtelijke overeenkomst' lijkt hem echter niet erg zinvol.[98] Huijgen stelt dan ook voor de procedure van eigendomsoverdracht van onroerende zaken te vereenvoudigen door de belichaming van de goederenrechtelijke overeenkomst, de akte van levering, af te schaffen. In die situatie kan de levering plaatshebben

96 Wacke noemt dit *Trennungsprinzip* (Wacke 2001, p. 254).
97 Bartels 1997, p. 148.
98 Huijgen 1997, p. 9.

door inschrijving van de koopovereenkomst, die in dat geval wel bij notariële akte zou moeten worden opgemaakt. In dit stelsel behoeven verkoper en koper het na het sluiten de koopovereenkomst niet meer eens te zijn over de daadwerkelijke levering. Zodra de notaris de koopprijs van de koper heeft ontvangen kan hij namens de verkoper en/of de koper de koopovereenkomst inschrijven. Dit alles betekent dat zodra de verkoper heeft verkocht en de koper heeft betaald de levering zal plaatshebben, ook al wil de verkoper niet meer nakomen. Met andere woorden: dit stelsel zou voor de koper een vereenvoudigde vorm van reële executie van een verplichting tot nakoming inhouden. Eenvoudiger dan de gewone reële executie, omdat het oordeel van de rechter niet hoeft te worden ingeroepen. Dit is in strijd met artikel 3:299 en artikel 3:300 BW. Bovendien brengt het ongelijkheid in de positie van verkoper en koper, omdat de verkoper deze vereenvoudigde executiemogelijkheid niet ter beschikking staat ten aanzien van de verplichting tot betaling van de koopsom.

Uit dit wegdenken van het opmaken van de akte van levering blijkt welke rol de goederenrechtelijke overeenkomst zelfs in een causaal stelsel speelt. Nu de wilsovereenstemming bij de koop in ons rechtsstelsel slechts verplichtingen schept, maar geen eigendom doet overgaan, is voor de nakoming van deze overeenkomst vereist dat partijen het er op een zeker moment over eens zijn dat de eigendom van de zaak door de een wordt overgedragen aan de ander. Zelfs Den Dulk, die tot het kamp der tegenstanders van de goederenrechtelijke overeenkomst wordt gerekend, komt voor de overdracht van een onroerende zaak tot de conclusie dat wilsovereenstemming ten aanzien van de eigendomsoverdracht hier een vereiste is. Het aldus door hem gecreëerde verschil tussen de eigendomsoverdracht van roerende zaken (geen goederenrechtelijke overeenkomst vereist) en van onroerende zaken vloeit volgens hem voort uit de omstandigheid, dat de overschrijving van de overdrachtsakte bij de overdracht van onroerende zaken op de wilsovereenstemming van partijen behoort te rusten.[99] De natuurrechtelijke gedachte dat voor eigendomsoverdracht de wilsovereenstemming van partijen nodig is wordt in ons positieve recht gerealiseerd door niet alleen bij de koop maar ook bij de levering deze wilsovereenstemming van partijen centraal te stellen.

5.5.8 Friedrich Carl von Savigny

Savigny is de eerste geweest die de goederenrechtelijke overeenkomst (der dingliche Vertrag) in het recht heeft geïntroduceerd. In zijn *System des heutigen Römischen Rechts* zet hij uiteen dat onder overeenkomsten niet alleen obligatoire

99 Den Dulk 1979, p. 74, 75 en 135.

overeenkomsten moeten worden verstaan, maar ook goederenrechtelijke overeenkomsten:[100]

> 'So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daβ diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äuβere Handlung, hinzutreten muβ, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf.'

En over de verhouding tot de koopovereenkomst:[101]

> 'In diesen häufigen und wichtigen Fällen wird die Vertragsnatur der Handlung meist Übersehen, weil man sie nicht gehörig von dem obligatorischen Vertrag unterscheidet, welcher jene Handlung gewöhnlich vorbereitet und begleitet. Wird zum Beispiel ein Haus verkauft, so denkt man gewöhnlich an den obligatorischen Kauf, und ganz richtig; aber man vergiβt darüber, daβ die nachfolgende Tradition auch ein Vertrag ist, und ein von jenem Kauf ganz verschiedener, nur durch ihn notwendig gewordener.'

Hoe is het mogelijk dat juist Savigny, die zich met zijn historische methode van rechtswetenschap afzette tegen het onhistorische natuurrecht, de goederenrechtelijke overeenkomst heeft geïntroduceerd? Men zou dit kunnen zoeken in de richting van hetgeen Huijgen over de oorsprong van de goederenrechtelijke overeenkomst heeft opgemerkt.[102] Savigny had het *dingliche Vertrag* als leveringsvereiste nodig om aan al te onrechtvaardige consequenties van het door hem geïntroduceerde abstracte stelsel te ontkomen. Als ik het goed zie was de benadering van Savigny een andere. Bij de bespreking van het wezen van de overeenkomst komt hij tot de conclusie dat ook de levering een overeenkomst is omdat alle eigenschappen van een overeenkomst hierin gelegen zijn. Niet het overdrachtsysteem (causaal of abstract) dwingt hem tot de goederenrechtelijke overeenkomst, maar het begrip overeenkomst brengt hem hiertoe. Met andere woorden, het uitgangspunt dat de levering een op de overdracht van de eigendom gerichte wederzijdse wilsverklaring inhoudt leidt tot de conclusie dat dit een overeenkomst is.

Behoorde de notie dat de wilsovereenstemming van partijen een constitutieve voorwaarde voor eigendomsoverdracht is zozeer tot het rechtsfilosofische gedachtegoed van Savigny dat dit geen nadere verklaring meer behoefde? Hommes heeft verdedigd dat reeds vóór Savigny het begrip goederenrechtelijke

100 Savigny *System*, p. 312.
101 Savigny *System*, p. 313.
102 Huijgen 1997, p. 8.

overeenkomst is gehanteerd door Kant.[103] Lucas heeft op zijn beurt uiteengezet dat Kants conceptie van de goederenrechtelijke overeenkomst haar wortels kan hebben in de natuurrechtsleer van Hugo de Groot.[104] Zeker is dat Savigny van mening was dat Kant het begrip overeenkomst te beperkt opvatte, omdat deze daaronder alleen zou begrijpen de obligatoire overeenkomst waardoor de overeenkomst wordt voorbereid.[105] Dat sluit echter niet uit dat Kant en Savigny ieder op hun eigen wijze vorm hebben gegeven aan de gedachte dat eigendomsoverdracht gebaseerd is op de wilsovereenstemming van partijen. Kant deed dit door voor het geval de zaak niet direct bij de koopovereenkomst werd afgeleverd voor de eigendomsoverdracht nog een *Akt* te eisen waardoor de zaak van de een aan de ander wordt overgedragen. Deze *Besitzakt* is volgens Kant een bijzondere overeenkomst.[106] Savigny maakt de tussenstap van de *Besitzakt* niet om tot het oordeel te komen dat wilsovereenstemming voor eigendomsoverdracht een vereiste is. In zoverre redeneerde Savigny misschien wel 'natuurrechtelijker' dan Kant. Door de introductie van het *dingliche Vertrag* heeft Savigny een natuurrechtelijk postulaat een plaats gegeven in het positieve recht.[107]

5.5.9 Gevolgen voor de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst

Koopovereenkomst en goederenrechtelijke overeenkomst hebben dezelfde oorsprong: de wilsovereenstemming die nodig is voor de overdracht van een zaak. Zij bevatten als een eeneiige tweeling hetzelfde genetische materiaal. In ons overdrachtsstelsel speelt de ene helft van de tweeling een rol bij de totstandkoming van de verbintenis en de andere helft bij de levering. De tegenstanders van de goederenrechtelijke overeenkomst hebben er altijd op gewezen: de inhoud van de koop en van de goederenrechtelijke overeenkomst zijn nagenoeg gelijk.

De vraag die voorligt is of het feit dat de koopovereenkomst betrekking heeft op de obligatoire fase en de goederenrechtelijke overeenkomst op de goederenrechtelijke fase van invloed is op de wijze waarop deze overeenkomsten moeten worden uitgelegd. Bij de koop gaat het om de vraag waartoe koper en verkoper zich hebben verbonden. Derden hebben daar in beginsel – daargelaten de gevolgen van ons causale stelsel – niets mee te maken. Bij de levering, waarvan de goederenrechtelijke overeenkomst deel uitmaakt, gaat

103 Hommes 1962, p. 538.
104 Lucas 1963, p. 245-246.
105 Savigny *System*, p. 318.
106 Kant *Die Metaphysik der Sitten*, § 21.
107 Op dit paradoxale resultaat van het werk van Savigny wordt in zijn algemeenheid gewezen in Schlosser 1996, p. 132.

het om een wijze van eigendomsverkrijging. En omdat eigendom een recht is dat werkt tegen iedereen, is de levering en de goederenrechtelijke overeenkomst niet alleen van belang voor partijen maar voor iedereen. Om deze reden zou de in de akte van levering tot uitdrukking gebrachte partijbedoeling niet volgens de Haviltex-maatstaf, maar naar objectieve maatstaven moeten worden uitgelegd.[108] Omwille van de rechtszekerheid moet voor de beantwoording van de vraag wat is geleverd worden geabstraheerd van de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Wat is nu een uitleg naar objectieve maatstaven? Hierover kan nog veel worden gezegd. Uit de bewoordingen van de Hoge Raad kan in ieder geval worden afgeleid dat de tekst van de akte van levering de doorslag geeft. De taalkundige uitleg van de in de akte van levering vervatte goederenrechtelijke overeenkomst lijkt van beslissende betekenis te zijn voor de vraag wat er is geleverd. Dit is niet altijd zo geweest en het moet ook niet zo blijven.

5.5.10 De omslag in het Goedhart/Van den Berg-arrest

Wanneer de omschrijving in de koop- en/of transportakte afweek van hetgeen partijen hadden bedoeld over te dragen was het lang communis opinio dat de bedoeling van partijen voorging.[109] Dit was de weerklank van de gedachte dat eigendomsoverdracht zijn grondslag vindt in de wilsovereenstemming van partijen. De rechtszekerheid werd niettemin gediend doordat derden, die te goeder trouw afgingen op de omschrijving die in de openbare registers was gepubliceerd, werden beschermd op grond van artikel 1910 (oud) BW.[110] De Hoge Raad verlaat in het Goedhart/Van den Berg-arrest[111] deze consensuele leer voor een meer formele benadering.

Mevrouw van den Berg verkrijgt op 20 mei 1952 door koop en levering van mevrouw Vermeij-Volk een perceel grond (D 2050) waarbij zowel verkoopster als koopster menen dat een landtong met steiger tot dit verkochte perceel behoren. Later verkrijgt een zekere mevrouw Goedhart het ernaast liggende

---

108 Conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense (alinea 9) voor HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350; Stichting Eelder Woningbouw; Van Vliet 2001, p. 240; Knijp 2001, p. 35.

109 Asser-Beekhuis 1985 (3-I) nr. 398 en Noot W.M. Kleijn onder HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 1002; Goedhart/Van den Berg.

110 Het arrest HR 6 juni 1986, *NJ* 1986, 750; Davelaar/Haklander is een toepassing van deze leer, omdat de mondelinge grensaanduiding bij de overdracht Van Os – Davelaar ('van die beuk tot die den') volgens de Hoge Raad wegens de ongenoegzaamheid niet kon worden tegengeworpen aan derden.

111 HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 1002 m.nt. WMK; Goedhart/Van den Berg.

perceel (D 1706). In 1977 wordt bij een kadastrale opmeting vastgesteld dat deze landtong met steiger binnen het perceel van mevrouw Goedhart vallen. Bij de beantwoording van de vraag wie eigenares is van de landtong met steiger overweegt de Hoge Raad dat in de in de openbare registers overgeschreven akte van 20 mei 1952 op generlei wijze tot uitdrukking is gebracht dat in de overdracht van de in die akte omschreven onroerende zaak behalve perceel D 2050 ook de landtong met steiger, deel uitmakend van perceel D 1706, begrepen was. Dat brengt volgens dit rechtscollege mee dat aldus, voorzover het deze landtong met steiger betreft, niet is voldaan aan de vereisten voor de levering van onroerende zaken, gesteld in de artikelen 671 en 671a (oud) BW.[112] Dat het bij de eigendomsoverdracht aankomt op de in de akte van levering tot uitdrukking gebrachte bedoeling van partijen herhaalt de Hoge Raad in zijn arresten Popering/Daems en Dukker/Los. Is dat niet het geval, dan is niet voldaan aan de vereisten voor de levering van onroerende zaken. Het onderscheid tussen wat partijen bedoelen over te dragen en wat ze hebben overgedragen is hiermee gemaakt.[113] De bedoeling van partijen is voor wat is geleverd nog wel relevant, maar alleen voorzover deze in de akte van levering tot uitdrukking is gebracht. De in het Stichting Eelder Woningbouwarrest voorgeschreven *objectieve* uitleg van deze partijbedoeling is nog een stap verder in de formele benadering van de akte van levering.

5.5.11 Een ongewenst verschil tussen de uitleg van de koop en die van de goederenrechtelijke overeenkomst

Het verschil in uitleg van de koopovereenkomst en die van de goederenrechtelijke overeenkomst is om drie redenen ongewenst. De hierna te noemen eerste twee redenen zijn gelegen in de herkomst van de goederenrechtelijke overeenkomst en de verwantschap met de koopovereenkomst.

In de eerste plaats kan de uitleg naar objectieve maatstaven van uitsluitend hetgeen in de akte van levering is opgenomen leiden tot een abstraheren van de werkelijke partijbedoeling. Dit is opmerkelijk omdat, zoals we hebben gezien, het de goederenrechtelijke overeenkomst is die de wilsovereenstemming van partijen een plaats geeft bij de levering. Wanneer deze wilsovereenstemming belangrijk is ligt het niet voor de hand van de werkelijke partijbedoeling te abstraheren.

---

112 De Hoge Raad verwijst hier m.i. ten onrechte naar HR 6 juni 1986, *NJ* 1986, 750; Davelaar/Haklander. A-G Hartkamp blijft in zijn conclusie voor het arrest Goedhart/Van den Berg trouw aan de oude leer en concludeert dat nu de wilsovereenstemming van pp. mede betrekking heeft op de landtong met steiger niet slechts een titel in de zin van art. 2000 lid 1 (oud) BW, doch ook een titel in de zin van art. 639 (oud) BW aanwezig is.

113 Resp. HR 22 april 1988, *NJ* 1988, 754; Popering/Daems en HR 2 december 1988, *NJ* 1989, 160; Dukker/Los.

In de tweede plaats moet ook bij de uitleg in ogenschouw worden genomen dat beide overeenkomsten twee facetten zijn van de wilsovereenstemming van partijen over de overdracht van een zaak. Dit dwingt ertoe deze beide wilsuitingen in ieder geval op dezelfde wijze uit te leggen, anders zou men alleen al door de wijze van uitleg een tekortkoming kunnen creëren Wanneer men op grond van een Haviltex-uitleg concludeert dat 25 are is verkocht en in de akte van levering staat woordelijk 20 are dan is er te weinig geleverd, zodat de koper is tekort geschoten in de nakoming van de koopovereenkomst.

In de derde plaats zijn koop en goederenrechtelijke overeenkomst in ons recht van elkaar onderscheiden, maar door de causale leer niet van elkaar gescheiden.[114] Wanneer er meer in de goederenrechtelijke overeenkomst staat dan de titel omvat gaat het meerdere niet in eigendom over. De uitleg van de koopovereenkomst is hier bepalend. Maar wanneer er in de goederenrechtelijke overeenkomst minder staat dan in de titel, is bepalend wat in de goederenrechtelijke overeenkomst staat. Wanneer men deze goederenrechtelijke overeenkomst ook los van de uitleg van de koopovereenkomst naar objectieve maatstaven uitlegt, lijkt de levering in de laatste casus (akte minder dan in koopovereenkomst) eerder in een abstract leveringsstelsel te passen dan in een causaal stelsel.

5.5.12 Een gelijke uitleg van koopovereenkomst en goederenrechtelijke overeenkomst

Op welke wijze kan worden bewerkstelligd dat de goederenrechtelijke overeenkomst op dezelfde wijze en niet los van de daaraan voorafgaande koopovereenkomst wordt uitgelegd? Het antwoord is eenvoudig: door de goederenrechtelijke overeenkomst uit te leggen met behulp van de Haviltex-maatstaf. Dit kan tot resultaat hebben dat meer is overgedragen dan letterlijk in de goederenrechtelijke overeenkomst staat. Derdenverkrijgers, die afgaan op de in de openbare registers ingeschreven akte van levering en die op grond hiervan ervan uitgaan dat de verkoper van het niet in de akte van levering genoemde gedeelte eigenaar is gebleven, kunnen een beroep doen op derdenbescherming (art. 3:24 BW). In zoverre leidt de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf niet tot problemen. Maar niet alleen vanwege de positie van derdenverkrijgers is de rechtszekerheid met betrekking tot de rechtstoestand van registergoederen ermee gediend dat men er in beginsel vanuit mag gaan dat hetgeen in de in de openbare registers ingeschreven akte van levering is vermeld ook zo is. Een te grote uitlegvrijheid aan de hand van de Haviltex-maatstaf brengt deze rechtszekerheid in gevaar.

---

114 Eggens 1931, p. 215.

Ook los van het openbare aspect van de overdracht van onroerende zaken moet een uitlegmethode die kan leiden tot niet voorspelbare resultaten worden vermeden. De koper en de verkoper hebben er vanwege de grote economische gevolgen die aan de overdracht van onroerende goederen zijn verbonden belang bij dat er over hetgeen is overgedragen geen onduidelijkheid bestaat. Dit geldt niet alleen voor de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst, maar door het causale stelsel ook voor de uitleg van de koopovereenkomst. De oplossing die de Hoge Raad kiest in het Bouwmeester/Van Leeuwen-arrest voor de uitleg van de koopovereenkomst brengt niet alleen de gewenste rechtszekerheid zonder de Haviltex-maatstaf los te laten, maar ook de mogelijkheid de koopovereenkomst en de goederenrechtelijke overeenkomst op dezelfde wijze en in overeenstemming met elkaar uit te leggen. Hiervoor is nodig eerst nader te beschouwen wat de inhoud is van een notariële akte van levering.

5.5.13 De geschiedenis van de akte van levering: levering én koop

Bij de overdracht van onroerende zaken wordt uitgegaan van het eenvoudige schema dat de koopovereenkomst eerst al dan niet vormvrij tot stand komt en dat daarna de notariële akte van levering wordt opgemaakt. Deze akte van levering bevat de goederenrechtelijke overeenkomst. De koopovereenkomst wordt in de praktijk vaak voorlopige koopovereenkomst genoemd. Veel docenten burgerlijk recht haasten zich uiteen te zetten dat er niets voorlopigs aan is, in die zin dat de voorlopige koopovereenkomst partijen bindt. De koper noch de verkoper kan zich eenzijdig aan de hieruit voortvloeiende verbintenissen onttrekken. Wanneer we op zoek gaan naar de oorsprong van deze term werpt de geschiedenis van de wijze van eigendomsoverdracht van onroerende zaken ook licht op hetgeen nu bij het ondertekenen van de akte van levering geschiedt.

In de 19e en aan het begin van de 20e eeuw gold een systeem waarbij door de overschrijving van de koopakte de eigendom werd overgedragen.[115] Wanneer partijen een koopovereenkomst hadden gesloten, maar het niet de bedoeling van partijen was dat een van hen zonder dat de ander hierin nog werd gekend deze koopovereenkomst kon doen overschrijven in de openbare registers werd deze akte 'voorlopige koopovereenkomst' genoemd. Aldus werd duidelijk gemaakt dat deze koopakte *niet* bestemd was om te worden overgeschreven in de zin van artikel 639 (oud) BW. Hiertoe moest eerst nog een definitieve akte worden opgesteld. Deze definitieve koopakte werd in de meeste gevallen in de vorm van een notariële akte opgesteld. Tot 1956 was het echter mogelijk dat een onderhandse akte in de openbare registers werd

115 Van der Ploeg 1947, p. 305; Huijgen 1997, p. 12.

overgeschreven.[116] In dat jaar werd artikel 671a (oud) BW ingevoerd dat voor de levering van onroerende zaken en voor de vestiging van goederenrechtelijke rechten daarop een notariële akte voorschreef.[117] Het ligt voor de hand in deze notariële akte van levering de goederenrechtelijke overeenkomst te situeren. Dit betekent echter niet dat deze notariële akte zijn functie als koopakte heeft verloren. De parlementaire geschiedenis van artikel 3:89 lid 2 illustreert dit. Artikel 3.4.2.4 lid 2 van het Gewijzigd Ontwerp (het latere art. 3:89 lid 2 BW) luidde:

> 'Is van de titel van overdracht tussen partijen een notariële akte opgemaakt, dan wordt deze als de tot levering bestemde akte aangemerkt, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Wordt tot de levering een zelfstandige, naast de titel staande akte opgemaakt, dan moet die akte nauwkeurig de titel van overdracht vermelden; bijkomstige bedingen uit de titel, die niet de overdracht betreffen, kunnen in de akte van levering worden weggelaten.'

De eerste zin sloot aan bij de praktijk dat een koopovereenkomst kon worden overgeschreven. Die overeenkomst moest dan wel 'daartoe bestemd' zijn. Was de koopovereenkomst in een notariële akte neergelegd, dan werd deze verondersteld daartoe bestemd te zijn. In de Eindtekst Invoering is de eerste zin echter geschrapt. De reden hiervoor is dat voorkomen moest worden dat de overdracht tot stand kon worden gebracht door inschrijving van de notariële koopakte waarvan de vervreemder wellicht niet duidelijk is geweest dat zij daartoe gebezigd zou kunnen worden. Onder verwijzing naar het Baarns Beslag-arrest[118] betrekt de wetgever hierbij de praktijk dat bij het verlijden van de akte bestemd voor de levering door de koper de tegenprestatie in handen van de notaris wordt gesteld. De hierin voor de vervreemder gelegen waarborg mag niet onverhoeds verloren gaan.[119] Hieruit blijkt dat de wetgever bewust heeft gekozen voor het maken van een onderscheid tussen het aangaan van de koopovereenkomst en de levering (*Trennungsprinzip*)[120] en ook voor een levering die niet slechts een feitelijke handeling is, maar een

---

116 Huijgen 1997, p. 18 noot 52.

117 Deze geschiedenis wordt wel als argument gebruikt voor de stelling dat de goederenrechtelijke overeenkomst een schijnfiguur zou zijn (Pleysier 1986, p. 102-103 en Pleysier 1988, p. 89-97). Het tegendeel lijkt mij het geval. Uit het feit dat partijen in de praktijk overeenkwamen dat de eerste koopakte niet bestemd was om te worden overgeschreven, blijkt juist dat voor de levering zelf wilsovereenstemming van partijen vereist is. Het feit dat de koopakte, indien partijen dat wensten, wel kon worden ingeschreven en voor de levering geen afzonderlijke notariële akte nodig was ondersteunt deze stelling ook niet. De goederenrechtelijke overeenkomst behoeft immers niet afzonderlijk te worden aangegaan, maar kan met de obligatoire overeenkomst samengaan (Van Oven 1935, p. 528).

118 HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 m.nt. WMK; Baarns Beslag.

119 *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1232 (MvT).

120 Wacke verkiest om dezelfde reden – het risico dat de verkoper loopt op het niet verkrijgen van de koopsom – het *Trennungsprinzip* boven het *Einheitzprinzip* (Wacke 2001, p. 260 en 262).

rechtshandeling. Wat er *niet* uit kan worden afgeleid is dat de *akte* van levering slechts ziet op de levering en niet de tussen partijen gesloten koopovereenkomst weergeeft. Integendeel, in verband met het causale stelsel blijft de tweede zin gehandhaafd in die zin dat de tot levering bestemde akte nauwkeurig de titel van overdracht moet vermelden.[121] Alleen bijkomstige bedingen die niet de overdracht betreffen kunnen in de akte worden weggelaten.[122] De titel bepaalt immers wat er zakenrechtelijk gebeurt. Iedereen kan in de registers zien hoe die titel eruit ziet en kent daardoor ook de gedaante van het zakelijk recht. De *essentialia* van de koopovereenkomst moeten daarom in de akte van levering worden opgenomen.[123]

5.5.14 De uitleg van de koopovereenkomst en de goederenrechtelijke overeenkomst in de akte van levering

Welke consequenties heeft nu de conclusie dat de akte van levering zowel de koopovereenkomst als de goederenrechtelijke overeenkomst weergeeft voor de uitleg van deze overeenkomsten? In het proces tussen het aangaan van de koopovereenkomst en de inschrijving in de registers is de akte van levering in ieder geval de laatste weergave van de *essentialia* van de koopovereenkomst. En niet alleen de laatste, maar ook een weergave waaraan naar Nederlands recht het vormvereiste van een notariële akte is gesteld. Deze twee elementen vormen de kern van de overwegingen van het Bouwmeester/Van Leeuwen-arrest.[124] Volgens de onderhandse koopakte had Bouwmeester aan Van Leeuwen verkocht een perceel weiland groot 80 are. Blijkens de notariële akte die in de openbare registers is ingeschreven hebben Bouwmeester en Van Leeuwen echter verklaard (uit r.o. 3.1):

> 'dat de verkoper heeft verkocht en overdraagt aan de koper, die heeft gekocht en aanneemt: een perceel weiland, gelegen aan de Kilweg te Dubbeldam, gemeente Dordrecht, uitmakende een gedeelte, groot ongeveer vijfentachtig are en negentig centiare van het perceel kadastraal bekend als gemeente Dubbeldam sektie E nummer 682 en wel een zodanig gedeelte als ter plaatse kennelijk is aangegeven en na uitmeting vanwege het kadaster op naam van de koper zal worden gesteld.'

---

121 Meijers licht dit als volgt toe: 'opdat derden gegevens hebben om te beoordelen of de rechtsovergang geldig is tot stand gekomen' (*Parl. Gesch. Boek 3*, p. 375 (TM)).

122 Wat onder bijkomstige bedingen wordt verstaan is niet duidelijk. In ieder geval worden hier niet onder verstaan opschortende en ontbindende voorwaarden. De notariële praktijk doet er verstandig aan bedingen niet te snel als bijkomstig te bestempelen, omdat slecht is te voorspellen in hoeverre de ongeldigheid van een bepaald beding de geldigheid van de gehele koopovereenkomst en hiermee de geldigheid van de overdracht al dan niet in gevaar zal brengen.

123 Pleysier 1992, p. 110.

124 HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 560 m.nt. WMK; Bouwmeester/Van Leeuwen.

Na de overdracht ontstaat tussen partijen een geschil over de vraag of alleen het stuk grond westelijk van de aldaar gelegen sloot (groot 80 are) is overgedragen of ook de smalle strook oostelijk van deze sloot (groot 5,90 are). Is de omschrijving in de koopakte doorslaggevend of die in de akte van levering? Het hof neemt als uitgangspunt de akte van levering, maar laat Bouwmeester toe te bewijzen dat hij alleen het westelijk van de sloot gelegen weiland heeft verkocht. Het hof acht Bouwmeester echter niet in dit bewijs geslaagd. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand op grond van de volgende redenering. Uitgangspunt blijft het causale stelsel. Wanneer de onroerende zaak, zoals omschreven in de akte van levering, groter is dan partijen bij de koopovereenkomst zijn overeengekomen, dan zal de eigendom van het meerdere niet zijn overgegaan, omdat voor overdracht van dat meerdere een geldige titel ontbrak (r.o. 3.3). Maar voor de beantwoording van de vraag wat partijen zijn overeengekomen kijkt de Hoge Raad niet alleen naar de onderhandse akte. Belangrijk is (r.o. 3.4):

> '(…) dat de tot levering bestemde akte als verklaring van partijen niet alleen inhoudt dat zij een perceel weiland van 85,90 are overdragen, maar ook dat Bouwmeester dat perceel aan Van Leeuwen heeft verkocht, zoals Van Leeuwen dat perceel van Bouwmeester heeft gekocht. Aldus hebben partijen in de tot levering bestemde akte de titel van overdracht vermeld, zoals voor het huidige recht is voorgeschreven in artikel 3:89 lid 2 BW.'

Dit lost echter niet het probleem op welke omschrijving voorgaat: die van de onderhandse koopakte of die van de notariële akte van levering. De Hoge Raad kiest voor de laatste op grond van twee argumenten. Het eerste argument is de toepassing van de Haviltex-maatstaf (r.o. 3.5). Omdat Bouwmeester bij het verlijden van de akte van levering persoonlijk aanwezig is geweest mocht Van Leeuwen ervan uitgaan dat de tekst van deze akte in overeenstemming was met hetgeen Bouwmeester voor ogen stond. Hierdoor wordt volgens de Hoge Raad niet miskend dat het bij de uitleg van de koopovereenkomst voor de beantwoording van de vraag wat de verkoper aan de koper heeft verkocht ervan afhangt wat de verkoper en de koper over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid. Het tweede argument is bewijsrechtelijk (r.o. 3.8). De notariële akte van 23 juni 1978 levert naar haar aard dwingend bewijs op dat partijen – in afwijking van de onderhandse akte van 9 juni 1978 – hebben verklaard te hebben verkocht, respectievelijk gekocht, een perceel weiland van 85,90 are. Hiertegen staat volgens de Hoge Raad tegenbewijs open.

Het eerste argument is interessant omdat de woordelijke omschrijving in de notariële akte niet doorslaggevend wordt geacht op grond van een 'uitleg naar objectieve maatstaven', maar omdat de koper ervan uit mocht gaan dat de verkoper datgene wilde wat erin de akte stond op grond van het feit dat deze

akte in aanwezigheid van hen beiden notarieel werd verleden. De notariële vorm speelt binnen de toepassing van de Haviltex-maatstaf een rol. Wie naar de notaris gaat voor het opmaken van een akte weet dat het gaat om de schriftelijke vastlegging van de bedoeling van partijen in de akte en dat de hierin gebezigde bewoordingen van meer dan relatieve betekenis zullen zijn. Het is immers de taak van de notaris de bedoelingen van partijen juist en volledig in de akte te verwoorden (zie over deze wilscontrolerende functie van de notaris par. 5.4.2-5.4.4).

Het tweede argument uit het Bouwmeester/Van Leeuwen-arrest heeft in de literatuur kritiek ondervonden, omdat erin wordt gelezen dat de Hoge Raad in strijd met artikel 157 lid 2 Rv. (art. 184 (oud) Rv.) aan een notariële akte grotere bewijskracht zou toekennen omtrent hetgeen partijen hierin verklaren dan aan een onderhandse akte.[125] Met de zinsnede 'in afwijking van de onderhandse akte van 9 juni 1978' is echter niet bedoeld dat de bewijskracht die aan de onderhandse akte toegekend kan worden minder is, maar dat met de latere notariële akte in beginsel wordt bewezen dat partijen inmiddels iets anders zijn overeengekomen. Na het sluiten van de in de onderhandse akte neergelegde koopovereenkomst zijn partijen immers vrij in onderlinge overeenstemming hun overeenkomst te wijzigen en aan te vullen. In die zin is de in de onderhandse akte neergelegde koopovereenkomst nog 'voorlopig'. Over wat partijen uiteindelijk ten tijde van de ondertekening van de notariële akte zijn overeengekomen levert deze akte naar haar aard dwingend bewijs.[126]

De in de transportakte weergegeven koopovereenkomst wordt derhalve met toepassing van de Haviltex-maatstaf strikt uitgelegd. Deze strikte uitleg vindt zijn grond echter niet in de gedachte: 'er staat wat er staat', maar in de gedachte dat de ene partij erop mocht vertrouwen dat de andere partij ook heeft gewild wat er staat. De bewoordingen worden hierbij in beginsel letterlijk genomen. Tachtig are is tachtig are en geen vijfentachtig. Men zou dit een objectieve uitleg kunnen noemen, maar dan moet deze niet tegenover de Haviltex-uitleg worden gesteld. Het blijft gaan om de werkelijke bedoeling van partijen. Het bewijs van een partij dat zijn wederpartij heeft begrepen dat hij iets anders bedoelde dan de letterlijke tekst van de akte weergeeft moet als tegenbewijs worden toegelaten.

Deze strikte uitleg binnen de Haviltex-maatstaf kan ook worden toegepast op de goederenrechtelijke overeenkomst. Hij doet recht aan de kern van die overeenkomst, namelijk de wilsovereenstemming van partijen, maar ook aan de rechtszekerheid die bij de overdracht van onroerende zaken van groot belang is. Bovendien biedt deze uitleg de mogelijkheid de koopovereenkomst

125 Huijgen & Pleysier 2001, p. 85.
126 Van Vliet 2001, p. 239.

en de goederenrechtelijke overeenkomst in overeenstemming met elkaar uit te leggen. Dit is zoals uiteengezet in paragraaf 5.5.11 niet alleen op grond van rechtstheoretische overwegingen wenselijk, maar tevens omdat, zoals uit het Bouwmeester/Van Leeuwen-arrest blijkt, koopovereenkomst en goederenrechtelijke overeenkomst soms in één zin met elkaar zijn verweven.[127] Zelfs in het geval een der partijen erin slaagt te bewijzen dat hij niet datgene wilde wat er in de akte van levering stond en dat zijn wederpartij dit ondanks de bewoordingen had behoren te begrijpen, loopt de rechtszekerheid nog geen gevaar. Derden te goeder trouw, die zijn afgegaan op de tekst van de ingeschreven akte worden beschermd door artikelen 3:24, 3:26 en 3:36 BW.[128]

5.5.15 Nieuwe perspectieven door het DSM/Fox-arrest

Uit het DSM/Fox-arrest is wederom duidelijk geworden dat binnen de Haviltex-maatstaf ruimte bestaat voor een meer objectieve uitleg van een contract en dat de betekenis die de bewoordingen in het spraakgebruik hebben hierin een belangrijke rol speelt. De bepleite strikte uitleg van de in de akte van levering weergegeven koopovereenkomst past derhalve ook in de Haviltex-benadering. Er is echter een groot verschil. Bij toepassing van de Haviltex-maatstaf zullen partijen altijd mogen bewijzen dat zij iets anders zijn overeengekomen dan uit de woorden van het contract op het eerste gezicht lijkt voort te vloeien. Tegenbewijs tegen hetgeen woordelijk in de akte is neergelegd is mogelijk (vgl. art. 157 lid 2 Rv.). De Hoge Raad heeft dit in het De Rooy/Van Olphen-arrest met betrekking tot de geobjectiveerde Haviltex-uitleg nog eens onderstreept (zie par. 5.3.4). Bij de objectieve uitleg van de akte van levering staat de Hoge Raad dit tegenbewijs niet toe. Aangezien hiermee kennelijk de mogelijkheid wordt aanvaard dat aan de werkelijke bedoeling van partijen wordt voorbijgezien, kan hier in wezen niet van de toepassing van de Haviltex-maatstaf meer worden gesproken.

5.5.16 De beginselen van het goederenrecht en de bedoeling van partijen

In bovenomschreven benadering moet bij de vraag wat is geleverd de wil van partijen centraal worden gesteld. Dientengevolge staat tegenbewijs open tegen wat in de akte van levering als de bedoeling van partijen is weergegeven. Bartels vraagt zich af of deze benadering niet in wezen het goederenrechtelijke

127 Zie hierboven het citaat uit r.o. 3.1.

128 In de tekst die in *RMThemis* is geplaatst (Breedveld-de Voogd 2002) stonden alleen de artt. 3:24 en 3:26 BW vermeld. Bartels heeft terecht opgemerkt dat deze artikelen alleen derdenverkrijgers beschermen, maar niet andere derden zoals beslagleggende schuldeisers (Bartels 2004, p. 12). Deze kunnen echter de bescherming van art. 3:36 BW inroepen.

uitgangspunt ter discussie stelt dat bij de vraag wat (de omvang van) het object van een eigendomsrecht is geen betekenis toekomt aan de subjectieve partijwil. Hij verwijst naar de leerstukken natrekking, vermenging en zaaksvorming, waar de partijwil buiten beschouwing blijft voorzover deze niet naar buiten blijkt.[129] Op de rol van de wil van de verkrijger (van 'partij' kan hier niet worden gesproken) bij deze originaire wijze van eigendomsverkrijging ga ik in dit verband niet verder in. Maar in de wijze van eigendomsverkrijging zit wel het verschil. Bij de overdracht – een derivatieve wijze van eigendomsverkrijging – speelt de wil van partijen juist een centrale rol. De wilsovereenstemming van partijen vormt de rechtsgrond voor de eigendomsoverdracht. Dit wordt door ons causale stelsel onderstreept. Het 'goederenrechtelijke uitgangspunt' zoals het door Bartels wordt genoemd is in ieder geval geen uitgangspunt bij eigendomsoverdracht. De 'subjectieve' partijwil zal via de uitleg van de koopovereenkomst door het causale stelsel blijven bepalen wat is overgedragen.

Is het openstellen van de mogelijkheid te bewijzen dat partijen zijn overeengekomen dat het over te dragen object een andere is of een andere omvang heeft dan in de akte van levering staat in strijd met de aan het goederenrecht ten grondslag liggende beginselen zoals het specialiteitsbeginsel en het publiciteitsbeginel?[130] Dat is geenszins het geval. Het uit het specialiteitsbeginsel voortvloeiende bepaaldheidvereiste of het individualiseringsvereiste hangt samen met het gegeven dat eigendom een rechtsbetrekking is tot een goed en dat eigendom van uitsluitend naar soort en hoeveelheid bepaalde goederen niet mogelijk is. Het vaststellen welk goed van welke omvang is overgedragen hoeft echter niet alleen plaats te vinden aan de hand van de woorden in een akte. Bij het bepalen hiervan kunnen immers ook andere omstandigheden worden betrokken. Dat kan ook niet anders, omdat voor de vraag wat is overgedragen door het causale stelsel ook datgene wat partijen obligatoir zijn overeengekomen bepalend zal zijn. Wanneer na uitleg van de akte van levering met toepassing van de Haviltex-maatstaf blijkt dat onvoldoende is bepaald wat is overgedragen dan heeft geen geldige overdracht plaatsgehad.[131] Illustratief is de discussie rond artikel 3:84 lid 2 BW dat in het kader van de vereisten voor overdracht voorschrijft dat het goed bij de titel met voldoende bepaaldheid omschreven moet zijn. In de literatuur wordt wel verdedigd dat

129 Bartels 2004, p. 13.

130 Op grond van deze beginselen wordt in de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350; Stichting Eelder Woningbouw de objectieve uitleg van de akte aangenomen.

131 Conclusie A-G Keus par. 2.6 voor HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183 m.nt. WMK; De Liser de Morsain/Rabobank.

in plaats van 'titel' hier moet worden gelezen 'levering'.[132] Dit lijkt mij zeer onwaarschijnlijk, nu deze bepaling direct volgt op de drie vereisten voor een geldige overdracht: beschikkingsbevoegdheid, titel en levering.[133] Bovendien kan met betrekking tot de overdracht van onroerende zaken worden gewezen op artikel 3:89 lid 2 BW dat bepaalt dat in de tot levering bestemde akte de titel nauwkeurig moet worden vermeld. Zoals in paragraaf 5.5.13 uiteengezet hangt dit voorschrift samen met het feit dat vroeger de notariële koopovereenkomst kon worden ingeschreven in de openbare registers. Met andere woorden: de titel van overdracht werd overgeschreven in de openbare registers.[134]

De realisatie van het beginsel dat men alleen eigenaar kan zijn van een bepaalde zaak is daarom afhankelijk van de bepaaldheid van de titel. Bij de overdracht van vorderingen is dit inmiddels duidelijk geworden uit de jurisprudentie van de Hoge Raad. Voor de bepaling van de inhoud van de akte van cessie is niet slechts van belang hetgeen uit de desbetreffende akte zelf blijkt. Het komt volgens de Hoge Raad ook dan aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en op hetgeen ze te dien aanzien redelijkerwijs mochten verwachten.[135]

Dat niet slechts de levering maatgevend is voor hetgeen wordt overgedragen, blijkt ook uit artikel 3:84 lid 4 BW.[136] Wanneer alleen de inhoud van de akte van levering het recht dat is geleverd zou bepalen, kan dit artikel slechts worden toegepast wanneer de opschortende of ontbindende voorwaarde in de akte van levering is opgenomen. In het algemeen wordt echter aangenomen dat, indien een koper bijvoorbeeld onder de ontbindende voorwaarde (bijv. van het niet verkrijgen van een bouwvergunning) heeft gekocht en deze ontbindende voorwaarde niet in de akte van levering is vermeld, maar desal-

---

132 Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 2006 (3-I), nr. 214. In Pitlo/Reehuis/Heisterkamp 2006, nr. 117 wordt de mogelijkheid opengelaten om in art. 3:84 lid 2 BW een 'dubbel titelbegrip' te zien dat zowel betrekking heeft op de aan de levering ten grondslag liggende rechtsverhouding als op de levering zelf.

133 Opvallend is dat juist diegenen die hechten aan een objectieve en woordelijke uitleg van de akte van levering de tekst van de wet hier niet in zijn objectieve context uitleggen (vgl Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 2006 (3-I), nr. 214 i.v.m. nr. 255 en Bartels 2004, p. 5 noot 3).

134 Vgl. artikel 3.4.2.4 lid 2 van het Gewijzigd Ontwerp (het latere art. 3:89 lid 2 BW) dat luidde: 'Is van de titel van overdracht tussen partijen een notariële akte opgemaakt, dan wordt deze als de tot levering bestemde akte aangemerkt, tenzij partijen anders zijn overeengekomen. Wordt tot de levering een zelfstandige, naast de titel staande akte opgemaakt, dan moet die akte nauwkeurig de titel van overdracht vermelden; bijkomstige bedingen uit de titel, die niet de overdracht betreffen, kunnen in de akte van levering worden weggelaten.'

135 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183 m.nt. WMK; De Liser de Morsain/Rabobank.

136 'Wordt ter uitvoering van een voorwaardelijke verbintenis geleverd, dan wordt slechts een recht verkregen, dat aan dezelfde voorwaarde als die verbintenis is onderworpen.'

niettemin komt vast te staan dat deze voorwaarde ten tijde van de levering nog gold en in vervulling kon gaan, de door deze koper verkregen eigendom aan deze voorwaarde is onderworpen.[137] Het bepaaldheidsvereiste heeft niet aan artikel 3:84 lid 4 BW in de weg gestaan. Derden die van de koper inmiddels een recht op de onroerende zaak hebben verkregen worden indien de voorwaarde niet in de akte van levering was vermeld beschermd op grond van artikel 3:26 BW (onjuistheid ingeschreven feit).[138]

Derden die zijn afgegaan op een ingeschreven akte brengen ons op het andere goederenrechtelijke beginsel: het publiciteitsbeginsel. Komt het openstellen van de mogelijkheid te bewijzen dat partijen zijn overeengekomen dat het over te dragen object een andere is of een andere omvang heeft dan in de akte van levering dan in strijd met dit beginsel? Dat is niet het geval. Het publiciteitsbeginsel houdt in dat naar buiten blijkt wie eigenaar is. Bij roerende zaken geeft het bezit invulling aan dit beginsel, bij registergoederen de inschrijving in de openbare registers en bij de overdracht van vorderingen de mededeling aan de debiteur. Dat neemt niet weg dat de goederenrechtelijke situatie anders kan zijn dan deze naar buiten toe schijnt. Een bezitter is niet altijd eigenaar en een inschrijving in de registers betekent nog niet dat de daarin vermelde verkrijger ook eigenaar is geworden (en gebleven). Het publiciteitsbeginsel kent daarom nog een andere uitwerking: de derdenbescherming. Het verband tussen Haviltex-uitleg en derdenbescherming wordt duidelijk in het ING/Muller qq.-arrest[139] Bij de uitleg van de titel die aan een akte tot vestiging van een pandrecht ten grondslag ligt dient de Haviltex-maatstaf te worden toegepast. De Hoge Raad laat hierop volgen:

> 'Bij het vorenstaande verdient opmerking dat de enkele omstandigheid dat een overeenkomst ook gevolgen heeft voor anderen dan partijen, niet rechtvaardigt een andere maatstaf toe te passen dan de hier bedoelde, uiteraard met dien verstande dat met de rechten van derden rekening dient te worden gehouden op de voet van art. 3:36 BW. Laatstgenoemde bepaling speelt in dit geding echter geen rol. Ook de omstandigheid dat een overeenkomst de titel vormt voor de vestiging van een – tegen derden in te roepen – pandrecht, rechtvaardigt op zichzelf niet een andere maatstaf toe te passen.'

Derden mogen afgaan op het bestaan van een bepaalde rechtsbetrekking indien zij deze redelijkerwijs hebben mogen afleiden uit verklaringen en gedragingen

137 Huijgen 1992, p. 134; Pitlo/Reehuis Heisterkamp 2006, nr. 212.

138 Volgens Pitlo/Reehuis Heisterkamp 2006, nr. 123 vindt bescherming plaats op grond van art. 3:24 BW (onvolledigheid registers). Aangezien het in te schrijven feit (de overdracht) wél is ingeschreven, maar niet op een juiste wijze (onvoorwaardelijke overdracht in plaats van een voorwaardelijke overdracht) lijkt art. 3:26 BW (onjuistheid registers) hier eerder van toepassing (zie ook Huijgen 1992, p. 135 m.n. noot 27).

139 HR 20 september 2002, *NJ* 2002, 610 m.nt. C.E. du Perron; ING/Muller qq.

van anderen. Met betrekking tot registergoederen is deze bescherming nog uitgebreid in de artikelen 3:24 en 3:26 BW met betrekking tot in de openbare registers ingeschreven feiten. De derdenbescherming maakt het derhalve mogelijk zowel het publiciteitsbeginsel te eerbiedigen als het beginsel dat aan iedere eigendomsoverdracht de wilsovereenstemming van partijen ten grondslag moet liggen.

5.5.17 Een strikte uitleg binnen de Haviltex-maatstaf

De omschrijving van de over te dragen onroerende zaak in de akte van levering moet worden uitgelegd naar objectieve maatstaven. Zo leert ons het arrest Stichting Eelder Woningbouw. Het gaat volgens de Hoge Raad immers om het voorwerp van de levering. Hoewel wordt vastgehouden aan het causaal stelsel lijkt een strenge scheiding te worden aangebracht tussen koop en levering. Zelfs de wijze waarop de koopovereenkomst en de goederenrechtelijke overeenkomst moeten worden uitgelegd is verschillend. Voor de uitleg van de koopovereenkomst wordt ook bij de koop van onroerende zaken vastgehouden aan de Haviltex-maatstaf. De uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst is volgens de Hoge Raad onderworpen aan een uitleg naar objectieve maatstaven.

Koop en goederenrechtelijke overeenkomst moeten van elkaar worden onderscheiden, maar niet van elkaar worden gescheiden. De geschiedenis van de goederenrechtelijke overeenkomst leert dat koop en goederenrechtelijke overeenkomst dezelfde oorsprong hebben: de wilsovereenstemming die nodig is voor de overdracht van een zaak. Deze natuurrechtelijke gedachte kreeg, toen onderscheid werd gemaakt tussen de koopovereenkomst en de eigendomsoverdracht, bij de levering vorm in de goederenrechtelijke overeenkomst. Het ligt in de lijn van de verwachting dat een uitleg van deze goederenrechtelijke overeenkomst los van de koopovereenkomst tot ongewenste gevolgen kan leiden. Dit effect wordt versterkt wanneer er verschillende uitlegmethoden worden gebruikt. De uitleg naar objectieve maatstaven van uitsluitend hetgeen in de akte van levering is opgenomen kan in de eerste plaats leiden tot een abstraheren van de werkelijke partijbedoeling. In de tweede plaats zou men alleen al door de verschillende wijzen van uitleg een tekortkoming kunnen creëren die niet door partijen is bedoeld. In de derde plaats past een van de koop geabstraheerde uitleg niet in het causale leveringstelsel.

Door de goederenrechtelijke overeenkomst uit te leggen met behulp van de Haviltex-maatstaf kan worden bewerkstelligd dat deze op dezelfde wijze en niet los van de daaraan voorafgaande koopovereenkomst wordt uitgelegd. Hieraan kleeft een bezwaar. Een te grote uitlegvrijheid aan de hand van de Haviltex-maatstaf brengt de rechtszekerheid in gevaar. De rechtszekerheid

met betrekking tot de rechtstoestand van registergoederen is ermee gediend dat men er in beginsel vanuit mag gaan dat hetgeen in de in de openbare registers ingeschreven akte van levering is vermeld ook die rechtstoestand weergeeft. Dit geldt evenwel niet alleen voor de uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst, maar door ons causale systeem ook voor de koopovereenkomst. En bij de uitleg van deze laatste overeenkomst wordt bij de overdracht van onroerende zaken toch ook aan de Haviltex-maatstaf vastgehouden.

De oplossing voor een eenvormige uitleg van koop en goederenrechtelijke overeenkomst kan worden gevonden door de blik van de goederenrechtelijke overeenkomst te verschuiven naar de koopovereenkomst. Hoe moet de koopovereenkomst die ten grondslag ligt aan de eigendomsoverdracht van onroerende zaken worden uitgelegd? Aan het antwoord op deze vraag gaat een vraag vooraf. Waar is de koopovereenkomst die uiteindelijk aan de overdracht ten grondslag ligt te vinden? De *essentialia* hiervan worden in de akte van levering nauwkeurig vermeld naast de weergave van de goederenrechtelijke overeenkomst. Deze dubbele functie van de akte van levering heeft historische wortels. Maar hij is ook verwoord in het voorschrift dat de akte van levering nauwkeurig de titel moet vermelden (art. 3:89 lid 2 BW). Het gegeven dat de *essentialia* van de koopovereenkomst in een notariële akte zijn neergelegd is van invloed op de wijze waarop de Haviltex-maatstaf wordt toegepast. Wie naar de notaris gaat voor het opmaken van een akte weet dat het gaat om de schriftelijke vastlegging van de bedoeling van partijen in de akte en dat de hierin gebezigde bewoordingen van groot belang zullen zijn. Dit is een van de belangrijkste redenen voor notariële tussenkomst. De bedoelingen van partijen moeten juist en volledig in de akte worden verwoord. De notaris dient een en ander na te gaan en bij partijen te verifiëren. Hij oefent deze taak uit ter bescherming van degene wiens wil in de akte wordt weergegeven, maar ook met het oog op de zekerheid van het rechtsverkeer. De ene partij mag er daarom in beginsel op vertrouwen dat de andere partij heeft bedoeld wat woordelijk in de akte van levering is vermeld over hetgeen is verkocht. Tegenbewijs dat in een bepaald geval iets anders is bedoeld dan in de akte vermeld is evenwel mogelijk. Wanneer dit tegenbewijs slaagt worden derden die zijn afgegaan op de tekst van de akte beschermd op grond van de artikelen 3:24, 3:26 en 3:36 BW.

Wanneer deze strikte uitleg binnen de Haviltex-maatstaf ook wordt toegepast op de goederenrechtelijke overeenkomst wordt recht gedaan aan de gedachte dat het ook bij de levering in beginsel draait om de wilsovereenstemming van partijen. De rechtszekerheid die bij de overdracht van onroerende zaken van groot belang is wordt hierbij niet uit het oog verloren. Bovendien biedt deze uitleg de mogelijkheid de koopovereenkomst en de goederenrechtelijke overeenkomst in overeenstemming met elkaar uit te leggen.

6 Bedenktijd

6.1 VERZET OF OVERGAVE?

Bedenktijdregelingen zijn op de golven van de consumentenbescherming het burgerlijk recht binnen gerold. Zolang het ging om betrekkelijk weinig voorkomende overeenkomsten zoals bedoeld in de Colportagewet of koop van timeshares maakten weinigen zich er druk om, ook al kreeg laatstgenoemde regeling een plaats in het BW. Maar inmiddels lijkt deze rechtsfiguur zich een vaste plaats te verwerven.[1] Ook met betrekking tot veel voorkomende overeenkomsten zoals de koop op afstand en de koop van woningen is inmiddels in de wet opgenomen dat de koper het recht heeft de overeenkomst gedurende een bedenktijd te ontbinden. Met betrekking tot de koop van woningen bepaalt artikel 7:2 lid 2 BW dat de koper, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf het recht heeft de koop te ontbinden gedurende drie dagen na de terhandstelling van de koopakte.

Het belangrijkste punt van kritiek in de literatuur op de figuur van de bedenktijd in het algemeen is dat deze in strijd komt, althans op gespannen voet staat, met het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen. Wellicht is de inbreuk op het *pacta sunt servanda* nog te rechtvaardigen vanuit het perspectief dat de consument dient te worden beschermd tegen professionele verkopers, die gebruik plegen te maken van verkoopmethoden die een goede beraadslaging voorafgaande aan de totstandkoming van de koopovereenkomst in de weg kunnen staan, zoals de koop via de telefoon of via internet, op een vakantiebeurs of aan de deur. Velen twijfelen echter aan de rechtvaardiging van de bedenktijd bij de koop van woningen. Het gaat hier doorgaans niet om ondoordacht en snel gesloten overeenkomsten en bovendien is de verkoper in de meeste gevallen zelf ook iemand die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Hierbij komt dat de wetgever een alternatief ter beschikking had, waarbij de verbindende kracht van de overeenkomst volledig zou zijn gerespecteerd en zowel de koper als de verkoper tegen ondoordacht handelen zouden worden beschermd. De notariële koopakte kon echter om politieke redenen de bedenktijd bij de koop van woningen niet van zijn plaats

1 Zie voor een overzicht van de bedenktijdregelingen in de Nederlandse wetgeving: Hijma 2004, p. 7-12.

verdringen. Op de uit de parlementaire geschiedenis af te leiden overwegingen voor de invoering van de bedenktijd bij de koop van woningen wordt in de volgende paragraaf ingegaan. Tot zover de geschiedenis, maar hoe gaat het recht verder?

De kritiek op de bedenktijd kan leiden tot twee verschillende reacties: verzet of overgave. Wie constateert dat de bedenktijd bij de koop van woningen geen goede keuze is en zelfs in strijd komt met de beginselen van het recht zal zich tegen invoering in de wet verzetten. Vele auteurs hebben dit ook gedaan.[2] Maar wat resteert er nog wanneer de regeling het Staatsblad heeft bereikt? Het verzet behoeft om democratische redenen nog niet te worden opgegeven, omdat de Minister van Justitie heeft aangekondigd de wet te zullen evalueren in 2008.[3] Maar wanneer artikel 7:2 BW tot die tijd niet leidt tot grote maatschappelijke onrust of overbelasting van de rechtelijke macht, lijkt niet waarschijnlijk dat de minister de bedenktijd op dat moment, zo kort na de invoering, om al eerder in de literatuur en het parlement uitgesproken juridische redenen weer zal afschaffen. Echter, met de invoering van de bedenktijd is de rol van de rechtsbeginselen waarop de bedenktijd een inbreuk maakt, niet uitgespeeld.

De rechtswetenschap staat voor een nieuwe opgave: hoe kan de inpassing van de bedenktijd in het burgerlijk recht het beste geschieden? In dit hoofdstuk zal de bedenktijd daarom worden bekeken vanuit het perspectief van drie rechtsbeginselen die door de bedenktijd onder spanning komen te staan: de verbindende kracht van de overeenkomst, de redelijkheid en het causabeginsel. Het verzet tegen de bedenktijd leidt bij de invoering ervan niet zozeer tot een overgave, als wel tot een nieuwe opgave. De kritiek zal daarom gepaard gaan met suggesties voor het vinden van oplossingen. Soms zal de hulp van de wetgever hierbij nodig zijn. In andere gevallen biedt het burgerlijk recht zelf de mogelijkheden. De bedenktijd leidt ook op andere punten dan de inbreuk op fundamentele beginselen tot vragen. In dat verband zal aan het slot van dit hoofdstuk worden ingegaan op vragen die samenhangen met de levering van een onroerende zaak.

---

2 De Boer 1993, p. 1243-1244; Luijten 1993, p. 129-134; Kleijn 1992, p. 20; Castermans 1992, p. 271-274; Hensen 1992, p. 1484-1490; Van Velten 1994, p. 383-385; Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 136a; A.L. Croes 2001, p. 334-339.

3 *Kamerstukken II* 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 20 (Verslag van een wetgevingsoverleg); *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, 38a, p. 3 (Nadere MvA) en *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, nr. A, p. 8 (Brief van de Minister van Justitie).

6.2 WERKING, GESCHIEDENIS EN RATIO VAN DE BEDENKTIJD IN ARTIKEL 7:2 BW

De bedenktijd bij de koop van woningen is neergelegd in artikel 7:2 BW. Voor de duidelijkheid volgt hier de tekst van de eerste twee leden:

> '1. De koop van een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan wordt, indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, schriftelijk aangegaan.
> 2. De tussen partijen opgemaakte akte of een afschrift daarvan moet aan de koper ter hand worden gesteld, desverlangd tegen afgifte aan de verkoper van een gedateerd ontvangstbewijs. Gedurende drie dagen na deze terhandstelling heeft de koper het recht de koop te ontbinden. Komt, nadat de koper van dit recht gebruik gemaakt heeft, binnen zes maanden tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand, dan ontstaat het recht niet opnieuw.'

De bedenktijd is omschreven als een recht tot ontbinding van de reeds gesloten koopovereenkomst. De bedenktijd is aldus gepositioneerd ná de totstandkoming van de koopovereenkomst. Het biedt de koper niet alleen een afkoelingsperiode (*délai de réflexion*), die hem de gelegenheid geeft tot heroverweging, maar ook en vooral het recht zich aan de overeenkomst te onttrekken (*droit de rétractation*). De naam die aan de rechtsfiguur wordt gegeven is volgens Hijma vooral afhankelijk van de vraag waarop men het accent wil leggen: op de aard van het recht, het terugtreden uit de overeenkomst, of op het doel ervan, het heroverwegen van de overeenkomst. In Duitsland noemt men de rechtsfiguur naar zijn aard *Widerrufsrecht*, in Nederland naar zijn doel 'bedenktijd'.[4] De Franse regeling in artikel L 271-1 Code de la construction et de l'habitation toont evenwel aan dat ook een afkoelingsperiode zonder terugtreding denkbaar is (zie par. 6.3.4). Het nadeel van de term bedenktijd is dan ook dat deze ook op een dergelijke vóór de contractsluiting liggende periode betrekking zou kunnen hebben. Hoe dan ook, de Nederlandse bedenktijd bij de koop van onroerende zaken is gekoppeld aan het recht tot terugtreding uit de overeenkomst. De wijze van het terugtreden uit de overeenkomst is omschreven als het recht de overeenkomst te ontbinden. Dit is echter geen ontbinding in de zin van artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) of artikel 6:265 e.v. BW (tekortkoming), omdat een tekortkoming of een onvoorziene omstandigheid niet wordt geëist.[5] Het ontbindingsrecht is evenmin als een ontbindende voorwaarde vorm gegeven. Op de vraag hoe dit terugtreedrecht dan wel in ons recht zou moeten worden ingepast kom ik in para-

4 Hijma 2004, p. 6-7.
5 Hijma 2004, p. 34.

graaf 6.4.4 terug.[6] Het recht tot ontbinding komt alleen toe aan de koper, die voldoet aan de vereisten van lid 1. Volgens lid 4 van artikel 7:2 BW is het van dwingend recht in die zin dat hiervan niet ten nadele van de koper mag worden afgeweken. De bedenktijd kan daarom wel contractueel worden verlengd, maar niet worden uitgesloten of worden verkort. Op de bedenktijd is de Algemene termijnenwet van toepassing.

De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Koop van onroerende zaken, waarvan artikel 7:2 BW deel uitmaakt, staat in het teken van de vraag of de bedenktijd van drie dagen ten behoeve van de koper wel de betrokken partijen de optimale rechtsbescherming biedt, wanneer men deze vergelijkt met een verplichte notariële inschakeling bij de totstandkoming van de koopovereenkomst. Over deze parlementaire behandeling, die zich wat betreft de discussie tussen de minister en het parlement soms laat lezen als een gesprek tussen doven, is inmiddels veel en in afkeurende zin geschreven.[7] De door de regering nagestreefde verbetering van de rechtsbescherming van de kopers van woningen kon worden bereikt door de invoering van een notarieel koopcontract.[8] In een oorspronkelijk voorontwerp van de Wet Koop van onroerende zaken was voor deze vorm van rechtsbescherming gekozen.[9] Bij de opstelling van het definitieve wetsvoorstel trad de minister in overleg met verschillende maatschappelijke organisaties en met de ministeries van Economische Zaken en Volkshuisvesting, Ruimtelijke ordening en Milieubeheer.[10] De overgrote meerderheid van deze organisaties voelde niet voor de verplichte notariële inschakeling bij de koop. Hiernaar heeft de Minister van Justitie geluisterd. Hij koos op basis van de mening van deze meerderheid niet voor de notariële koopakte, maar voor het alternatief van de bedenktijd van drie dagen. De rechtswetenschappelijke argumenten werden hieraan ondergeschikt geacht:[11]

> 'Ik ben mij er hierbij van bewust geweest dat in de juridische literatuur bijna iedereen tegen de bedenktijd is en vóór de notariële akte in de obligatoire fase,

6 Zie over deze systematische inpassing uitvoerig Hijma 2004, p. 29-44.

7 Dammingh 2002, p. 253 e.v.; Croes 2002, p. 448-449., Hijma 2004, p. 12; Valk 2004, p. 121-125; Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 136.

8 Dammingh 2002, p. 256.

9 Zie voor de tekst van dit voorontwerp Van Rossum 1991, p. 77-78 en Asser-Hijma 2001 (5-1), nr. 135. Overigens werd in dit voorontwerp niet voorgeschreven dat de koopovereenkomst in een notariële akte moest worden neergelegd, maar dat de koopakte door de notaris moest worden 'mede ondertekend'.

10 De volgende organisaties zijn geraadpleegd: de Consumentenbond, de Vereniging Eigen Huis, de Koninklijke Notariële Broederschap, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen, de Landelijke Makelaarsvereniging, de Vereniging Bemiddeling Onroerend Goed, het Nederlands Verbond van Ondernemers in de Bouwnijverheid, het Algemeen Verbond Bouwbedrijf, de Raad voor Onroerende Zaken, het Garantie Instituut Woningbouw en het Instituut voor Bouwrecht (*Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 1 (NEV)).

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 2 (NEV).

> zoals de commissie constateert. Aan deze opvatting hecht ik minder waarde, gelet op de zoëven weergegeven uitkomst van het overleg met de maatschappelijke geledingen. De ministeries van Economische Zaken en van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer deelden mijn standpunt dat de bedenktijd in het wetsvoorstel dient te worden gehandhaafd.'

In de Memorie van Toelichting en ook in de latere parlementaire stukken wordt als reden ook naar voren gebracht dat het marktproces niet meer moet worden beperkt dan gelet op de wenselijkheid van een zo evenwichtig mogelijke verhouding tussen verkoper en consument-koper noodzakelijk is.[12] Hensen en Valk concluderen op basis hiervan dat de afkeer van een nieuw notarieel monopolie een belangrijke drijfveer blijkt te zijn geweest voor de huidige bedenktijdregeling.[13] De leden van de Eerste en Tweede Kamer hechten wel veel waarde aan de kritiek in de wetenschappelijke literatuur. Zo wordt in het schriftelijk overleg dat nog na het eindverslag in de Tweede Kamer wordt gevoerd, de minister het juridische vuur na aan de schenen gelegd. Aangezien de drijfveren voor het invoeren van de bedenktijd niet van juridische, maar van politieke aard zijn, zijn de antwoorden van de minister vaak weinig overtuigend. De minister lijkt zich dit op enig moment ook zelf te realiseren:[14]

> 'De aldus gemaakte keuze sluit niet uit dat de verplichte inschakeling van een (onpartijdige) deskundige een nog evenwichtiger verhouding tussen de verkoper en de consument-koper tot gevolg zou kunnen hebben. Voor verplichte inschakeling van een deskundige is evenwel niet gekozen op grond van het oordeel dat daardoor aan de andere genoemde beleidsdoelstelling (het marktproces niet meer beperken dan noodzakelijk is) onvoldoende recht zou worden gedaan.'

En enige alinea's verder:[15]

> 'De stelling dat de belangen van de consument-verkoper en die van de consument-koper van een woning vanuit juridisch perspectief het beste worden beschermd door de notariële koopakte (of een andere vorm van notariële inschakeling bij de koop), lijkt niet bij voorbaat onjuist. Waarom desondanks niet voor deze vorm van bescherming van de consument is gekozen, is uiteengezet in het antwoord op vraag 2, waarnaar hier moge worden verwezen (zie vorige citaat, CGBdV).'

De tegenstand in de Tweede Kamer wordt evident op het moment waarop een duidelijke Kamermeerderheid zich achter het amendement van Swildens-Rozendaal, Van Wijmen en Van Walsum schaart, dat ertoe strekt om de in

---

12 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 095, nr. 3, p. 4 (MvT); *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2 (MvA); *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 10, p. 17 (Verslag van een schriftelijk overleg).

13 Hensen 1992, p. 1490; Valk 2004, p. 120.

14 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 10, p. 18 (Verslag van een schriftelijk overleg).

15 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 10, p. 21 (Verslag van een schriftelijk overleg).

het wetsvoorstel opgenomen bedenktijd voor de consument die een woning koopt te vervangen door verplichte inschakeling van de notaris bij de koop.[16] De Minister van Justitie reageert hierop bij brief van 10 december 2001.[17] Hierin deelt hij mee dat indien het amendement wordt aanvaard, het kabinet zich genoodzaakt ziet te bevorderen dat het wetsvoorstel wordt ingetrokken. De minister verzet zich tegen het amendement, omdat het naar zijn mening zou leiden tot verhoging van de kosten van de consument en verstoring van het evenwicht in posities van de bij de koop betrokken partijen. Bovendien kleeft hieraan volgens de minister het bezwaar van 'een exclusieve positie van één beroepsgroep, in dit geval het notariaat'. De Tweede Kamer zwicht voor het dreigement van de minister door genoegen te nemen met het compromis dat is verwoord in het tweede lid van artikel 7:3 BW. Voor de totstandkoming van een geldige koopovereenkomst is notariële bijstand niet noodzakelijk. Alleen, indien men de koopovereenkomst binnen de bedenktijd in de openbare registers wil inschrijven (*Vormerkung*) zal de koopakte door de notaris moeten zijn opgesteld en ondertekend. De leden van de Eerste Kamer hebben evenals hun collega's van de Tweede Kamer ernstige bedenkingen tegen de Wet Koop van onroerende zaken. De Eerste Kamer stemt met het voorstel in omdat de minister heeft toegezegd een brief te zenden waarin hij ingaat op de vraag of de wet op de volgende drie punten wijziging behoeft:[18]

1. het uitbreiden van het vormvereiste van een schriftelijke koopovereenkomst tot de koop van onroerende zaken in het algemeen, dus ook indien de koop niet op een woning betrekking heeft en ook als de koper niet een consument is;
2. het stellen van aanvullende eisen aan de inhoud van de koopovereenkomst;
3. het invoeren van de 'tweewegenleer': een verlenging van de bedenktijd van drie tot zeven dagen met dien verstande dat indien de koop met notariële tussenkomst wordt gesloten in de koopakte afstand kan worden gedaan van de bedenktijd of in dat geval op grond van de wet geen bedenktijd te laten ingaan.

De minister antwoordt overeenkomstig zijn belofte voor het einde van het jaar 2003.[19] De wet is dan inmiddels al op 1 september 2003 in werking getreden. De senatoren die de punten naar voren hebben gebracht krijgen echter geen voet aan de grond. De minister is op dit moment niet van plan de Wet Koop van onroerende zaken op een van bovenvermelde punten aan te passen.

16 *Kamerstukken II* 2001/02 , 23 095, nr. 13 (Amendement van het lid Swildens-Rozendaal c.s.).
17 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 15 (Brief van de Minister van Justitie).
18 *Handelingen I* 2002/03, 27, p. 840-841.
19 *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, A (Brief van de Minister van Justitie).

De ratio van de bedenktijd wordt als volgt in de parlementaire geschiedenis beschreven:[20]

> 'De bedenktijd met ontbindingsrecht achteraf beoogt de consument-koper de gelegenheid te garanderen tot het aan de hand van de hem ter hand gestelde koopakte raadplegen van één of meer deskundigen en tot het herstellen van een, wellicht gedwongen, overhaaste koopbeslissing.'

Het gaat derhalve om de bescherming van de consument-koper met betrekking tot twee aspecten. In de eerste plaats heeft de consument door de bedenktijd de gelegenheid informatie in te winnen met betrekking tot de door hem gesloten overeenkomst. Zo kan hij met de koopakte in de hand bij juridisch deskundigen navraag doen over de betekenis van hetgeen hierin staat. Veelal wordt in de parlementaire gedachtewisseling in het midden gelaten op wat voor informatie en op wat voor deskundigheid hier wordt gedoeld. Vaak gaat het over de rechtsgevolgen van de overeenkomst, zodat in ieder geval juridische deskundigheid moet zijn beoogd, zoals deze te vinden is bij een notaris of bij een advocaat. In de parlementaire geschiedenis wordt opgemerkt dat ook kan worden gedacht aan raadpleging van een makelaar, een fiscalist en een bouwkundige.[21] In de tweede plaats wordt beoogd de consument te beschermen tegen eigen ondoordacht handelen dat al dan niet onder externe druk is veroorzaakt. Deze twee redenen voor de bescherming van de koper zou men kunnen samenvatten als: bescherming tegen een 'informatietekort' en bescherming tegen een 'psychologisch tekort'. Deze terminologie is afkomstig van Valk, die heeft aangetoond dat deze twee motieven te herkennen zijn in de redengeving voor bedenktijdregelingen, zowel in de Europese regelgeving als in de Nederlandse wetgeving.[22] Deze twee elementen zijn ook terug te vinden bij Reiner die spreekt van *psychischen Swäche* en *infomationellen Schwäche*.[23] Hijma maakt eenzelfde onderscheid, namelijk in 'bescherming tegen tekort aan weerstand' en 'bescherming tegen tekort aan informatie'.[24] Op deze 'tekorten' zal in paragraaf 6.4.2 nader worden ingegaan.

---

20 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2 (MvA). Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 19 (Verslag van een schriftelijk overleg).
21 *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 2 (MvA).
22 Valk 2004, p. 103-126.
23 Reiner 2003, p. 9-10.
24 Hijma 2004, p. 20-21.

6.3 Inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst

6.3.1 Pacta sunt servanda?

Is het nog waar? Moeten overeenkomsten worden nagekomen? Er klinkt enige twijfel of eerder vertwijfeling door in de titel van het afscheidscollege van Mok: *Pacta sunt servanda; ja toch?*[25] Misschien is het wel zo dat deze regel uit ons contractenrecht in deze moderne tijd niet meer geldt. De trouw aan het gegeven woord is een vergeten deugd. Het verdwijnen van artikel 1374 BW was kennelijk een teken aan de wand. De verbindende kracht van de overeenkomst was tot de invoering van het nieuw BW in 1992 in deze bepaling neergelegd:

> '1. Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.
> 2. Zij kunnen niet herroepen worden, dan met wederzijdsche toestemming, of uit hoofde der redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart.
> 3. Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebragt.'

Een bepaling met dezelfde zeggingskracht vindt men in het huidige BW niet terug. Het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst zou besloten liggen in artikel 6:248 lid 1 BW:[26]

> 'Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.'

De verbindende kracht van de overeenkomst kan slechts met veel goede wil hierin worden gelezen. Geldt dit uitgangspunt dan niet meer? Niets in de parlementaire geschiedenis wijst erop dat de wetgever bij de invoering van het nieuw BW van de materiële inhoud van het oude artikel 1374 BW afscheid wou nemen.[27] De onherroepelijkheid van de overeenkomst (art. 1374 lid 2 (oud) BW) vloeit als vanzelfsprekend voort uit de verbindende kracht van de overeenkomst. Wie van de gevolgen van een overeenkomst af wil – wie 'herroept' – zal daarvoor een nieuwe overeenkomst met zijn wederpartij moeten sluiten. In zoverre is het niet verwonderlijk dat met betrekking tot

25 Mok 1997.

26 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 34.

27 In de toelichting Meijers wordt over het schrappen van artikel 1374 (oud) BW slechts opgemerkt dat naast het bepaalde in art. 6:248 lid 1 geen behoefte is aan de bepaling dat overeenkomsten partijen tot wet strekken (*Parl. Gesch. Boek 6*, p. 919 (TM)).

eenmaal totstandgekomen overeenkomsten 'de herroeping' als zodanig niet (meer) in ons wetboek voorkomt.[28] Het spreekt immers voor zich.

Het terugtreedrecht dat is verbonden aan de wettelijke bedenktijd maakt op het eerste gezicht inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst. In deze paragraaf komt aan de orde de vraag of de bedenktijd van artikel 7:2 BW zodanig in ons contractenrecht kan worden ingebed, dat geen inbreuk wordt gemaakt op het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen.

6.3.2 Inbreuk of gewoon een nieuwe uitzondering?

De Nederlandse bedenktijdregelingen zijn alle zo geconstrueerd dat de inmiddels tot stand gekomen overeenkomst door de consument terzijde kan worden geschoven.[29] Ook de koper van een woning kan na het totstandkomen van de overeenkomst op zijn woord terugkomen. In zijn afscheidscollege noemt Mok dit een inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst. Hij heeft er echter ook op gewezen dat het recht partijen niet altijd aan deze verbindende kracht houdt. Als voorbeelden noemt hij: de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, de vernietiging op grond van wilsgebreken, de ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden en de situatie van overmacht. Hieraan voegt hij ook toe de uitleg volgens de Haviltex-maatstaf.[30] Daargelaten dat de uitleg eerder ziet op de vraag waartoe de overeenkomst verplicht en niet op de vraag wanneer men er niet meer aan te houden is, is het juist dat het recht om verschillende redenen uitzonderingen op de contractuele gebondenheid heeft geformuleerd. Dit zijn aldus Mok uitzonderingen op de contractuele gebondenheid, die terughoudend worden toegepast. Maar is de bedenktijd dan ook niet gewoon een nieuwe uitzondering, waarvan de toepassing maar beperkt is omdat deze slechts binnen een beperkte termijn kan geschieden? Gaat het niet te ver hier van een 'inbreuk' te spreken? Op grond van de gelijkenis met de traditionele gevallen van vernietiging, ontbinding en de opzegging van duurovereenkomsten beschouwt Hijma de bedenktijdregelingen als niet zeer afwijkend.[31] Ook Bartels en Sander zien de bedenktijd eerder als een uitzondering dan als een inbreuk. Er wordt volgens deze auteurs slechts een bijzondere ontbindingsgrond toegevoegd aan het reeds bestaande scala. Dit vanwege de beschermenswaardige positie van de consu-

---

28 Hijma wijst erop dat zij slechts voorkomt bij enkele specifieke rechtshandelingstypen nl: volmacht (art. 3:72 sub c), uiterste wilsbeschikking (art. 4:111), aanbod (art. 6:219) en derdenbeding (art. 6:253 lid 2) (Hijma 2004, p. 32).

29 Hijma 2004, p. 26.

30 Mok 1997, p. 8-9.

31 Hijma 2003a, p. 106-107; idem Hijma 2004, p. 28.

ment die onder druk heeft gecontracteerd.[32] Valk constateert echter terecht dat de bedenktijdregeling zich op een cruciaal punt van de gewone vernietiging, ontbinding en opzegging onderscheidt, namelijk op de regel dat er voor het inroepen van de bedenktijd geen bijzondere redenen nodig zijn. Dit betekent – aldus Valk – dat de koper aan zijn verklaarde wil slechts gebonden is, wanneer hij aan het einde van de bedenktijd nog steeds wil.[33] Om deze reden is de bedenktijd niet alleen een uitzondering op de verbindende kracht van de overeenkomst, maar ook een inbreuk daarop. Immers, de vernietiging wegens wilsgebreken en de ontbinding wegens tekortkoming of onvoorziene omstandigheden zijn juist geworden tot uitzonderingen, omdat in die gevallen er met betrekking tot de beginselen die de verbindende kracht van de overeenkomst rechtvaardigen in die gevallen wat aan de hand is: het schort aan de autonomie van partijen of aan het causabeginsel (quid pro quo). Maar aangezien bij de bedenktijd de ontbinding zonder opgave van redenen kan geschieden, zijn er ook geen redenen die rechtvaardigen waarom de overeenkomst partijen niet zou binden. De vraag of als reden volstaat dat men 'maar' een consument is wordt in paragraaf 6.4.5 en 6.4.6 aan de orde gesteld.

6.3.3 De leer van de uitgestelde overeenkomst

Om verschillende redenen kan het gewenst zijn dat het recht bevordert dat over het sluiten van een bepaald soort overeenkomst goed wordt nagedacht. De klassieke methode hiervoor was het stellen van een vormvoorschrift. Deze beschermt tegen overijling en onbedachtzaam handelen. Hoewel in dit verband nooit van 'bedenktijd' of 'afkoelingsperiode' werd gesproken creëerde het vormvoorschrift deze wel. Het is de bedenktijd *avant la lettre*.[34] En hoewel een vormvoorschrift wel wordt gezien als een inbreuk op de contractvrijheid, veroorzaakt deze niet een inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst, omdat de overeenkomst pas bij het in acht nemen van het vormvoorschrift tot stand komt. De bedenktijd begint niet bij het sluiten van de overeenkomst, maar eindigt hiermee. De inbreuk die de moderne bedenktijd maakt op het *pacta sunt servanda* kan dus worden opgelost door het sluiten van de overeenkomst na de bedenktijd te positioneren. Mok stelt voor de bedenktijd als volgt in het contractenrecht in te passen:[35]

> 'Men moet dan stellen dat er sprake is van een *uitgestelde wilsovereenstemming*. Beide partijen kunnen immers weten dat er een afkoelingsperiode geldt. De inachtneming

32 Bartels & Sander 1998, p. 80.
33 Valk 2004, p. 131.
34 Nu wordt deze periode 'informele bedenktijd' genoemd (*Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 8 (NEV); Hijma 2004, p. 15-16).
35 Mok 1997, p. 15.

> daarvan kan men beschouwen als een beding dat (zo nodig) stilzwijgend deel uitmaakt van hun wilsverklaring. De wilsovereenstemming wordt dan geacht tot stand te zijn gekomen bij afloop van de afkoelingsperiode en eerst dan ontstaat ook de verbindende kracht van de overeenkomst.'

Ook Nieuwenhuis bepleit de totstandkoming van de overeenkomst vast te knopen aan het verstrijken van de bedenktijd. Hij doet dit echter op een andere wijze dan Mok. De mogelijkheid die Nieuwenhuis voor de koop op afstand suggereert is de volgende:[36]

> 'De koop op afstand komt tot stand in twee fasen. De op afstand verrichte transactie bindt slechts de verkoper; een overeenkomst die ook de koper verbindt, komt pas tot stand als de afkoelingsperiode is verstreken.'

Er zijn twee verschillen aan te wijzen tussen de benadering van Mok en die van Nieuwenhuis. In de eerste plaats is er een theoretisch verschil. De constructie van Mok is volgens Hijma gebaseerd op veronderstelde of zelfs gefingeerde partijbedoelingen. De overeenkomst komt hier van meet aan tot stand, maar de werking ervan is uitgesteld tot het moment waarop de wettelijke bedenktijd verstrijkt (overeenkomst onder opschortende tijdsbepaling). Volgens Hijma gaat Nieuwenhuis een stap verder, omdat deze in het eerste stadium niet van een overeenkomst wil spreken.[37] Is dat wat Nieuwenhuis bedoelt? De overeenkomst komt volgens Nieuwenhuis tot stand in twee fasen. Maar in de eerste fase is de verkoper al gebonden. De overeenkomst is dus dan al op enigerlei wijze bindend, tenzij hier wordt gedoeld op het verlenen van een optie. De koper is pas gebonden nadat de afkoelingsperiode is verstreken. Hier komen we op het tweede verschil met Mok, die beide partijen pas aan het einde van de afkoelingsperiode gebonden acht. Hij spreekt immers van een uitgestelde wilsovereenstemming. Zo begrepen gaat Mok weer een stap verder dan Nieuwenhuis.

De twee-fasen-benadering van Nieuwenhuis brengt ons op een derde mogelijkheid tot het positioneren van de bedenktijd vóór de totstandkoming van de overeenkomst: het wettelijk optierecht. Een koopoptie is een contractueel vastgelegd onherroepelijk aanbod van de verkoper. De koper kan door zijn eenzijdige wilsverklaring de overeenkomst tot stand brengen.[38] Wanneer nu de bedenktijd zou worden geconstrueerd als een wettelijk optierecht dat gedurende de bedenktijd zijn gelding heeft, is het resultaat dat de overeenkomst pas ontstaat nadat de bedenktijd is verstreken. Wordt van de bedenktijd door de koper gebruik gemaakt en verwerpt hij het aanbod dan komt de

36 Nieuwenhuis 2001, p. 333.
37 Hijma 2004, p. 27-28.
38 Asser-Hartkamp 2005 (4-II), nr. 74. en Asser-Hijma 2001 (5-I), nr. 184.

overeenkomst niet tot stand, zodat geen strijd kan ontstaan met de verbindende kracht van de overeenkomst. Het enige wat er gebeurt wanneer de koper zich bedenkt is dat hij het aanbod van de verkoper heeft verworpen. Toch is de verkoper al bij de aanvang van de bedenktijd gebonden. Hij is pas bevrijd wanneer de koper het aanbod verwerpt.

Hijma laat zich niet door de leer van de uitgestelde overeenkomst of door het wettelijk optierecht overtuigen. Beide constructies gaan er volgens hem aan voorbij dat verkoper en koper menen gewoon en meteen een koopovereenkomst te zijn aangegaan. Zijn negatieve oordeel geldt ook voor 'andere constructies en redeneerpatronen die een wig drijven tussen feitelijk en juridisch contractsmoment, oftewel voor alle benaderingen waarin een uitgestelde totstandkoming centraal staat'.[39]

6.3.4 Synthese via het vormvoorschrift

Hijma is beducht voor de wig tussen feitelijk en juridisch contractsmoment, anderen voor de wig tussen contractsmoment en gebondenheid. Moeten we kiezen tussen twee kwaden? Als ik Hijma goed begrijp verstaat hij onder feitelijk contractsmoment de wilsovereenstemming tussen partijen. Wanneer geen vormvoorschrift geldt is dit ook het juridische contractsmoment (art. 6:217 jo. art. 3:37 BW). Men zou kunnen zeggen dat ook een vormvoorschrift een wig drijft tussen feitelijk en juridisch contractsmoment. Maar in wezen geldt dat alleen voor sommige juristen, aangezien 'gewone' mensen ook de feitelijke contractssluiting plegen te plaatsen bij het voldoen aan het vormvoorschrift (zie par. 2.6). Deze wig bestaat ook in juridische zin niet indien overeenkomstig de in paragraaf 3.3.5 verdedigde handelingsvisie het voldoen aan het vormvereiste wordt gezien als de vormgeving van de rechtshandeling. Wanneer nu de aard van de overeenkomst, waarvoor men een bedenktijd of afkoelingsperiode wil creëren, zich ervoor leent te worden afgesloten in een bepaalde schriftelijke vorm (onderhandse of authentieke akte), is het mogelijk de bedenktijd vóór de contractssluiting te plaatsen. Dit biedt geen oplossing voor alle overeenkomsten, omdat sommige van onvoldoende gewicht zijn om hiervoor een vormvereiste te stellen. Een voorbeeld hiervan is de koop op afstand van consumptiegoederen. Bovendien is bij deze overeenkomsten nu juist het punt dat de bedenktijd niet moet worden gekoppeld aan de vorm, maar aan de ontvangst van de zaak (zie art. 7:46d lid 1 BW). Bij de koop van onroerende zaken past een vormvoorschrift wel. In de huidige regelingen wordt de aanvang van de bedenktijd aan de terhandstelling van de akte verbonden (art. 7:2 lid 2 BW en art. 7:48c lid 1 BW). Het Franse artikel L271-1 *Code de la construc-*

39 Hijma 2004, p. 28 en 31.

tion et de l'habitation laat zien dat het echter ook mogelijk is met behulp van een vormvoorschrift de bedenktijd vóór de contractssluiting te plaatsen. Dit artikel bepaalt:

> 'Pour tout acte sous seing privé ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.
> Cet acte est notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation est exercée dans ces mêmes formes.
> Lorsque l'un des actes mentionnés au premier alinéa est dressé en la forme authentique, l'acquéreur non professionnel dispose d'un délai de réflexion de sept jours à compter de la notification ou de la remise d'un projet d'acte selon les mêmes modalités que celles prévues pour le délai de rétractation mentionné au premier alinéa. En aucun cas, l'acte authentique ne peut être signé pendant ce délai de sept jours.
> Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, les dispositions ci-dessus ne s'appliquent qu'à ce contrat ou à cette promesse.'

Wordt een rechtshandeling met betrekking tot de verkrijging van een tot bewoning bestemde onroerende zaak bij onderhandse akte verricht dan heeft de niet professionele verkrijger het recht zich terug te trekken gedurende een periode van zeven dagen (*délai de rétractation*). Dit recht gelijkt dus op de bedenktijd-ontbinding van artikel 7:2 BW. De bedenktijd vangt aan na de ontvangst van de akte. De derde alinea van dit artikel voegt er echter wat aan toe. Wanneer van de rechtshandeling een authentieke akte wordt opgemaakt beschikt de niet-professionele verkrijger over een bedenktijd van zeven dagen, ingaande op het moment van kennisneming of ter handstelling van een concept van de akte. In ieder geval kan de authentieke akte niet worden ondertekend gedurende deze periode van zeven dagen. Deze termijn wordt *délai de réflexion* genoemd. Via het stellen van een vormvoorschrift is het dus mogelijk de bedenktijd vóór de totstandkoming van de rechtshandeling te positioneren. Men beraadt zich dan niet aan de hand van de akte zelf, maar aan de hand van het concept. In wezen gaat het hier om een variatie op de bedenktijd die inherent is aan een vormvoorschrift. In het Franse recht is de termijn op minimaal zeven dagen gesteld en geldt deze bedenktijd vóór de rechtshandeling alleen als deze in de vorm van een authentieke akte is neergelegd. Immers, wanneer het gaat om een onderhandse akte is er sprake van een *droit de rétractation*. Wanneer de voorovereenkomst bij onderhandse akte wordt afgesloten heeft de koper een terugtreedrecht. Later bij het sluiten van de definitieve koopovereenkomst (onderhands of authentiek) verkrijgt de koper geen wettelijk

terugtreedrecht of wettelijke bedenktijd meer.[40] Wanneer de voorovereenkomst wordt aangegaan bij authentieke akte verkrijgt de koper het *délai de réflexion*. Ook dan ontstaat bij het sluiten van het definitieve overeenkomst geen nieuw terugtreedrecht of nieuwe bedenktijd.

De regel dat op de overeenkomst die in een authentieke akte is neergelegd niet meer kan worden teruggekomen zou wellicht kunnen samenhangen met de gedachte dat wanneer eenmaal een authentieke akte van de koopovereenkomst is opgemaakt, deze in de openbare registers kan worden ingeschreven en naar Frans recht de eigendomsoverdracht alsdan ook aan derden kan worden tegengeworpen.[41] Wanneer de koper na inschrijving in de registers nog zou kunnen terugtreden zou dit tot ongewenste effecten kunnen leiden. Het vervangen van het *droit de rétractation* door het *droit de réflexion* beperkt zich echter niet tot de definitieve koopovereenkomst die de eigendom doet overgaan, maar is ook van toepassing op eventuele voorovereenkomsten die in de vorm van een notariële akte zijn opgemaakt. Wanneer van een *promesse de vente* of een *compromis de vente* een notariële akte is opgemaakt gaat de eigendom nog niet over, doch ook in deze gevallen geldt geen *droit de rétractation*, maar een *droit de réflexion*. Kennelijk gaat men ervan uit dat de inschakeling van de notaris een voldoende rechtsbescherming aan de koper biedt in die zin dat een bedenktijd voor de ondertekening van de akte voldoende is.[42]

De gedachte dat een *délai de rétractation* te ver voert en niet nodig is wanneer de overeenkomst bij authentieke akte wordt gesloten en dat in dat geval met een *délai de réflexion* zou kunnen volstaan, biedt mogelijkheden een bedenktijd te creëren zonder dat hiervoor inbreuk behoeft te worden gemaakt op de verbindende kracht van de overeenkomst.[43] Overigens is in de parlementaire geschiedenis al met een dergelijke gedachte gespeeld toen het Eerste Kamerlid Broekers-Knol bij de plenaire behandeling van het wetsvoorstel koop van onroerende zaken een alternatief voorstelde dat wordt samengevat onder de naam 'tweewegenleer' (niet te verwarren met het gelijknamige leerstuk over de vraag of de overheid het privaatrecht mag gebruiken indien hetzelfde resultaat al dan niet via het publiekrecht kan worden bereikt). Deze suggestie behelst het volgende: óf de notaris wordt ingeschakeld en dan is er geen bedenktijd achteraf, óf er is een onderhandse akte en dan is er een bedenktijd

40 Omdat door de verschillende soorten voorovereenkomsten het Franse recht m.b.t. koop van onroerende zaken zeer afwijkt van het Nederlandse recht wordt hierop in dit verband niet verder ingegaan.

41 Terré & Simler 2002, nr. 382.

42 Ghestin/Huet 2001, p. 416 noot 5.

43 Een ander voorbeeld biedt § 491 Abs. 3 BGB op grond waarvan op een overeenkomst van consumentenkrediet *(Verbraucherdarlehensvertrag)* geen *Widerrufsrecht* van toepassing is wanneer de overeenkomst in een notariële akte is opgenomen.

achteraf van zeven dagen.[44] De minister heeft deze suggestie echter verworpen.[45]

6.3.5 *Schwebend unwirksam oder schwebend wirksam?*

In het Duitse consumentenrecht is het *Widerrufsrecht* al zo'n dertig jaar een bekend verschijnsel. Tezamen met de *Informationspflichten* behoort deze rechtsfiguur tot het traditionele instrumentarium van de consumentenbescherming.[46] In verschillende wetten was het *Widerrufsrecht* van de consument terug te vinden.[47] Zo werden de Colportagerichtlijn, de richtlijn met betrekking tot de overeenkomst op afstand en de timeshare richtlijn geïmplementeerd in respectievelijk de volgende wetten: *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäfte, und ähnlichen Geschäften, Fernnabsatzgesetz, und Teilzeit-Wohnrechtegesetz*. Bij de algemene herziening van het Duitse *Schuldrecht* op 1 januari 2002 is een groot deel van deze de consument beschermende regelingen in het BGB opgenomen.[48] Voorts bevat het BGB een overkoepelende regeling, waarin de uitoefening, de werking en de rechtsgevolgen van de *Widerrufsrechte bei Verbraucherverträgen* eenvormig is geregeld (§§ 355- 359 BGB). De tekst van § 355 abs 1 luidt als volgt:

> 'Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so ist er an seine auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten und ist in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer zu erklären; zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung.'

De regeling is alleen van toepassing indien een consument op grond van de wet een *Widerrufsrecht* overeenkomstig § 355 BGB is toegekend.[49] Het is dus niet zo dat op iedere overeenkomst tussen een ondernemer en een consument een bedenktijd in de zin van deze algemene regeling van toepassing is. Voor de koop van onroerende zaken geldt naar Duits recht in het algemeen geen *Widerrufsrecht.* Dit spreekt voor zich, omdat de rechtsbescherming van koper en verkoper hier wordt gewaarborgd door § 311b BGB, dat bepaalt dat een

---

44 *Handelingen I* 2002/03, 27, p. 837.

45 Zie over de door de minister gehanteerde argumenten Breedveld-de Voogd 2004a, p. 34-40.

46 Reiner 2003, p. 2-3.

47 Zie voor een overzicht Reiner 2003, p. 3-4.

48 §§ 312 e.v. BGB (Haustürgeschäfte), § 312b e.v. BGB (Fernabsatzverträge); § 481 e.v. BGB (Teilzeit-Wohnrechteverträge); §§ 495, 499, 503, 505 BGB (Verbrauchersdarlehensvertrag, Finanzierungshilfen en Ratenlieferungsverträge).

49 Deze regelingen zijn: § 312 BGB (Haustürgeschäfte), § 312d BGB (Fernabsatzverträge), § 484 BGB (Teilzeit-Wohnrechte Verträge); § 495 BGB (Verbrauchersdarlehensverträge) en het Fernunterrichtsschutzgesetz. (zie Palandt/Grüneberg 2006, Vorbem. Rn. 5 voor § 355).

overeenkomst waarbij een partij zich verplicht tot overdracht of verwerving van een *Grundstück* in een notariële akte moet worden neergelegd. Toch kan het aan de consument toekomende *Widerrufsrecht* in een uitzonderlijk geval de koop van een onroerende zaak raken.[50] Een consument die een overeenkomst van geldlening sluit met een ondernemer komt een *Widerrufsrecht* overeenkomstig § 355 BGB toe (§ 495 Abs 1 BGB). Wanneer met deze lening de koop van een onroerende zaak wordt gefinancierd is het de vraag of de consument met de herroeping van de leenovereenkomst ook bevrijd is van zijn verplichtingen uit de koopovereenkomst. Hiertoe bepaalt § 358 Abs. 2 BGB dat de geldige herroeping van de leenovereenkomst met zich brengt dat de consument ook niet meer gebonden is aan 'mit diesem Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags über die Lieferung einer Ware'. Absatz 3 bepaalt vervolgens dat de overeenkomsten verbonden zijn wanneer beide overeenkomsten een economische eenheid vormen. Bij de koop van een onroerende zaak mag deze economische eenheid alleen aangenomen worden, indien de in Absatz 3, Satz 3 omschreven voorwaarde is vervuld.[51] Deze voorwaarde luidt als volgt:

> 'Bei einem finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn der Darlehensgeber selbst das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht verschafft oder wenn er über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus den Erwerb des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts durch Zusammenwirken mit dem Unternehmer fördert, indem er sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht, bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt oder den Veräußerer einseitig begünstigt.'

De koopovereenkomst treft hetzelfde lot als de geldleenovereenkomst wanneer de geldschieter en de verkoper in één persoon verenigd zijn of wanneer de verkoper en geldschieter bij deze transactie nauw samenwerken of elkaar bevoordelen. Van een zelfstandig *Widerrufsrecht* met betrekking tot de koop van een consument van een onroerende zaak is echter geen sprake.

Hoewel § 355 BGB dus niet rechtstreeks van toepassing is op de koop van een onroerende zaak, omdat de 'bedenktijd' bij deze overeenkomst in de klassieke zin wordt gewaarborgd door het vormvoorschrift van § 311b BGB, is het toch interessant te bekijken welke invloed het *Widerrufsrecht* op de totstandkoming van de overeenkomst heeft. In de Duitse literatuur onderscheidt men twee modellen voor de werking van *Widerrufsrechte*: het *Unwirksamkeitsmodell* en het *Wirksamkeitsmodell*. Het eerstgenoemde model houdt in dat de wilsverkla-

50 Op dit uitzonderlijke geval doelt de minister wanneer hij schrijft dat in Duitsland voor de koop van een woning door een consument een bedenktijd geldt (*Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, 38a, p. 16 (Nadere MvA) en *Handelingen I* 2002/03, 27, p. 831).

51 Palandt/Grüneberg, 2006, § 358, Rn. 15.

ring van de consument pas werkzaam wordt wanneer hij de verklaring niet binnen de termijn herroept. Gedurende deze termijn is de overeenkomst *schwebend unwirksam*.[52] Deze constructie plaatst de bedenktijd vóór de definitieve totstandkoming van de overeenkomst en is te vergelijken met de wijze van inpassing van de bedenktijd als door Nieuwenhuis en door Mok is bepleit (zie par. 6.3.3). Het *Wirksamkeitsmodell* houdt in dat de wilsverklaring van de consument van meet af aan werkzaam is, waardoor beide partijen tot nakoming van de overeenkomst verplicht zijn. De consument is echter niet meer gebonden wanneer hij binnen de termijn heeft herroepen. De overeenkomst is lopende de bedenktijd hierdoor *schwebend wirksam*.[53] De Duitse wetgever heeft in de overkoepelende regeling van § 355 e.v. BGB gekozen voor het *Wirksamkeitsmodell*, aangezien het gebruik maken van het *Widerrufsrecht* volgens de tekst van § 355 abs 1 met zich brengt dat de consument aan zijn wilsverklaring 'nicht mehr gebunden' is.[54] Het *Widerrufsrecht* van § 355 BGB houdt hierdoor in dat de bedenktijd wordt gepositioneerd ná de totstandkoming van de overeenkomst. Dit betekent ook dat deze *Widerrufsrechte* kunnen worden gezien als een inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst.[55]

6.3.6 De keuze van de wetgever in artikel 7:2 BW

De inbreuk op de verbindende kracht van de overeenkomst door invoering van een bedenktijd kan worden vermeden door de totstandkoming van de overeenkomst pas te doen plaatsvinden na de bedenktijd. Mok en Nieuwenhuis hebben dit bepleit. Het *délai de réflexion* in artikel L271-1 *Code de la construction et de l'habitation* toont aan hoe het met behulp van een vormvoorschrift mogelijk is de bedenktijd voor de contractsluiting te positioneren, zonder dat het hier om uitsluitend een juridische constructie zou gaan. De Nederlandse wetgever heeft in artikel 7:2 BW echter bewust gekozen voor een bedenktijd met ontbindingsrecht achteraf.[56] Ook de mogelijkheid de bedenktijd vóór de contractsluiting te plaatsen door invoering van een wettelijk optierecht is door de minister verworpen. Hij heeft hiervoor verschillende redenen aangevoerd.[57] In de eerste plaats zou bij een optie de kans groter zijn dat niet op alle punten door partijen afspraken zijn gemaakt. Het raadplegen van deskundigen zou daarom beter kunnen geschieden aan de hand van een schriftelijk vastgelegde overeenkomst dan aan de hand van een 'optierecht'. Dit argument snijdt evenwel geen hout, omdat aan de inhoud van de schriftelijke koopovereenkomst geen

52 Reiner 2003, p. 4-5.
53 Reiner 2003, p. 7.
54 Palandt/Grüneberg 2006, § 355, Rn. 4.
55 Palandt/Grüneberg 2006, § 355, Rn. 3.
56 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2 (MvA).
57 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 6-7 (MvT) en *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 8-10 (MvA).

zwaardere eisen worden gesteld dan aan een optie. Voor beide geldt dat zij ten minste de *essentialia* zullen moeten bevatten. Voorts staat er niets aan in de weg ook voor de optie te eisen dat deze schriftelijk dient te geschieden. In de tweede plaats zou het gevaar dat lichtvaardig een optie wordt afgesproken groter zijn dan dat de koop lichtvaardig wordt gesloten met ontbindingsmogelijkheid, omdat een optie door tijdsverloop verloopt, terwijl voor een ontbinding de koper tijdig in actie moet komen.[58] Dit argument zou ook ten voordele van het wettelijk optierecht kunnen worden aangevoerd. Tevens zou het mogelijk zijn het wettelijk optierecht op dit punt anders vorm te geven. Ten slotte voert de minister aan dat een wettelijk optierecht als beschermingsinstrument in ons recht niet bekend is en een in de wet geregelde bedenktijd met ontbindingsrecht achteraf daarentegen wel. Terecht acht Hijma dit argument zonder gewicht, omdat het gehele leerstuk voorwerp van onderzoek vormt.[59] Niets had de wetgever in de weg gestaan het wettelijk optierecht als beschermingsinstrument te introduceren teneinde te voorkomen dat inbreuk zou moeten worden gemaakt op het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen.

Wanneer de bedenktijd in het recht wordt geïntroduceerd als het recht de overeenkomst na de totstandkoming hiervan te ontbinden zonder dat hiervoor redenen behoeven te worden opgegeven, vormt deze rechtsfiguur niet alleen een uitzondering op het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen, maar kan ook van een inbreuk op dit beginsel worden gesproken. Voor een bedenktijd kan echter ook een plaats worden ingeruimd vóór de totstandkoming van de overeenkomst. De leer van de uitgestelde wilsovereenstemming, die kan worden uitgewerkt als een wettelijk optierecht, is een voorbeeld hiervan. Wanneer de aard van de overeenkomst toestaat een vormvoorschrift zoals een notariële akte te stellen is het ook mogelijk de bedenktijd te doen beginnen bij de ontvangst van het concept van de akte en te doen eindigen bij het ondertekenen hiervan. Het *délai de réflexion* in artikel L271-1 *Code de la construction et de l'habitation* is hiervan een voorbeeld. In artikel 7:2 BW is de bedenktijd vorm gegeven als een ontbindingsrecht ná de totstandkoming van de overeenkomst. De inbreuk die dit maakt op *pacta sunt servanda* zal nu alleen nog door de wetgever kunnen worden weggenomen.

58 *Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 6-7 (MvT).
59 Hijma 2004, p. 31.

6.4 De rede(n)loze ontbinding[60]

6.4.1 Zonder opgave van redenen

In artikel 7:2 BW wordt de koper het recht verleend binnen drie dagen de overeenkomst te ontbinden. In deze bepaling staat niet op grond van welke feiten of om welke redenen de koper dit recht heeft. Er behoeft niet, zoals bijvoorbeeld in artikel 6:265 BW respectievelijk artikel 6:258 BW is bepaald, sprake te zijn van een tekortkoming van de wederpartij of van onvoorziene omstandigheden. Ook behoeft er geen sprake te zijn van een onjuiste voorstelling van zaken bij de totstandkoming zoals bij dwaling het geval is of van een ander gebrek in de wilsvorming bij de koper. In veel bedenktijdregelingen wordt bepaald dat de consument het recht kan uitoefenen 'zonder opgave van redenen'.[61] Algemeen wordt daarom aangenomen dat een bedenktijdregeling inhoudt dat de consument zonder meer op de overeenkomst mag terugkomen.[62] Ook in de Duitse algemene regeling voor *Widerrufsrechten* vindt men een vergelijkbare bepaling in § 355 (1) BGB:

> 'Der Widerruf muss keine Begründung enthalten und is in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von Zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer zu erklären; (…).'

In artikel 7:2 BW ontbreken de woorden 'zonder opgave van redenen'. In de parlementaire geschiedenis wordt hieraan weinig aandacht besteed.[63] De vraag is echter of het feit dat de wet geen eisen stelt aan de ontbindingsverklaring van de consument ook betekent dat de beweegredenen van de consument voor de vraag of hij wel terecht van de bedenktijd gebruik maakt er nooit toe zullen doen.

6.4.2 Bescherming tegen informatietekort en tegen een tekort aan weerstand

De wetgever zet de bedenktijdregeling in als juridisch instrument ter bescherming van de consument. Deze moet tegen zichzelf en tegenover de wederpartij in bescherming worden genomen. Voorkomen moet worden dat de consument

---

60 Par. 6.4.2 t/m 6.4.3 en 6.4.5 zijn eerder gepubliceerd in Breedveld-de Voogd 2004b, p. 107-120. Par. 6.4.7 t/m 6.4.9 en een gedeelte van par. 6.4.10 en 6.4.11 zijn eerder gepubliceerd in Breedveld-de Voogd 2005b, p. 191-193.

61 Art. 7:46d lid 1 BW (koop op afstand), art. 7:48c BW (timeshares), art. 40 lid 1 Wet Financiële Dienstverlening.

62 Hijma 2004, p. 66.

63 In *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 21 (Nadere MvA) worden deze woorden wel door de minister gebruikt met betrekking tot de vraag of het nodig zou zijn dat de verkoper de koper wijst op het recht om de koop zonder opgave van redenen te ontbinden.

overeenkomsten sluit terwijl hij over te weinig informatie over het object van de overeenkomst beschikt (bijv. een via internet gekocht huishoudelijk apparaat) of over de gevolgen van de overeenkomst zelf (bijv. de gevolgen van het aanvaarden van een kettingbeding). Naast deze bescherming tegen een informatietekort staat de bescherming tegen een tekort aan weerstand, door Valk ook wel 'psychologisch tekort' genoemd.[64] Anders dan deze term suggereert gaat het hierbij alleen om de beïnvloeding van de consument door de wederpartij door middel van agressieve verkoopmethoden, zoals overrompeling (Colportagewet) of het aanbieden van timeshares aan de vakantievierende consument. Ook wordt wel genoemd de situatie waarin de consument zich bevindt bij een overspannen markt.[65] In ieder geval wordt met 'psychologisch tekort' gedoeld op van buiten komend onheil waaraan de consument in sommige gevallen geen weerstand biedt en volgens de wetgever kennelijk ook niet behoeft te bieden. Hijma benadrukt dat het natuurlijk niet de doelstelling van de wetgever kan zijn de consument de kans te bieden simpelweg van gedachten te veranderen uit grilligheid en/of wispelturigheid.[66] Het is – aldus Hijma – niet het oogmerk van de bedenktijdregeling de consument te beschermen in het geval hij uitsluitend een gril navolgt. Dat de facto die bescherming toch bestaat, is volgens hem een andere zaak. Dit is wel een erg laconieke conclusie, wanneer je bedenkt dat het belangrijkste tekort aan weerstand, waarmee een consument wordt geconfronteerd, zijn wortels vindt in hemzelf. Hij heeft als ieder mens op te boksen tegen zijn eigen hebzucht en onberadenheid. Bij de vraag of bedenktijdregelingen rechtvaardig zijn dient het gegeven dat de bedenktijdregeling ook tegen deze meest algemene vorm van een tekort aan weerstand beschermt in ogenschouw te worden genomen. Dit mag niet worden afgedaan als niet beoogd, maar te verwaarlozen neveneffect. Het 'neveneffect' is onrecht.

De beide doeleinden bescherming tegen een tekort aan informatie en bescherming tegen een tekort aan weerstand plaatsen de civilist op een vertrouwd terrein. Het gaat hier om de vrijheid die men nodig heeft om een rechtsgeldig contract te kunnen sluiten; om de contractvrijheid. Het privaatrecht kent al lang rechtsfiguren die in het geval het aan vrije wilsvorming bij de contractant heeft ontbroken in bepaalde gevallen de mogelijkheid bieden de overeenkomst te vernietigen. De wilsgebreken bedreiging, bedrog, misbruik van omstandigheden en dwaling vormen het beproefde kader waarin de ernst en aard van de wilsonvrijheid aan de orde komen alsmede de invloed die dit heeft gehad op de contractssluiting, de vraag in hoeverre dit aan de wilsonvrije partij zelf te wijten is, het toedoen van de wederpartij en het belang van de instandhou-

64 Valk 2004, p. 95, 97, 101, 114, 116, 138 en 140.
65 Valk 2004, p. 140.
66 Hijma 2004, p. 22.

ding van de overeenkomst. Van 'neveneffecten' die bescherming bieden tegen wispelturigheid en grilligheid is geen sprake.

De regeling van de wilsgebreken is gebouwd op de gedachte dat men met kracht van argumenten moet kunnen aantonen waarom de gebondenheid aan de overeenkomst in een bepaald geval zal moeten wijken. Deze inhoudelijke eisen vormen echter voor de consument – zo wordt betoogd – een juridische drempel en een psychologische belemmering waardoor de regeling van de wilsgebreken vanuit het oogpunt van consumentenbescherming niet effectief is.[67] De wettelijke bedenktijd kent deze nadelen niet. Hijma brengt dit als volgt onder woorden:[68]

> 'De wettelijke bedenktijd kent geen inhoudelijke eisen en daardoor evenmin een psychologische rem. De consument behoeft geen betoog te bouwen, geen kansen in te schatten, geen risico's te nemen. Een simpele, ongemotiveerde – zo men wil: botte – uitstapverklaring volstaat: "ik doe het toch maar niet." Daarmee levert de bedenktijd consumentenbescherming *in optima forma*.'

De wettelijke bedenktijd wordt gepresenteerd als eenvoudige wilsgebrekenregeling, die contractvrijheid brengt voor alle consumenten; ook voor hen die hiervoor de argumenten niet willen of kunnen aandragen. De autonomie van partijen, die formeel aan het contractenrecht ten grondslag ligt, zou nu door de bedenktijd ook in materiële zin bereikbaar zijn.[69] Is dit een verrijking van ons contractenrecht met een extra instrument?

6.4.3 Formele en materiële contractvrijheid

In navolging van de Duitse auteurs Canaris en Reiner verdedigt Valk dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de formele (juridische) opvatting van de contractvrijheid en de materiële (daadwerkelijke) contractvrijheid.[70] Volgens Canaris zou het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen laten zien dat er een verschil is tussen formele en materiële contractvrijheid. Immers, met dit beginsel is het onverenigbaar dat een overeenkomst ongeldig zou zijn bij iedere inbreuk op de daadwerkelijke autonomie. Als voorbeeld geeft hij iemand die door geldnood gedwongen een zaak tegen een redelijke prijs verkoopt. Het is in zijn belang aan deze overeenkomst gebonden te zijn, omdat anders niemand meer overeenkomsten sluit met mensen in dergelijke omstandigheden en dezen daardoor van hun materiële contractvrij-

---

67 Hijma 2004, p. 18 en Valk 2004, p. 100.
68 Hijma 2004, p. 18-19.
69 Dat de bedenktijd de zogenaamde materiële contractsvrijheid dichterbij brengt wordt ook verdedigd door Reiner (Reiner 2003, p. 13-15 en 44).
70 Valk 2004, p. 132-135.

heid beroofd worden.[71] Juist om de materiële contractvrijheid te realiseren is dus – zo vat Valk het samen – een formele opvatting van die vrijheid nodig, die van de materiële abstraheert. In het klassieke contractenrecht, vervolgt Valk, zijn er reeds vele gevallen[72] waarin de formele (juridische) opvatting van contractvrijheid niét abstraheert. Er zou sprake zijn van een tendens naar *Materialisierung der Vertragsfreiheit*. Valk concludeert dat de bedenktijdregeling uitgaande van een formele opvatting van het adagium *pacta sunt servanda* met dat adagium op gespannen voet staat. Maar indien men zich beseft dat het er bij het contractenrecht om gaat dat de individuele mens in vrijheid de regeling bepaalt, waaraan hij zich onderwerpt, kunnen volgens Valk bedenktijdregelingen belangrijke winst opleveren, omdat met zo'n regeling die vrijheid in materiële zin meer inhoud heeft dan zonder.[73]

Er schuilen in het maken van het onderscheid tussen formele en materiële contractvrijheid twee misverstanden. Het eerste misverstand blijkt uit het voorbeeld van Canaris. Iemand die uit geldnood een zaak tegen een redelijke prijs verkoopt zou onvrij handelen. Dit moge zo zijn als men aan het begrip vrije wil de betekenis toedicht van individuele wens, zonder rationele component. Dat is echter niet de wil waarop de contractssluiting moet zijn gebaseerd. Zoals in paragraaf 2.7 uiteen is gezet gaat het bij de contractsluiting om een weloverwogen wil, een bewuste keuze, die aan de rechtshandeling vooraf gaat en die niet moet worden geïdentificeerd met begeerte, drift, wens of een bepaalde mening.

De vrijheid van de contracterende mens is gelegen in het feit dat hij kan denken en redeneren. Hij is vrij van van buiten en van binnen komende dwang, van de wetten van oorzaak en gevolg. Hij is zelf verantwoordelijk voor zijn (rechts)handelen. Anders dan een dier kan een mens weloverwogen keuzes maken.[74] Op deze vrijheid van handelen is dan ook de rechtshandeling gebaseerd en is de gebondenheid aan het contract te verklaren. Het betekent niet dat de mens soms keuzes moet maken die hij liever niet had willen maken. Wie in geldnood verkeert kan nog steeds op rationele gronden keuzes maken. Zolang anderen geen misbruik maken van deze omstandigheid is zijn contractvrijheid intact.

Het tweede misverstand schuilt hierin dat het onderscheid tussen formele en materiële contractvrijheid suggereert dat er twee soorten contractvrijheid zijn:

---

71 Canaris 2000, p. 278.

72 Valk doelt hier waarschijnlijk op de wilsgebreken, aangezien deze passage volgt op een citaat van Canaris die de wilsgebreken hierin noemt (Valk 2004, p. 133).

73 Valk 2004, p. 134.

74 Nieuwenhuis brengt dit beeldend onder woorden: 'Ik zag twee beren contracteren. Dat is pas een wonder.' (Nieuwenhuis 1999, p. 23).

een onechte en een echte. Dat is niet juist. Indien er sprake is van onvrijheid van handelen kan men zich via de gebaande paden van de wilsgebreken onttrekken aan de overeenkomst. Waar het wel om gaat is wat gegeven het feit dat het contract is gesloten het uitgangspunt moet zijn: de contractanten waren vrij of zij waren niet vrij. Het contractenrecht gaat er zoals gezegd van uit dat de mens handelt uit vrije wil. Daarop is de gebondenheid aan het contract gebaseerd. Wie zich hieraan wil onttrekken moet de redenen, de argumenten aandragen die rechtens gelden: de vereisten voor een beroep op wilsgebreken.

De bedenktijd brengt dus niet de zogenaamde daadwerkelijke contractvrijheid dichterbij. Zij wijzigt slechts het uitgangspunt: de contractspartij is niet vrij maar onvrij. Zijn onvrijheid wordt verondersteld, omdat hij zich zonder opgave van redenen aan de overeenkomst mag onttrekken.

Dit alles leidt er toe dat de contracten waaraan daadwerkelijk geen wilsgebreken ten grondslag liggen en die zoals de meeste contracten in vrijheid zijn gesloten worden behandeld als zouden zij in onvrijheid zijn gesloten. Dit betekent dat de consument-koper die weloverwogen deze overeenkomst is aangegaan – en dat geldt voor de meeste overeenkomsten – zich tóch aan de overeenkomst mag onttrekken. In wezen brengt de bedenktijd de consument-koper geen materiële contractvrijheid, maar formele contractsonvrijheid.

6.4.4 De inpassing van de bedenktijd in het contractenrecht

Bij welke rechtsfiguur uit het burgerlijk recht kan op materiële overwegingen het beste worden aangeknoopt? Als in aanmerking komende plechtankers worden door Hijma verworpen de wettelijke optie (zie par. 6.3.3), de herroeping (zie par. 6.3.1), de ontbinding wegens contractsschending, de ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden, de ontbindende voorwaarde en de opzegging. Een belangrijk argument van Hijma om niet bij de ontbinding of de opzegging aan te sluiten is dat deze rechtsfiguren in de fase van de uitvoering van de overeenkomst thuishoren. Dit geldt evenwel niet voor de vernietiging. Hijma schrijft hierover:[75]

> 'Allereerst zijn de aan de bedenktijd ten grondslag liggende gedachten nauw verwant aan die welke in het kader van de vernietigingsgronden worden aangetroffen. Kort gezegd gaat het erom dat een beschermde partij de gelegenheid krijgt tot heroverweging, met name in verband met een tekort aan weerstand of een tekort aan informatie. Daarmee staat (een belemmering van) de volwaardige wilsvorming centraal, even als het geval is bij de wilsgebreken (art. 3:44 en 6:228). De verwant-

75 Hijma 2004, p. 33.

> schap – vooral met dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden – is dusdanig sterk, dat men gevoeglijk een *uitlopertheorie* kan ontwikkelen, zoals Cahen twee decennia geleden deed voor de destijds nieuwe vernietigingsgrond misbruik van omstandigheden: de bedenktijdstelsels zijn in het juridische krachtenveld te situeren als uitlopers van de wettelijke vernietigingsgronden, met name van (een aantal van) de wilsgebreken.'

Met name op grond van dit argument concludeert Hijma tot aanknoping bij de vernietigingsgronden. Weerstandstekort en informatietekort belemmeren – aldus Hijma – de volwaardige wilsvorming en zijn daarmee in wezen als 'wils(vormings)gebreken' te beschouwen.[76] Hijma verwijst in zijn pleidooi naar Reiner die het *Widerrufsrecht* ook naar Duits recht indeelt bij de *Anfechtbarkeit bei Irrtum, falscher Übermittlung, Täuschung oder Drohung*.[77] De functionele verwantschap tussen *Widerruf* en *Anfechtung* ligt volgens Reiner in het volgende:[78]

> 'Bei Widerruf und Anfechtung geht es gleichermaßen um den Schutz der freien Willensbildung, um die materiale Vertragsfreiheit.'

Hijma situeert de bedenktijdstelsels in het juridische krachtenveld als uitlopers van de wettelijke vernietigingsgronden, omdat het hierbij gaat om de belemmering van de volwaardige wilsvorming. Ook Reiner bepleit dit om dezelfde reden met betrekking tot het Duitse *Widerrufsrecht*. Beiden refereren hierbij aan de vernietiging wegens wilsgebreken. Biedt het vermogensrecht nog een andere, wellicht beter passende rechtsfiguur als aansluitingspunt voor de bedenktijd?

6.4.5 De handelingsonbekwame consument

Betwijfeld moet worden dat de regeling van de wilsgebreken het aansluitingspunt binnen het contractenrecht zou zijn voor de bedenktijd. Het grote verschil tussen vernietiging wegens wilsgebreken en bedenktijdregelingen ligt in de omstandigheid dat degene die de overeenkomst binnen de bedenktijd mag ontbinden hiervoor geen redenen behoeft aan te voeren. Of er werkelijk sprake is van een wilsgebrek bij het sluiten van de overeenkomst doet niet ter zake. De consument wordt niet geacht te antwoorden op de vraag waarom hij zich niet aan de overeenkomst houdt. Hij wordt hiervoor niet ver*antwoordelijk* gehouden. Zijn er dan wel voorbeelden in het contractenrecht te vinden waarin van de onmacht van een persoon om onaantastbaar rechtshandelingen te

76 Hijma 2004, p. 38.
77 Reiner 2003, p. 18 en 44-45.
78 Reiner 2003, p. 28.

verrichten moet worden uitgegaan en deze onmacht niet behoeft te worden bewezen? Minderjarigen en onder curatele gestelden zijn voorzover de wet niet anders bepaalt handelingsonbekwaam (art. 1:234 en 1:381 lid 2 BW). De rechtshandelingen die zij verrichten zijn vernietigbaar of nietig (art. 3:32 lid 2 BW). In de Toelichting Meijers bij artikel 3.2.1 (thans art. 3:32 BW) wordt uiteengezet waarom in deze gevallen het uitgangspunt van lid 1 dat iedere natuurlijke persoon bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen wordt verlaten:[79]

> 'Het verschil wordt hierdoor gerechtvaardigd, dat ingeval onbekwaamheid, in het belang van de rechtszekerheid de onmacht om rechtshandelingen te verrichten aan een scherp bepaald en gemakkelijk vast te stellen uiterlijk gegeven wordt verbonden, terwijl in andere gevallen van een feitelijke onmacht deze moet worden bewezen.'

De bedenktijdregelingen brengen nu een nieuwe categorie waarbij de onmacht om rechtshandelingen te verrichten aan scherp bepaalde en gemakkelijk vast te stellen uiterlijke gegevens wordt verbonden: de consument die een woning koopt, de consument die iets op afstand koopt en de consument die iets aan de deur koopt. Het is juist de *veronderstelling* dat er bij deze typen van contracten sprake zal zijn van een wilsgebrek, waardoor een bedenktijdregeling essentieel van de regeling der wilsgebreken verschilt en niet, zoals Reiner bepleit, daarop zou lijken.[80] Feitelijke onmacht behoeft niet te worden bewezen. Dat is nu juist de bedoeling van de bedenktijdregelingen. Het aandragen van argumenten en bewijs zou immers veel te ingewikkeld zijn.

Dat dit de consument tot een soort 'handelingsonbekwame' maakt wordt echter ook door Reiner onderkend. Hij merkt op dat de wetgever in wezen voor handelingen met ondernemers een soort *wirtschäftlicher Geschäftsfähigkeit* verlangt, die hij consumenten niet zonder meer toekent.[81]

6.4.6 De problematische aansluiting bij andere rechtsfiguren

Betekent de grotere gelijkenis die de bedenktijd met de handelingsonbekwaamheid heeft ten opzichte van de wilsgebreken nu dat voor de beantwoording van de vragen over de rechtsgevolgen van de bedenktijd aansluiting zou moeten worden gezocht bij de vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid in plaats van een aanknoping bij de wilsgebreken? Dat is geenszins het geval. Er zijn immers ook belangrijke verschillen met de vernietiging wegens hande-

79 *Parl. Gesch Boek 3*, p. 59 (TM).
80 Reiner 2003, p. 28.
81 Reiner 2003, p. 44.

lingsbekwaamheid te noemen, al was het maar dat de uitoefeningstermijn drie jaren minus drie dagen (bij de koop van woningen) verschilt. Wat ermee wordt aangetoond is dat het aansluiting zoeken bij rechtsfiguren uit het klassieke contractenrecht, zoals de vernietiging op grond van wilsgebreken, niet een exercitie is die zonder kanttekeningen moet plaatsvinden. Men probeert immers een rechtsfiguur in te passen in een systeem dat is opgezet vanuit het uitgangspunt dat de mens handelt uit vrije wil en derhalve bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen. De bedenktijd verlaat dit uitgangspunt, waardoor een eventuele gelijkenis met langer bestaande rechtsfiguren uiteindelijk slechts een oppervlakkige gelijkenis blijkt te zijn. Dit maakt het ook minder noodzakelijk aan de bedenktijd steeds dezelfde rechtsgevolgen te verbinden als aan de 'gelijkende' rechtsfiguur. In zoverre zullen ook met betrekking tot de inpassing van de bedenktijd binnen het contractenrecht nieuwe wegen moeten worden gevonden.

6.4.7 Stelt het recht toch grenzen aan de uitoefening van de wettelijke bedenktijd?

Hoewel in artikel 7:2 BW de woorden 'zonder opgave van redenen' niet zoals bijvoorbeeld in artikel 7:46d lid 1 BW (koop op afstand) zijn opgenomen kan worden aangenomen dat het ontbindingsrecht niet aan dezelfde eisen is onderworpen als een beroep op de wilsgebreken; de consument-koper behoeft dergelijke redenen dan ook niet aan te voeren. Welke functie zou de bedenktijd anders nog hebben ten opzichte van de wilsgebrekenregelingen? Maar betekent dat dat de vraag of op goede gronden gebruik is gemaakt van de bedenktijd een irrelevante vraag is, of kunnen de beweegredenen tot het gebruik maken van de bedenktijd-ontbinding onder omstandigheden toch nog van belang zijn? Kan het gebruik maken van de bedenktijd misbruik van recht opleveren of in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid? Hijma schetst in zijn preadvies het volgende geval van een koop op afstand:[82]

> 'Een consument bestelt bij een postorderbedrijf een smoking, die hij één – mooie – avond draagt en daarna met een beroep op het terugtreedrecht aan de verkoper retourneert.'

Dit is geen casus die gespeend is van realiteitszin. Al vele jaren vóór de uitvinding van de consumentenbescherming tobden warenhuizen met het probleem dat sommige 'dames' hoeden of avondjurken een dag of avond droegen en vervolgens weer kwamen ruilen. Heeft een dergelijk handelen consequenties voor de uitoefening van de rechten verbonden aan een bedenk-

82 Hijma 2004, p. 83.

tijd of leidt het slechts tot een verplichting tot schadevergoeding in de gevallen waarin schade aan de geretourneerde zaak is toegebracht?

6.4.8 De visie van Hijma

Kan de uitoefening van het recht tot ontbinding verbonden aan een bedenktijd worden geblokkeerd door leerstukken als misbruik van recht (art. 3:13 BW) en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW)? In principiële zin beantwoordt Hijma deze vraag bevestigend:[83]

> 'Bedenktijdstelsels verschaffen een recht waarvan de uitoefening, evenals die van alle andere rechten en bevoegdheden, de toets aan de algemeen-corrigerende leerstukken moet kunnen doorstaan.'

Ondanks dit uitgangspunt laat Hijma weinig ruimte om op grond van misbruik van recht of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid de uitoefening van de bedenktijd te blokkeren. Dit terwijl de door hem voorgelegde casusposities voldoende aanknopingspunten bieden om deze leerstukken toe te passen. Voorafgaand aan bovenstaande casus van de smoking wordt in het preadvies het volgende geval voorgelegd.[84] Een consument koopt bij een internetaanbieder een walkman, die hem per post bereikt. De koper neemt hem in gebruik, maar laat hem daags na ontvangst uit zijn handen vallen. De behuizing van de walkman is gebarsten en het apparaat werkt niet meer. De koper herinnert zich de wettelijke bedenktijd. Hij doet hierop een beroep en zendt de walkman retour. Hijma schrijft dat de koper naar de letter van de wet zich op het terugtreedrecht mag beroepen. Naar de geest echter niet, omdat de annulering niet in verband staat met de nadere informatie of veranderd inzicht, maar uitsluitend geschiedt om de gevolgen van de val te ontgaan. Toch betwijfelt Hijma of in deze situatie het leerstuk van rechtsmisbruik en/of dat van de redelijkheid en billijkheid van toepassing is, met als gevolg dat het terugtreedrecht niet kan worden ingeroepen. Hij kiest uiteindelijk voor een meer financiële benadering. Nu er schade is ontstaan zal de koper op grond van artikel 6:203 e.v. BW jo. 6:74 e.v. BW (ongedaanmaking) of eventueel artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) tot schadevergoeding gehouden zijn. Met die uitkomst kan volgens Hijma worden volstaan. Dit 'terugdringen van de problematiek tot de ongedaanmakingsfase' met handhaving van het terugtreedrecht voorkomt volgens Hijma discussies tussen partijen omtrent de vraag waarom de koper terugtreedt en brengt aldus de bedenktijd-bescherming goed tot haar recht.[85]

---

83 Hijma 2004, p. 76.
84 Hijma 2004, p. 78.
85 Hijma 2004, p. 78-79.

Ook de 'smokingzaak' wordt door Hijma op dezelfde wijze opgelost, namelijk uitsluitend via de weg van het schadevergoedingsrecht:[86]

> 'Als het gekochte ondanks het gebruik nog in nieuwstaat verkeert, heeft de verkoper geen nadeel, zodat een vergoedingsplicht buiten de orde is. Oogt de smoking evenwel tweedehands, zodat de verkoper hem niet meer als nieuw aan een andere klant kan verhandelen, dan is sprake van schade, die aan de schuld van de koper is te wijten en derhalve door hem moet worden vergoed (art. 6:74-75).'

Hoewel het handelen van de koper dus wél een toerekenbare tekortkoming oplevert op grond waarvan de hierdoor toegebrachte schade moet worden vergoed, leidt dit niet tot de conclusie dat de koper zich niet meer op de bedenktijd zou mogen beroepen. Het verwijt dat Hijma deze koper maakt is dat hij bij zijn onderzoek tijdens de bedenktijd de belangen van de verkoper heeft veronachtzaamd. Voor kleding formuleert Hijma de vuistregel dat zij wel mag worden uitgepakt en gepast, maar niet werkelijk mag worden gedragen. Wie dat toch doet behoudt zijn terugtreedrecht, maar zal wanneer schade aan de kleding wordt toegebracht hiervoor wel aansprakelijk zijn.

6.4.9 De bedenktijd in het licht van de redelijkheid

Hijma dringt de problematiek terug tot de ongedaanmakingsfase en de verplichting de schade te vergoeden. Maar is dit terugdringen terecht? Ik ben het met hem eens dat *indien* het terugtreedrecht wordt uitgeoefend de koper gehouden is de schade te vergoeden. Maar hierdoor is men nog niet ontkomen aan de vraag *of* het terugtreedrecht in deze gevallen wel mag worden uitgeoefend. Men komt immers pas aan de ongedaanmakingsfase toe als men aanvaardt dat de gedragingen van de koper in bovenmelde casusposities niet leiden tot verlies van het terugtreedrecht. Het is duidelijk waarom Hijma toch deze keuze maakt. Toepassing van de leerstukken rechtsmisbruik of rechtsverwerking (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid) leiden immers tot discussies over de vraag *waarom* de koper de ontbinding heeft ingeroepen. En voor deze discussie lijkt in de bedenktijdstelsels geen plaats te zijn. De consument-koper heeft immers het recht de koop te ontbinden 'zonder opgave van redenen'. Toepassing van deze leerstukken zou de bijl aan de wortel zijn van de eenvoudige consumentenbeschermende werking van de bedenktijd. Zelfs een toetsing van de uitoefening van het terugtreedrecht aan de ratio van de bedenktijd zelf – het verkrijgen van nadere informatie en de mogelijkheid te kunnen veranderen van inzicht omtrent de koop – is vanuit consumentenbeschermende optiek uit den boze.

86 Hijma 2004, p. 83.

Wanneer het zo zou zijn dat niet gevraagd mag worden *waarom* een koper het terugtreedrecht uitoefent, kunnen de leerstukken misbruik van recht en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid hier niet meer op worden toegepast. Het door Hijma gekozen uitgangspunt dat de uitoefening van dit recht evenals die van alle andere rechten en bevoegdheden, de toets aan de algemeen-corrigerende leerstukken moet kunnen doorstaan, zou dan onjuist zijn. De uitoefening van het terugtreedrecht zou zich onttrekken aan de algemene regels van het recht, juist omdat over de vraag waarom het wordt uitgeoefend geen discussies zouden mogen ontstaan.

De bedenktijdstelsels zijn moeilijk in te passen in het burgerlijk recht. Zij staan niet alleen op gespannen voet met het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen, maar ook met de notie dat men in het recht steeds zal moeten vragen naar de redenen waarom iemand op een bepaalde wijze heeft gehandeld. Het ware beter geweest wanneer de bedenktijdstelsels niet waren ingevoerd en de consumentenbescherming, die in ieder geval bij overeenkomsten op afstand noodzakelijk is, op een andere wijze vorm had gekregen. Maar nu deze bedenktijdstelsels in het burgerlijk recht hun intrede hebben gedaan, zijn alle algemene leerstukken hierop van toepassing. Juist omdat de bedenktijd voor de koper vergaande bevoegdheden met zich brengt, dient de uitoefening hiervan zonder meer in het licht komen te staan van de redelijkheid en de billijkheid. Consumentenbescherming als zodanig rechtvaardigt niet dat de consument in strijd met de goede trouw zou mogen handelen, zolang hij de schade maar vergoedt. Ook het handelen van de consument behoort voor discussie vatbaar te zijn.

Omdat over het uitoefenen van het terugtreedrecht wel discussie mogelijk behoort te zijn, zou ik de woorden 'zonder opgave van redenen' in beperkte zin willen interpreteren, namelijk dat de consument in zijn ontbindingsverklaring geen redenen behoeft op te geven.[87] Dit betekent echter niet dat in het geval de verkoper een beroep doet op misbruik van recht of rechtsverwerking en dit ook aannemelijk maakt (de bewijslast zal immers in beginsel op de verkoper rusten), de koper altijd zijn terugtreedrecht behoudt. Hij zal dan toch moeten uitleggen waarom hij in de gegeven omstandigheden een beroep op het terugtreedrecht heeft gedaan.

87 De tekst en considerans van de richtlijn waarvan art. 7:46a e.v. BW (koop op afstand) uitvoering geeft (Richtlijn nr. 97/7/EG (*PbEG*, L 144)) staan aan deze interpretatie niet in de weg. Zie over de verhouding tussen algemene leerstukken en richtlijnconforme interpretatie van bedenktijdstelsels: Hijma 2004, p. 75-77.

6.4.10 Walkmans, smokings en huizen

Terug naar de walkman en de smoking. Wanneer komt vast te staan dat de koper van de walkman het ontbindingsrecht uitoefent enkel om de schade die hij zelf heeft veroorzaakt op de verkoper af te wentelen, doet hij dat met een ander doel dan waarvoor dit recht is verleend. Het inroepen van het recht levert in dit geval daarom misbruik van recht op (art. 3:13 lid 2 BW). Ook kan worden verdedigd dat een beroep op de bedenktijd in dit geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Hierbij kan met het oog op artikel 3:12 BW in aanmerking worden genomen dat ieder in beginsel zijn eigen schade behoort te dragen en dat de verkochte zaak van de aflevering af voor risico is van de koper (art. 7:10 lid 1 BW).

Bij de casus over de smoking twijfel ik aan de toepasselijkheid van artikel 7:46d BW, omdat van een koopovereenkomst nauwelijks gesproken kan worden. De koper beoogde immers geenszins deze zaak in eigendom te verkrijgen. Dit zou het geval zijn, indien hij bij het sluiten van de overeenkomst al van plan de smoking een avond te gebruiken en dan te retourneren. De retourkosten waren wellicht lager dan de huursom bij *Evening dress*.[88] Bovendien kon hij op deze wijze een gloednieuwe smoking dragen. Maar indien artikel 7:46d BW wel van toepassing is zal het inroepen van het terugtreedrecht misbruik van recht zijn, omdat de koper dit recht gebruikt met een ander doel dan waarvoor het is verleend (art. 3:13 lid 2 BW). De uitoefening is onmiskenbaar ook in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Hij heeft tijdens de bedenktijd de belangen van de verkoper veronachtzaamd door het kledingstuk te dragen. Dit is ook het verwijt dat Hijma de koper maakt en waarop hij de schadevergoedingsvordering ex artikel 6:74 BW baseert. Maar deze handelingen zullen ook de uitoefening van het terugtreedrecht zelf in de weg staan. Wanneer een koper de mogelijkheid wil openhouden zich op het terugtreedrecht te beroepen, dient hij op dezelfde wijze voor de zaak zorg te dragen als waartoe hij verplicht zou zijn op grond van artikel 6:27 BW vanaf het moment waarop de teruggaveverplichting ontstaat: namelijk op de wijze waarop een zorgvuldig schuldenaar dit in de gegeven omstandigheden zou doen.[89] Wie een dergelijke zorgplicht niet in acht neemt verwerkt zijn recht een beroep op het terugtreedrecht te doen.

Casusposities als die van de smoking en de walkman zijn bij de koop van woningen minder goed denkbaar, omdat de onroerende zaak meestal pas

88 *Evening dress* is een kledingzaak in Den Haag waar men gelegenheidskleding kan huren.

89 In art. 1271 (oud) BW werd dit nog veel pregnanter geformuleerd: 'In de verbindtenis om iets te geven is begrepen de verpligting om de zaak te leveren, en voor derzelver behoud, tot op het tijdstip der levering, als een goed huisvader te zorgen.'

wordt geleverd wanneer de bedenktijd voorbij is.[90] Toch kan ook de uitoefening van de bedenktijd van artikel 7:2 BW in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid of gekwalificeerd worden als misbruik van recht. Zo wordt in de parlementaire geschiedenis het geval ten tonele gevoerd waarin een consument-koper met het oog op een krappe markt meerdere huizen koopt en vervolgens de bedenktijd gebruikt om een definitieve keuze te maken.[91] De minister is van mening dat dit gebruik van de bevoegdheid tot ontbinding binnen de bedenktijd misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) zou opleveren en onrechtmatig zou zijn, omdat de belangen van de verkopers, alsmede die van eventuele potentiële andere kopers van de betrokken woningen door dit gedrag onevenredig worden geschaad.[92] Waar ligt de grens tussen gebruik en misbruik? In dit geval gebruikt de koper de bedenktijd anders dan in de casus van de smoking en de walkman in overeenstemming met de ratio ervan. Immers de koper gebruikt de bedenktijd om weerstand te bieden aan de door de marktsituatie ontstane druk om te kopen. Hij kan op deze manier rustig een keuze maken tussen verschillende huizen zonder dat hij bang behoeft te zijn dat zijn keuze wordt beperkt, omdat een ander al een van de huizen heeft gekocht. In dit verband wijst Hijma erop dat de opinie van de minister ertoe leidt dat de koper van geen van de overeenkomsten kan terugtreden en dus aan alle gebonden blijft. Hijma acht deze sanctie overtrokken, zeker omdat de bedenktijd er nu eenmaal toe strekt dat de koper op te snel genomen beslissingen kan terugkomen.[93] Van een handelen in strijd met de ratio van de bedenktijd lijkt daarom geen sprake. Bovendien, waarom worden de belangen van de verkopers in dit geval onevenredig geschaad? Is de situatie voor iedere individuele verkoper wiens verkoop niet doorgaat door uitoefening van de bedenktijd-ontbinding nu anders, omdat door de listige koper ook nog andere koopovereenkomsten waren gesloten? En waarom zijn de belangen van de andere kopers onevenredig geschaad? Wanneer een dergelijke aspirant-koper het huis waarop deze zijn vues had na de listige koper koopt onder de opschortende voorwaarde dat laatstgenoemde van zijn ontbindingsrecht gebruik maakt is de situatie niet slechter dan wanneer de listige koper alleen dít huis eerder dan de andere koper had gekocht. Betwijfeld kan worden of het gebruik van de bedenktijd in overeenstemming met zijn ratio, zonder dat er sprake is van andere omstandigheden dan geschetst, misbruik van bevoegdheid oplevert. Het voorbeeld toont wel aan dat de bedenktijd als rechtsfiguur in het maatschappelijk verkeer tot onevenwichtige en wellicht ook onwenselijke situaties kan leiden.

---

90 Een uitzondering kan zich mogelijk voordoen wanneer de koopovereenkomst bij de akte van levering wordt gewijzigd (zie par. 6.6.6).

91 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 4 (Verslag van een schriftelijk overleg). Het voorbeeld is ontleend aan Bartels & Van Buren-Dee 1996, p. 57.

92 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 20 (Verslag van een schriftelijk overleg).

93 Hijma 2004, p. 77.

In de praktijk schijnen zich ook gevallen voor te doen waarin de koper na het intreden van de bedenktijd de koopovereenkomst dreigt te ontbinden wanneer de verkoper de prijs niet bijvoorbeeld met 10% verlaagt. In wezen poogt de koper op deze manier de onderhandelingen te heropenen vanuit de positie waarin de verkoper gebonden is, maar de koper nog kan kiezen tussen gebondenheid of ongebondenheid. De verkoper, die wellicht inmiddels andere kopers die bijvoorbeeld 5% minder dan de koopprijs hebben geboden heeft afgeslagen, staat voor een dilemma. Hij kan proberen de schade te beperken door de onderhandelingen te heropenen en bijvoorbeeld rond een prijsaanpassing van rond -/- 5% uit te komen. Hij kan ook het risico nemen dat de koper ontbindt. Wanneer de koper dat doet behoeft de verkoper immers de onderhandelingen met deze koper niet te heropenen.[94] Het is echter de vraag of andere kopers dan nog bereid zijn hun bod gestand te doen. De verkoper moet zich dus afvragen of de koper bluft of werkelijk zal gaan ontbinden wanneer hij niet op het dreigement in gaat. Het is waarschijnlijk niet de bedoeling van de wetgever geweest dat op deze manier met de bedenktijd wordt omgegaan. Dit blijkt onder meer uit het feit dat partiële ontbinding niet mogelijk is en de verkoper na ontbinding niet gehouden is met deze koper opnieuw te gaan onderhandelen. Wel is volgens de minister denkbaar dat, nadat de koper de koop heeft ontbonden, partijen opnieuw in onderhandeling treden teneinde te trachten overeenstemming te bereiken over de kwesties die voor de koper de aanleiding vormden om de koop te ontbinden.[95] Maar dit is een geheel andere situatie omdat beide partijen dan weer in volledige vrijheid onderhandelen. Het is echter in strijd met de beginselen van redelijkheid en billijkheid de ander tot onderhandelen te bewegen, terwijl alleen de koper weet dat wanneer de verkoper er niet op ingaat de koopovereenkomst door kan gaan, omdat de koper toch niet van plan was te ontbinden. Aldus maakt hij misbruik van de onvrijheid van de ander. De koper heeft door op deze manier te handelen het recht de overeenkomst op grond van de bedenktijd ook daadwerkelijk te ontbinden verwerkt.[96] Een dergelijke wijze van handelen kan eveneens als misbruik van recht worden aangemerkt en bovendien op grond van artikel 6:162 BW leiden tot vergoeding van de schade die de verkoper hierdoor heeft geleden. Voorts is verdedigbaar dat na een dergelijk dreigement niet meer van de verkoper kan worden gevergd aan de koopovereenkomst met deze koper gebonden te blijven. Onder deze omstandigheden zou de aankondiging van de koper de koopovereenkomst te ontbinden en deze niet na te zullen komen kunnen worden opgevat als een *anticipatory*

94 *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 4 (Nadere MvA).

95 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 18 (Verslag van een schriftelijk overleg).

96 Ook Valk vraagt zich in een vergelijkbare casus af of de verkoper een beroep kan doen op misbruik van bevoegdheid of de beperkende werking van de goede trouw (Valk 2004, p. 89).

breach, die de verkoper de bevoegdheid verleent de koopovereenkomst op zijn beurt te ontbinden (art. 6:80 lid 1 sub b BW).

Loos verdedigt dat de regels van de precontractuele aansprakelijkheid ook van toepassing zijn op de periode gedurende de bedenktijd, omdat dit lijkt op de situatie waarin onderhandelingen wel tot definitieve afspraken hebben geleid, maar nog niet tot een juridisch bindende overeenkomst. De aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen bij de verkoper zou dan met zich brengen dat de koper gehouden is de verkoper in de positie te brengen waarin deze zou hebben verkeerd indien de onderhandelingen nooit zouden hebben plaatsgevonden (negatief contractsbelang).[97] De eisen van de redelijkheid en billijkheid zijn, zoals hiervoor is uiteengezet, op de uitoefening van de bedenktijd-ontbinding van toepassing. Hiervoor is een analoge toepassing van de regels van precontractuele aansprakelijkheid niet nodig. Betwijfeld moet worden of de uitoefening van het recht dat door artikel 7:2 lid 2 BW aan de koper wordt verleend zonder dat hiervan kan worden gezegd dat het misbruik van bevoegdheid oplevert of in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, tot enige schadevergoedingsplicht van de koper jegens de verkoper kan leiden. Onduidelijk is immers waarop deze schadevergoedingsplicht zou moeten worden gebaseerd; van een toerekenbare tekortkoming of van een onrechtmatige daad is immers geen sprake. Wanneer de uitoefening van dit recht gepaard zou moeten gaan met enige schadevergoeding aan de verkoper had dit in de wet moeten zijn bepaald.[98]

6.4.11 Grenzen aan de uitoefening van de bedenktijd-ontbinding

Ook het handelen van de consument-koper behoort volledig te worden beoordeeld in het licht van de redelijkheid en billijkheid. Wanneer over de vraag *waarom* het terugtreedrecht wordt uitgeoefend geen discussie mogelijk zou zijn, zou dit onderdeel van consumentenrecht tot onrecht kunnen leiden. Het uitgangspunt dat de bedenktijd-ontbinding 'zonder opgave van redenen' kan worden uitgeoefend behoort daarom niet te impliceren dat voor een toetsing van het handelen van de consument-koper aan algemene rechtsbeginselen geen of slechts beperkt plaats zou zijn. De leerstukken misbruik van recht en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zijn daarom zonder meer op de uitoefening van de bevoegdheden voortvloeiende uit de bedenktijd van toepassing. Evenals in de casus van de walkman en de smoking kan dit ertoe leiden dat de consument door de wijze waarop hij heeft gehandeld zijn terugtreedrecht niet mag uitoefenen. Ook bij de koop van onroerende zaken

97 Loos 2003a, p. 263-264.

98 De vraag wie de aan de ontbinding verbonden kosten moet dragen is een andere vraag. Zie hierover Hijma 2004, p. 79-81.

kan dit onder omstandigheden het geval zijn. Van misbruik of van handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid zal echter niet snel sprake zijn wanneer de bedenktijd wordt uitgeoefend in overeenstemming met de ratio ervan. Wanneer de bedenktijd wordt gehanteerd om, gebruik makend van de onvrijheid van de verkoper, de onderhandelingen op onderdelen te heropenen door bijvoorbeeld met ontbinding te dreigen wanneer de verkoper niet vrijwillig op het wijzigingsvoorstel ingaat, handelt de koper in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid. Verdedigbaar is dat alsdan niet meer van de verkoper kan worden gevergd aan de overeenkomst met deze koper gebonden te zijn. Het ontbindingsrecht komt deze koper niet toe, zodat deze aan de koopovereenkomst gebonden blijft. Dit impliceert dat onder deze omstandigheden de aankondiging van de koper de koopovereenkomst te ontbinden en deze niet na te zullen komen kan worden opgevat als een *anticipatory breach*, die de verkoper de bevoegdheid verleent de koopovereenkomst te ontbinden (art. 6:80 lid 1 BW).

6.5 Bedenktijd als inbreuk op het causabeginsel

6.5.1 De totstandkoming van de overeenkomst en het causabeginsel

De koopovereenkomst kan als een van de meest aansprekende voorbeelden fungeren van de causale relatie die bestaat tussen de verbintenissen die voortvloeien uit een wederkerige overeenkomst. De verkoper is verplicht een zaak te geven en de koper is verplicht om *daarvoor* een prijs te betalen (art. 7:1 BW). Deze verplichtingen vormen niet alleen tezamen de inhoud van de overeenkomst, maar ze hangen met elkaar samen en bestaan niet los van elkaar. Er bestaat tussen deze verplichtingen een verband. De een verricht een prestatie ten opzichte van de ander, omdat die ander dat ten opzichte van hem ook doet (*do ut des*). De uitwisseling van zaak en prijs is het objectieve doel van de koopovereenkomst.[99] De gedachte dat er tussen de uit de overeenkomst over en weer voortvloeiende prestaties een wederkerig verband en daardoor een wederzijdse afhankelijkheid bestaat, noemt men het causabeginsel. Dit causabeginsel komt in het contractenrecht tot uitdrukking wanneer de samenhang tussen de prestaties is verbroken. Wanneer de ene partij niet nakomt is de ander bevoegd de nakoming van zijn eigen verplichting op te schorten (artt. 6:52 en 6:262 BW) en kan hij bovendien de overeenkomst ontbinden (art. 6:265 BW), zelfs indien er sprake is van een niet toerekenbare tekortkoming.[100] In het onroerend goedrecht komt deze quid pro quo-gedachte ook tot uitdrukking in artikel 7:26 lid 3 BW, dat bepaalt dat de koopprijs ten tijde van de ondertekening van de akte tenminste uit de macht van de koper moet zijn

99 Nieuwenhuis 1979, p. 73.
100 Smits 1995, p. 237-238.

gebracht en pas na de inschrijving van de akte in de openbare registers in de macht van de verkoper behoeft te worden gebracht. Deze regel is geschreven om zeker te stellen dat de verkoper zijn zaak niet overdraagt zonder dat hij de koopprijs verkrijgt en dat de koper de betaling van de koopprijs nog kan opschorten wanneer hij de zaak niet (onbelast) verkrijgt.[101]

De vraag die voorligt is of de bedenktijd een inbreuk vormt op het causabeginsel. Op het eerste gezicht lijkt deze vraag ontkennend te moeten worden beantwoord. De verkoper zal immers van de op hem berustende verbintenissen bevrijd zijn wanneer de koper zijn verplichtingen door het inroepen van de bedenktijd niet gestand doet, omdat de overeenkomst in dat geval wordt ontbonden. Men bekijkt het causabeginsel dan alleen in de rol die het speelt bij reeds totstandgekomen overeenkomsten; dat van conditioneel en functioneel synallagma. Het conditioneel synallagma houdt in dat wanneer de ene vordering uit overeenkomst wegvalt ook de daar tegenoverstaande vordering wegvalt. Het functioneel synallagma heeft betrekking op de bevoegdheid de nakoming van een contractuele verplichting op te schorten zolang de ander ook niet nakomt.[102] Het causabeginsel ziet echter niet alleen op de nakoming van de overeenkomst, maar ook op de totstandkoming ervan. Dit wordt het genetisch synallagma genoemd.[103] Het is niet alleen zo dat men geeft opdat de ander geeft, maar ook dat men belooft te geven, omdat de ander dat ook doet. Dit kan ook bijna niet anders. Wanneer het causabeginsel een rol speelt bij het voortduren of eindigen van de contractuele gebondenheid, moet dat ook het geval zijn bij het ontstaan van de contractuele gebondenheid. Smits brengt dit als volgt onder woorden:[104]

> 'Het do *ut* des, het geven *opdat* de wederpartij ook geeft, verwijst naar een wederkerigheid, gelegen in het *verband* dat tussen de verrichte en nog te verrichten prestaties bestaat. Als dat verband voldoende is, zal een contractuele gebondenheid kunnen worden aangenomen. Dit verband is voldoende èn de noodzakelijke voorwaarde voor de gebondenheid: *zonder* wederkerige samenhang geen overeenkomst en alleen in geval van wederkerige samenhang *wel* een overeenkomst. Niet de overeenkomst leidt tot samenhang der prestaties, maar de samenhang leidt tot de overeenkomst.'

Wat – zo vraagt Nieuwenhuis zich af – blijft er bij de bedenktijd over van de eis dat *beide* partijen *intend to be legally bound*?[105] Op de samenhang van de beloofde prestaties wordt inbreuk gemaakt nu tijdens de bedenktijd een van

---

101 Het gaat hier in wezen om de codificatie van HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 m.nt. WMK; Baarns beslag.
102 Smits 1995, p. 237.
103 Smits 1995, p. 238.
104 Smits 1995, p. 238.
105 Nieuwenhuis 2001, p. 333.

deze beloften rechtens zonder opgave van redenen mag worden verbroken, terwijl de andere belofte gedurende die tijd gestand moet worden gedaan. Door de dwingenrechtelijke bedenktijd *kan* de belofte van de koper bij de ondertekening der akte vooralsnog niet meer zijn dan een intentieverklaring. De inbreuk op het causabeginsel is in tweeërlei zin beperkt. In de eerste plaats wordt alleen inbreuk gemaakt op het genetisch synallagma. Het functioneel en conditioneel synallagma worden immers niet aangetast. In de tweede plaats is ook de inbreuk op het genetisch synallagma in de tijd beperkt. Na afloop van de bedenktijd kan zelfs de koper niet op zijn belofte terugkomen. Bij de totstandkoming van de overeenkomst staat het synallagmatisch verband door de bedenktijd onder druk. Waardoor wordt gerechtvaardigd niet alleen dat de belofte van de koper gedurende de bedenktijd vooralsnog niet bindt, maar ook dat de verkoper desondanks wél gebonden is?

6.5.2 De rechtvaardiging van de inbreuk op het causabeginsel

De bedenktijd beschermt de koper tegen een informatietekort en tegen een psychologisch tekort. Ook de klassieke regelingen der wilsgebreken verschaffen een degelijke bescherming. In deze regelingen ligt besloten waarom in deze gevallen het belang van een der partijen van de overeenkomst te worden bevrijd zwaarder moet wegen dan het belang dat de ander bij de instandhouding ervan heeft. In deze afweging speelt hetgeen deze wederpartij heeft gedaan of heeft geweten een belangrijke rol. Zo is bij de eerste twee dwalingsgevallen van artikel 6:228 BW vereist dat hij de wederpartij door te spreken of juist door omtrent hetgeen hij wist te zwijgen de ander in dwaling heeft gebracht. Ook bij misbruik van omstandigheden en bedrog is evident waarom de wederpartij de vernietiging van de overeenkomst tegen zich moet laten gelden. Valk noemt deze rechtvaardiging die *tegenover de wederpartij* voor de onttrekking aan de gebondenheid aan de overeenkomst moet bestaan met een Duitse term *Zumutbarkeit*.[106] Het geeft weer dat in sommige omstandigheden, zoals wanneer aan de vereisten van dwaling is voldaan, van de wederpartij gevergd kan worden dat hij de belangen van de ander laat voorgaan. Waarin is nu deze *Zumutbarkeit* bij de bedenktijd gelegen? Terecht wijst Valk erop dat het feit dat er voor een beroep op de bedenktijd geen redenen behoeven te worden aangevoerd in dit verband een bijzondere rechtvaardiging behoeft. De wederpartij draagt hierdoor immers niet alleen de gevolgen van een daadwerkelijk psychologisch tekort en/of informatietekort van degene die de bedenktijd inroept, maar mogelijk ook van diens wispelturigheid of ander naar misbruik neigend gebruik van de bedenktijd.[107]

106 Valk 2004, p. 136.
107 Valk 2004, p. 137.

Welke is nu die bijzondere rechtvaardiging die meebrengt dat rechtens van de ene partij kan worden gevergd dat hij aan de gesloten overeenkomst gebonden is, terwijl de ander dit nog niet is? Wat brengt mee dat de een de last moet dragen van de rechtsbescherming van de ander? De rechtvaardiging zou gelegen kunnen zijn in de wet van de grote getallen. Bij het sluiten van een bepaald soort koopovereenkomsten is het in zekere zin gebruik maken van de zwakheden van de koper een verkooptechniek. Dat is altijd zo geweest. Er zijn maar weinig mensen die zich nog nooit door een verkoper hebben laten verleiden iets te kopen dat ze eigenlijk niet nodig hadden en dat ze ook niet hadden gekocht als ze op tijd bij de verkoper waren weggelopen. Wanneer men regelmatig gebruik maakt van een dergelijke verkooptechniek profiteert men dus systematisch van een eventueel tekort aan weerstand of een informatietekort dat door de verkoopmethode bij de ander wordt gecreëerd. Het is volgens Valk dit profijtbeginsel dat rechtvaardigt dat een partij die een dergelijke overeenkomst in de gewone uitoefening van zijn beroep of bedrijf aangaat een bedenktijdregeling tegen zich moet laten gelden. Valk ziet deze rechtvaardiging echter alleen bij professioneel handelende wederpartijen, omdat deze de financiële gevolgen van wispelturigheid en van naar misbruik neigend gebruik van de bedenktijd via de prijsstelling ten laste van het collectief van consumenten kunnen brengen, in wier belang de bedenktijd wordt geïntroduceerd.[108] Het onrecht dat in een individuele zaak door het gebruik van de bedenktijd kan ontstaan wordt goedgemaakt doordat de verkoper per saldo zal profiteren van de verkooptechnieken die de bescherming van de bedenktijd noodzakelijk heeft gemaakt. Dit rechtseconomisch denken vindt men in versterkte mate terug in de considerans bij de richtlijn betreffende financiële diensten op afstand. Het herroepingsrecht wordt hier verdedigd met het oog op de versterking van het vertrouwen dat de consument in de verkoop op afstand moet hebben teneinde diens keuzevrijheid te garanderen. Een eenvormige regeling die een hoog niveau van consumentenbescherming waarborgt is volgens de considerans nodig met het oog op de goede werking van de interne markt.[109] Valk constateert hier – kennelijk tot zijn verbazing – dat de bescherming van de consument tegen het psychologisch tekort en informatietekort hier niet meer te vinden is.[110] Het is echter een vanzelfsprekend gevolg van eenmaal ingezet rechtseconomisch denken. Wanneer men immers de som zo kan maken dat de collectieve last van het gebruik (inclusief misbruik) van de bedenktijd kleiner is dan de winst die wordt gemaakt door de extra overeenkomsten die juist door het besef van de consument dat hij er weer vanaf kan zal zijn gesloten, is de bedenktijd in het belang van de interne markt.

---

108 Valk 2004, p. 138. In wezen betalen dan de consumenten die zich houden aan hun woord en geen gebruik maken van de bedenktijd de kosten hiervan. Reeds hierom kan van een werkelijke 'rechtvaardiging' van de bedenktijd niet worden gesproken.

109 Richtlijn 2002/65/EG (*PbEG*, L 271/16).

110 Valk 2004, p. 126.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat professionele verkopers op televisie en internet de wettelijke bedenktijd inzetten als verkooptechniek: koop, aarzel niet, want u kunt er toch weer vanaf.[111] De meeste mensen zullen immers geen gebruik maken van de bedenktijd.

Voorzover men het gecollectiveerde profijtbeginsel als rechtvaardiging al wil aanvaarden, lijkt het als zodanig inzetbaar voor het toepassen van de bedenktijd bij alle door professionele verkopers te sluiten overeenkomsten. Immers, zij zullen systematisch gebruik maken van de zwakheden van de wederpartij door hem (bewust of onbewust) te verleiden iets te kopen wat hij anders niet zou hebben gekocht. Zo ver gaat de wetgever echter (nog) niet. Wat betreft de overeenkomsten tussen een professionele partij enerzijds en een consument anderzijds wordt de toepassing van de bedenktijd beperkt tot bepaalde overeenkomsten, waarbij in de regel gebruik wordt gemaakt van technieken die tot misstanden leiden (colportage en timeshare) of waarbij het informatietekort van de consument evident lijkt (koop op afstand).

6.5.3 De inbreuk op de belangen van de verkoper van een onroerende zaak

In artikel 7:2 BW heeft de wetgever de bedenktijd in tegenstelling tot alle andere bedenktijdregelingen geïntroduceerd bij een overeenkomst waarvoor niet behoeft te gelden dat de verkoper een professionele partij is. Voorzover het gaat om bestaande woningen zal in de regel juist gelden dat de verkoper een particulier is. De inbreuk die door de bedenktijd wordt gemaakt op de belangen van de verkoper kan hier niet gerechtvaardigd worden door het collectieve profijtbeginsel. Van een systematisch gebruik van bepaalde verkooptechnieken is geen sprake en ook niet van het doorberekenen in de prijzen van de kosten van de bedenktijdregeling. Dit geldt – zo maakt Valk duidelijk – ook in een overspannen woningmarkt, omdat ook dan de verkoper de gevolgen van wispelturigheid en naar misbruik neigend gebruik van de bedenktijd niet in de prijs kan doorberekenen.[112] Zou men dan de bedenktijd niet kunnen rechtvaardigen tegenover de verkoper door te stellen dat hij in een dergelijke markt wel individueel profijt trekt, omdat hij dan immers profiteert van de druk die deze markt uitoefent op de koper? Een dergelijke redenering zou voorbij gaan aan de mogelijkheid dat deze verkoper ook zelf weer koper is, waardoor het 'profijt' dat hij als individuele verkoper dan wellicht heeft weer kan worden gerelativeerd. Zou de *Zumutbarkeit* niet gelegen zijn in het feit dat de verkoper

111 Hartlief en Reurich vrezen dat de koper sneller zal overgaan tot een 'spontane' aankoop, omdat een koper weet dat hij een bedenktijd heeft waarin hij onderzoek kan doen en vervolgens desgewenst de koop zonder opgave van redenen kan ontbinden (Hartlief & Reurich 1999, p. 49-51).

112 Valk 2004, p. 140-141.

de zaak kent? Is dit argument dat door de minister wel is genoemd om te verdedigen dat de verkoper geen bescherming nodig heeft[113] niet ook te gebruiken om te verdedigen dat op diens rechtspositie inbreuk mag worden gemaakt? Dit is om twee redenen niet het geval. In de eerste plaats abstraheert de bedenktijd te zeer van de werkelijke omstandigheden van het geval. Ook indien de verkoper aan zijn informatieverplichtingen heeft voldaan komt de koper een bedenktijd toe. In de tweede plaats geldt dat de wet met dit gegeven al rekening heeft gehouden door de regeling van de aansprakelijkheid van de verkoper op grond van artikelen 7:15 en 7:17 BW, wanneer deze niet aan zijn informatieverplichtingen heeft voldaan. De wetgever gaat voor het overige niet in op de vraag waardoor wordt gerechtvaardigd dat op de positie van de verkoper door de bedenktijd zozeer inbreuk wordt gemaakt. Met Valk kunnen we niet anders doen dan ons hierover verbazen.[114] Op een andere plaats in het Burgerlijk Wetboek spelen de belangen aan de kant van de *verkoper* wél een rol. Blijkens artikel 1:88 BW heeft de wetgever het noodzakelijk geacht echtgenoten en geregistreerde partners in het belang van het gezin tegen zichzelf en tegen elkaar te beschermen tegen het onbedachtzaam verrichten van bepaalde rechtshandelingen, waaronder de verkoop van de echtelijke woning (art. 1:88 lid 1 sub a BW).[115] Voor deze verkoop is de toestemming van de andere – niet handelende – echtgenoot vereist. Ontbreekt deze toestemming dan is de termijn voor vernietiging niet drie dagen, maar drie jaren (art. 1:89 jo. art. 3:52 lid 1 sub d BW). Niet alleen het kopen van een woning, maar ook het verkopen ervan zijn verstrekkende rechtshandelingen. Bij de invoering van de bedenktijd voor de koper vindt men hier echter weinig van terug.

De inbreuk die de bedenktijd maakt op het causabeginsel is moeilijk te rechtvaardigen wanneer er geen sprake is van een overeenkomst die wordt aangegaan tussen een professioneel handelende partij enerzijds en een consument anderzijds. Bij de introductie van de bedenktijd in Frankrijk voor de koper van onroerende zaken, die ook bestaat tegenover een niet professioneel handelende verkoper (zie par. 6.3.4) wordt dan ook opgemerkt dat deze vorm van rechtsbescherming die voorheen slechts tegenover professionele partijen gold, blijk geeft van een nieuwe benadering van het *équilibre contractuel*[116] De bedoeling van de Franse regeling is niet de koper te beschermen tegen de professionele verkoper maar om hem te beschermen tegen zijn eigen zwakheden, juist omdat deze belangrijke transacties soms een beetje te snel worden gesloten. Alleen het bij de koper veronderstelde psychologische tekort wordt aange-

113 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 20 (Verslag van een schriftelijk overleg).
114 Valk 2004, p. 122.
115 Zie over deze ratio De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz 1999, nrs. 18-19 en Reinhartz 1997, p. 203.
116 Périnet-Marquet 2001, p. 236.

voerd ter rechtvaardiging van dit *droit de rétractation*.[117] Ook in de Franse regeling wordt daarom niet duidelijk waarom de verkoper de last moet dragen van de bescherming van de koper tegen diens eigen zwakheden.

6.5.4 De toepassing van het causabeginsel bij de uitoefening van de bedenktijd

De rol van het causabeginsel bij de totstandkoming van de overeenkomst is door de invoering van de bedenktijd voor de koper belangrijk beperkt, maar niet geheel uitgespeeld. De grenzen van de uitoefening van de bedenktijd zullen immers in belangrijke mate worden beïnvloed door het besef dat partijen zich *tegenover* elkaar verbinden. De onderhandelingspositie van de verkoper mag niet te veel worden aangetast door het gegeven dat de een gebonden is en de ander nog niet. In de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:2 BW klinkt dit door in de verklaring waarom de bedenktijd bij de koop van een woning is beperkt tot drie dagen. Alle overige bedenktijdregelingen kennen langere termijnen. Wie bijvoorbeeld een t-shirt koopt via internet heeft een bedenktijd van zeven werkdagen ter beschikking (art. 7:46d BW). De korte duur van de bedenktijd in artikel 7:2 BW is volgens de minister gekozen opdat de verkoper niet onredelijk in zijn onderhandelingsmogelijkheden wordt beperkt.[118] In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de termijn van drie dagen weinig effectief is indien men deze naar een van zijn doelstellingen zou willen gebruiken voor het raadplegen van deskundigen.[119] Het pleidooi in de Eerste Kamer voor een verlenging van de termijn tot zeven dagen stuit wederom af op het bezwaar dat dit te diep ingrijpt in de gerechtvaardigde belangen van de verkoper, die veelal ook een particulier zal zijn.[120] Het conditioneel synallagma verhindert dus dat de bedenktijd een effectievere termijn heeft. Deze constatering had moeten leiden tot het niet invoeren van de bedenktijd. Deze conclusie is echter niet getrokken. Met de invoering van de bedenktijd is de inbreuk op het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst en op het causabeginsel een feit. Maar indien men hiertoe bereid is dan moet de inbreuk wel enige zin hebben. Een verlenging van de bedenktijd met vier dagen (door de werking van de algemene termijnen wet kan de driedagentermijn in weken zonder feestdagen echter al oplopen tot vijf dagen) kan daarom niet zonder meer als een verdergaande inbreuk worden gekenschetst. Hierin moet worden meegewogen welk redelijk belang met deze inbreuk wordt gediend. Het is de vraag of deze korte bedenktijd waarin realiter nauwelijks deskundigen kunnen worden geraadpleegd en die dus alleen kan

117 Périnet-Marquet 2002, p. 766.
118 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 5 (MvA).
119 Zie o.m. Loos 2002, p 361, 362 en 367; Hijma 2004, p. 25 en Van Velten 2004, p. 317.
120 *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, A, p. 7 (Brief van de Minister van Justitie).

worden gebruikt om op een te snel gegeven woord ook snel weer terug te komen enig gewicht in de schaal kan leggen.

Ook bij de toepassing van de bedenktijd blijft het causabeginsel een rol spelen. Een voorbeeld hiervan is reeds te vinden in artikel 7:2 lid 2 BW. De laatste zin bepaalt dat indien de koper van de bedenktijd-ontbinding gebruik heeft gemaakt dit ontbindingsrecht niet opnieuw ontstaat wanneer tussen dezelfde partijen met betrekking tot dezelfde zaak of hetzelfde bestanddeel daarvan opnieuw een koop tot stand komt. De bedenktijd-ontbinding kan door de koper hierdoor niet onbeperkt worden gebruikt om het met de verkoper bereikte onderhandelingsresultaat steeds opnieuw ter discussie te stellen. Hij kan dit slechts één keer doen. Ook deze ene keer is het geen risicoloze exercitie wanneer de koper de bedenktijd niet wil gebruiken om definitief van de koop af te komen, maar alleen omdat hij bijvoorbeeld nadat hij een notaris heeft geraadpleegd er achter is gekomen dat hij niet akkoord had moeten gaan met een bepaalde clausule. Het is immers de vraag of de verkoper gehouden is opnieuw met de koper in onderhandeling te treden wanneer deze de koop met toepassing van de bedektijdregeling heeft ontbonden. De minister heeft in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat dat niet het geval is. Het is volgens de minister in deze situatie aan de verkoper om uit te maken met wie hij in onderhandeling treedt.[121] Is dit wel in alle omstandigheden juist? Men zou immers kunnen verdedigen dat de verkoper wel verplicht is de onderhandelingen te heropenen wanneer de koper de bedenktijd-ontbinding heeft gebruikt omdat hij bijvoorbeeld een gebrek heeft geconstateerd en de koop toch door wil laten gaan, maar dan tegen een lagere prijs. De leden van de Tweede Kamer vroegen zich bij het schriftelijk overleg af of in het geval de koper tijdens de bedenktijd ontbindt omdat hij tijdens de bedenktijd gebreken had geconstateerd de bedenktijd-ontbinding niet zou leiden tot een 'alles of niets' resultaat. De minister antwoordde hierop dat dat niet het geval is wanneer partijen opnieuw met elkaar in onderhandeling treden teneinde te trachten overeenstemming te bereiken over de kwestie(s) die voor de koper aanleiding vormde(n) om de koop te ontbinden.[122] Met andere woorden, nu er geen verplichting tot heronderhandelen bestaat moet de koper er rekening mee houden dat het inroepen van de bedenktijd-ontbinding leidt tot het resultaat dat de koop in zijn geheel niet doorgaat. In dit licht is de bedenktijd-ontbinding met betrekking tot minder ernstige gebreken en ongewenste contractuele bepalingen een disproportionele en daardoor weinig effectieve vorm van rechtsbescherming. Dit geldt met name wanneer men dit vergelijkt met de rechtsbescherming die het gevolg zou zijn geweest van de verplichte inschakeling bij de koopovereenkomst van de notaris. Toch lijken de antwoorden van de minister juist. Het voert te ver de verkoper een verplichting tot heronder-

121 *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 4 (nadere MvA).
122 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 18 (Verslag van een schriftelijk overleg).

handeling op te leggen wanneer de koper zonder opgave van redenen ontbindt. De bedenktijd mag niet worden gebruikt om de wederpartij te dwingen tot een ander onderhandelingsresultaat. Wie zelf van zijn verplichtingen wil worden bevrijd, mag een ander niet gebonden willen laten; het causabeginsel staat hieraan in de weg. Wanneer de koper goede redenen heeft om de overeenkomst te willen wijzigen staan hem andere rechtsmiddelen ten dienste. Wanneer kan worden aangetoond dat er sprake is van een tekortkoming of van misbruik van omstandigheden dan wel dwaling is het immers mogelijk om de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden (art. 6:265 jo. 6:270 BW) respectievelijk om de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen (art. 3:54 en 6:230 BW). De koper die zich in de korte tijd die hem voor de bedenktijd-ontbinding ter beschikking staat niet goed kan laten informeren over deze mogelijkheden loopt hierdoor de kans zijn eigen glazen in te gooien. Het volledig zonder opgave van redenen ontbinden is in deze gevallen een verkeerd gekozen rechtsmiddel.[123] Een eenmaal ontbonden overeenkomst kan immers niet nog partieel worden ontbonden of worden gewijzigd. Wellicht is het onder omstandigheden mogelijk de ontbindingsverklaring van de koper op te vatten als een gedeeltelijke ontbinding wegens een tekortkoming of als een vernietiging op grond van een wilsgebrek. Dit zal met name het geval kunnen zijn wanneer de koper *met* opgave van redenen heeft ontbonden. Dat een ontbinding zonder opgave van redenen niet tot een partiële ontbinding kan leiden ligt ook besloten in het causabeginsel. De minister maakt dit duidelijk wanneer aan hem de vraag wordt voorgelegd of artikel 6:270 BW ook op de bedenktijd-ontbinding van toepassing is. De aan de bedenktijd verbonden nadelen zouden voor de (consument-)verkoper te groot worden indien de koper door middel van een gedeeltelijke ontbinding onderdelen van de koopovereenkomst terzijde zou kunnen stellen.[124] Doordat bij de bedenktijd-ontbinding geen verplichting tot heronderhandeling bestaat en doordat partiële ontbinding hierbij niet mogelijk is biedt deze nieuwe rechtsfiguur de koper slechts beperkte mogelijkheden tot *cherry-picking*. Daar waar een koper de bedenktijd-ontbinding zou willen gebruiken om de verkoper onder druk te zetten loopt hij immers het risico de overeenkomst geheel ten grave te dragen. Hoewel de bedenktijd inbreuk maakt op het beginsel dat partijen tegenover elkaar verbonden zijn keert de betekenis van dit beginsel bij de uitoefening van het ontbindingsrecht volledig terug: of beide partijen zijn aan het overeengekomene gebonden of zij zijn dat beide niet.

123 De opmerking van Valk dat een beroep op een vernietigingsgrond niet verstandig is zolang nog beëindiging van de koopovereenkomst volgens een bedenktijdregeling mogelijk is, omdat de koper via de laatste weg een complex debat kan besparen, lijkt daarom te kort door de bocht. (Valk 1998, p. 14.).

124 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 29 (Verslag van een schriftelijk overleg).

Bij de beantwoording van de vraag welke gedachte rechtvaardigt dat de bedenktijd inbreuk maakt op de belangen van de koper wordt met betrekking tot professionele verkopers, zoals in paragraaf 6.5.2 beschreven, het gecollectiveerde profijtbeginsel aangevoerd. Dit betekent dat de grenzen van de inbreuk op het causabeginsel bij particuliere verkopers eerder zullen zijn bereikt. Als voorbeeld kan het volgende dienen. Hijma bepleit dat evenals in de regelingen met betrekking tot timeshares (art. 1 sub 1 Gegevensbesluit rechten van gebruik in deeltijd van onroerende zaken) en de koop op afstand (art. 7:46c lid 2 sub b BW) ook bij de toepassing van artikel 7:2 BW op de verkoper de plicht rust de koper op de hoogte te stellen van zijn recht de koop zonder opgave van redenen te ontbinden. Doet hij dat niet dan kan volgens Hijma op grond van artikel 6:248 BW worden aangenomen dat de zwijgende professionele verkoper zich er jegens de onwetende koper niet op kan beroepen dat deze de ontbindingsbevoegdheid heeft verspeeld. Hijma legt deze informatieverplichting op de professionele verkoper. Met betrekking tot de particuliere verkoper merkt Hijma op dat wanneer het gaat om een 'bewust zwijgende' verkoper onder omstandigheden hetzelfde kan gelden, maar dat dit terrein te divers is om een algemene uitspraak te rechtvaardigen.[125]

Het causabeginsel brengt het evenwicht tussen de tegenover elkaar staande prestaties van partijen tot uitdrukking. De bedenktijd maakt hierop bij de totstandkoming van de koopovereenkomst een zekere inbreuk. Bij de toepassing van de bedenktijd en de beantwoording van de vragen met betrekking tot de gevolgen van de bedenktijd-ontbinding zal dit evenwicht weer zoveel mogelijk moeten worden bereikt.

6.5.5 Een contractuele bedenktijd voor de verkoper?

De inbreuk die de wettelijke bedenktijd maakt op het contractuele evenwicht zou kunnen worden gerelativeerd indien partijen ten behoeve van de verkoper een bedenktijd naar het model van artikel 7:2 lid 2 BW in de definitieve koopovereenkomst zouden kunnen opnemen. In de koopovereenkomst zou bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat de verkoper binnen drie dagen na de ondertekening van de koopakte de koopovereenkomst zonder opgave van redenen zou kunnen ontbinden.[126] Aangezien de verkoper zich in beginsel verbindt tot het leveren van de zaak en de koper tot het betalen van de koop-

125 Hijma 2003b, p. 813-814.

126 Indien deze voorwaarde niet is vormgegeven als een opschortende voorwaarde dat de verkoper na drie dagen nog bereid is de zaak te leveren is van een zogenaamde potestatieve voorwaarde, in de zin dat nog geen verbintenissen gelden, geen sprake. (Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 167 en de noot van Brunner onder HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569; Beliën/ provincie Brabant.

prijs is desalniettemin van een koopovereenkomst in de zin van artikel 7:1 BW sprake en loopt tegelijk met de contractuele bedenktijd van de verkoper ook de wettelijke bedenktijd van de koper.[127] Het derde lid van artikel 7:2 BW staat hier niet aan in de weg, aangezien hierdoor niet van het in de leden 1 tot en met 3 bepaalde wordt afgeweken. Een bedenktijd voor de verkoper doet niets af aan de bedenktijd voor de koper. Deze koper houdt immers de mogelijkheid zich over de koop te beraden, eventueel deskundigen in te schakelen en op een te snel gesloten koop weer terug te komen. De bescherming tegen een psychologisch tekort of een informatietekort blijft dus in stand. Ook op de ratio van de wettelijke bedenktijd voor de koper maakt een contractuele bedenktijd voor de verkoper dus geen inbreuk. Er lijken vooralsnog geen redenen te zijn die dwingen tot de conclusie dat partijen een dergelijke bedenktijd niet overeen zouden mogen komen. De strekking van de wettelijke regeling is immers niet een algemene kopersbescherming tot stand te brengen waarbij niets ten voordele van de verkoper zou mogen worden bedongen. Waarom zou een verkoper niet ook enige tijd voor nader beraad en overleg mogen inlassen? Het feit dat in dat geval de koper tijdens de bedenktijd niet zeker weet of de verkoper zijn woord gestand zal doen, doet niets af van kopers eigen mogelijkheden te overwegen of hij met deze koop een verstandige beslissing heeft genomen. Maar, zo zal kunnen worden tegengeworpen, toch verkeert de wettelijke bedenktijd in het nadeel van de koper, want indien hij met de verkoper een definitief bindende overeenkomst wil sluiten staat de wettelijke bedenktijd hem in de weg. Vanwege het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijd kan hij immers op zijn beurt geen afstand van zijn bedenktijd doen (zie par. 6.6.4), opdat ook de verkoper afziet van zijn contractuele bedenktijd en zich definitief bindt. De wetgever heeft de koper bewust de mogelijkheid ontnomen zich van meet af aan jegens de verkoper te kunnen verbinden. Met andere woorden: de vraag of men zich over en weer definitief wil binden kan door het dwingendrechtelijke karakter van de wettelijke bedenktijd voor partijen geen onderwerp van onderhandeling meer zijn. Toch is ook dit niet waar. Het al dan niet opnemen van een contractuele bedenktijd voor de verkoper behoeft immers niet alleen te worden geplaatst tegenover de wettelijke bedenktijd voor de koper. Het feit dat de koper op een zeker moment een definitieve koop wenst te sluiten kan samenhangen met de mogelijkheid dat anderen een hoger bod uitbrengen. Met andere woorden, de bereidheid van de verkoper zich definitief te binden kan geld waard zijn. Het opnemen van de contractuele bedenktijd is alsdan verdisconteerd in een lagere koopprijs en hangt niet zonder meer samen met de bedenktijd voor de koper. Een en ander leidt tot de slotsom dat een contractuele bedenktijd voor de verkoper in de definitieve koopovereenkomst niet in strijd is met de

127 Onder omstandigheden zal het evenwel moeilijk zijn een onderscheid te kunnen maken met de zogenaamde voorovereenkomst waarop de bedenktijd in de zin van art. 7:2 BW niet van toepassing is.

strekking van de wet, aangezien deze de bescherming van de koper door de wettelijke bedenktijd tegen het psychologisch tekort en tegen het informatietekort in stand laat, terwijl het afzien van de verkoper van en contractuele bedenktijd niet uitsluitend afhankelijk zal zijn van het bestaan van een wettelijke bedenktijd voor de koper, maar vooral van de geboden prijs. De mogelijkheid een contractuele bedenktijd ten behoeve van de verkoper te bedingen biedt derhalve de mogelijkheid de inbreuk die de bedenktijd op het contractuele evenwicht maakt enigszins te herstellen.

6.6 De bedenktijd en de levering van een onroerende zaak

6.6.1 Drie vragen

Bij de koop en levering van een woning is het volgende schema te herkennen: wilsovereenstemming, vastlegging in een al dan niet onderhandse koopakte en vervolgens nakoming van deze overeenkomst door middel van levering. Deze laatste rechtshandeling geschiedt door het opmaken van een notariële akte van levering en inschrijving hiervan in de openbare registers (art. 3:89 BW). Koop en levering omvatten hierdoor een zware procedure waarin twee elkaar opvolgende akten een rol spelen.[128] Door de invoering van de bedenktijd dient zich in dit programma nog een intermezzo aan. Na de terhandstelling van de koopakte aan de koper heeft deze gedurende drie dagen de mogelijkheid de koopovereenkomst te ontbinden. Drie vragen dringen zich op. De eerste is: kan de koopovereenkomst tijdens de bedenktijd geldig worden nagekomen? De tweede daarop volgende vraag is: wat gebeurt er als de koop vervolgens met een beroep op de bedenktijd wordt ontbonden? De derde is: herleeft de bedenktijd wanneer de koopovereenkomst bij de akte van levering wordt gewijzigd? Bij de beantwoording van de tweede vraag moet worden bekeken of de bedenktijd-ontbinding al dan niet terugwerkende kracht heeft en of van het recht tot inroeping van de bedenktijd door de koper afstand kan worden gedaan. Ook bij de vraag naar de herleving van de bedenktijd speelt het leerstuk van afstand van recht een rol.

6.6.2 Een weinig voorkomende casus

De wet bevat geen bepaling die voorschrijft hoe lang de periode moet zijn tussen het ondertekenen van de koopakte en het passeren van de akte van levering. Koop en levering kunnen zelfs in één notariële akte zijn opgenomen,

128 Zie voor een pleidooi dit te wijzigen door de inschrijving van een notariële koopakte: Huijgen 1997 en de reactie van de minister hierop in *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 25-27 (Verslag van een schriftelijk overleg).

waardoor de rechtshandelingen in tijd nagenoeg samenvallen.[129] In de gevallen dat er tussen partijen slechts mondelinge overeenstemming bestaat wordt het vormverzuim met betrekking tot artikel 7:2 lid 1 BW zo door de akte van levering hersteld (zie par. 3.9.2). In de praktijk is het gebruikelijk dat tussen het ondertekenen van de koopakte en de akte van levering enige weken tot enkele maanden verstrijken. In de meeste gevallen is de bedenktijd derhalve bij de ondertekening van de akte van levering al voorbij. Het komt echter voor dat dit nog niet het geval is. Behalve in het reeds geschetste geval dat partijen bewust of onbewust geen afzonderlijke onderhandse of notariële koopakte hebben opgemaakt, kunnen partijen een leveringsdatum zijn overeengekomen die kort volgt op de terhandstelling aan de koper van de koopakte. Dit kan verschillende oorzaken hebben. Het kan zo zijn dat partijen haast hebben gehad. In het geval dat de verkoper minder dan zes maanden ervoor de woning zelf geleverd had gekregen, maar bijvoorbeeld wegens echtscheiding de zaak moet doorverkopen, kan de leveringsdatum tussen partijen zo gekozen zijn met het oog op het vermijden van overdrachtsbelasting. Er is immers slechts overdrachtsbelasting verschuldigd over het verschil tussen de waarde van de zaak bij de laatste overdracht en die binnen zes maanden ervoor.[130] Het kan echter ook zo zijn dat de overeengekomen leveringsdatum op een ruime termijn was gekozen, maar dat de ondertekening van de koopakte of de terhandstelling daarvan aan de koper uiteindelijk vlak voor deze datum heeft plaatsgehad, zodat de bedenktijd nog niet was verstreken op het moment van de levering (art. 7:2 lid 2 BW). Ten slotte zal deze casus zich ook voordoen indien men met Hijma aanneemt dat de professionele verkoper geen beroep op het verstrijken van de bedenktijd mag doen wanneer hij de onwetende koper hiervan niet op de hoogte heeft gesteld (zie par. 6.5.4).

Hoe dan ook, de casus is als volgt. A verkoopt zijn huis aan B. B handelt hierbij niet in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De levering geschiedt gedurende de bedenktijd. B vestigt op dezelfde dag een hypotheekrecht op dit huis teneinde de koopprijs te kunnen financieren ten behoeve van bank C. De koopovereenkomst wordt een dag na de levering van het huis en de vestiging van het hypotheekrecht daarop, doch gedurende de bedenktijd, op grond van artikel 7:2 lid 2 BW door B ontbonden. Wat is de positie van respectievelijk A, B en C? Het antwoord hangt van twee aspecten af. In de eerste

129 De akte van levering is naast goederenrechtelijke overeenkomst ook koopovereenkomst (zie par. 5.5.13).

130 Art. 13 lid 1 Wet op belastingen van rechtsverkeer: 'In geval van verkrijging binnen zes maanden na een vorige verkrijging van dezelfde goederen door een ander wordt de waarde verminderd met het bedrag waarover ter zake van de vorige verkrijging was verschuldigd hetzij overdrachtsbelasting naar het gewone tarief welke niet in mindering heeft gestrekt van recht van successie, van schenking of van overgang, hetzij omzetbelasting welke in het geheel niet op grond van artikel 15 van de Wet op de omzetbelasting 1968 in aftrek kon worden gebracht.'

plaats van de vraag óf B na levering nog op grond van de bedenktijd kan ontbinden. Heeft hij door mee te werken aan de levering afstand van dit ontbindingsrecht gedaan of dit recht verwerkt? Wanneer B nog rechtsgeldig een beroep op de bedenktijd-ontbinding kan doen is vervolgens de vraag of deze ontbinding al dan niet terugwerkende kracht heeft. Voordat op deze vragen kan worden ingegaan zal eerst de vraag beantwoord moeten worden of tijdens de bedenktijd überhaupt rechtsgeldig kan worden nagekomen. Is een levering die plaats heeft tijdens de bedenktijd wel geldig, nog los van een eventuele ontbinding?

6.6.3 Nakoming tijdens de bedenktijd

Nu tijdens de bedenktijd sprake is van een geldige koopovereenkomst zijn de levering van de zaak en het voldoen van de koopsom ook gedurende deze periode in beginsel aan te merken als het voldoen van een verschuldigde verbintenis.[131] Betekent dit nu ook dat partijen elkaar over en weer kunnen aanspreken om in deze periode na te komen? Deze vraag moet volgens Hijma in principe bevestigend worden beantwoord.[132] De wet zou anders kunnen bepalen, maar dat is wat betreft de bedenktijd van artikel 7:2 BW niet het geval.[133] Hijma leidt echter uit de parlementaire geschiedenis af dat de minister een vordering van de verkoper *tegen* de woningkoper in strijd acht met het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijd en dat de minister een vordering van de koper tegen de verkoper wel toelaatbaar acht, maar hierin een afstand van de bedenktijd door de koper ziet zodat van een nakomingsvordering in de bedenktijd niet kan worden gesproken.[134] Het is de vraag of de toelichtende parlementaire stukken zo kunnen worden gelezen. De minister sprak in dat verband niet over nakomingsvorderingen, maar over de situatie waarin de koper feitelijk meewerkt aan de levering.[135] Een nakomings*vordering* van de verkoper was dus niet aan de orde. Nu is het bij de koop van onroerende zaken gebruikelijk dat men de datum waarop moet worden nagekomen niet open laat, maar bij de overeenkomst bepaalt. Dit is zó gebruikelijk dat de bepaling van de datum van levering door sommige auteurs als een *essentiale* wordt aangemerkt (zie par. 4.3.3). In dit licht is het daarom waarschijnlijk dat de minister met zijn opmerking dat afwikkeling van de koop door levering c.q. betaling binnen de bedenktijd *op verlangen van de verkoper* in strijd zou komen met het dwingendrechtelijke karakter bedoelt

131 De vraag hoe hierop moet worden teruggekeken wanneer de bedenktijd-ontbinding rechtsgeldig is ingeroepen komt in par. 6.6.5 aan de orde.
132 Hijma 2004, p. 45. Hij verwijst hiervoor tevens naar het Duitse recht.
133 Een voorbeeld van een bepaling die bepaalt dat eerst na afloop van de bedenktijd nakoming kan worden gevorderd biedt art. 25 lid 6 Colportagewet.
134 Hijma 2004, p. 46.
135 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4 (NEV).

dat, wanneer de leveringsdatum binnen de bedenktijd was overeengekomen op voorstel van de verkoper, dit *beding* in strijd is met de wet.[136] Wanneer de datum echter op voorstel van de koper in de overeenkomst is terechtgekomen is dit volgens de minister kennelijk niet in strijd met de wet, maar zal nakoming hiervan afstand van recht door de koper opleveren.

Het *worst case scenario* zou dan zijn dat het contractuele beding met betrekking tot de leveringsdatum door de koper kan worden vernietigd (art. 3:40 lid 2 BW). Artikel 7:2 lid 4 BW strekt immers slechts ter bescherming van de koper. Maar zelfs indien dit beding van rechtswege nietig zou zijn, betekent dat niet dat in het geval de koopovereenkomst reeds is nagekomen deze nakoming zonder rechtsgrond is geschied. De koopovereenkomst als zodanig is immers in stand gebleven. De vernietiging of nietigheid van het beding met betrekking tot de leveringsdatum zal in de regel niet leiden tot de nietigheid van de gehele overeenkomst, omdat van een onverbrekelijk verband tussen dit beding en de gehele overeenkomst in de zin van artikel 3:41 BW niet snel zal kunnen worden gesproken. De door de wetgever gekozen constructie dat de koopovereenkomst tijdens de bedenktijd *schwebend wirksam* is (zie par. 6.3.5) impliceert dat nakoming ook tijdens deze periode geschiedt op een geldige rechtsgrond.

Wanneer één van beide partijen niet vrijwillig meewerkt aan de levering moet in de visie van de minister onderscheid worden gemaakt met betrekking tot de vraag wiens idee het was om overeen te komen de levering tijdens de bedenktijd plaats te doen hebben. Wanneer dit op initiatief van de koper was is het beding geldig. In dat geval lijkt me dat zowel van de verkoper als van de koper kan worden gevorderd dat hij meewerkt aan de levering op het overeengekomen moment. Wanneer de betreffende datum op verlangen van de verkoper in de overeenkomst terecht is gekomen is het beding vernietigbaar door de koper. Dit betekent dat van de verkoper in dat geval wel nakoming kan worden gevorderd, maar van de koper niet, omdat deze alsdan onmiddellijk dit beding kan vernietigen. We geraken na deze vernietiging in dezelfde situatie als in het geval waarin bij wijze van grote uitzondering geen datum van levering is overeengekomen. In dat geval zal de niet nakomende partij een redelijke termijn voor nakoming moeten worden gesteld (vgl. art. 6:82 BW). Het ligt voor de hand dat deze termijn niet tijdens de bedenktijd zal kunnen eindigen.

Terugkomend op het geval waarin wel een datum van levering was overeengekomen moet worden opgemerkt dat het door de minister gemaakte onderscheid, dat moet worden gekeken op wiens verlangen de levering tijdens de bedenktijd was bepaald, onwerkbaar is. In veel gevallen is de gekozen datum

136 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4 (NEV).

een van de onderhandelingsresultaten en/of een kwestie van verhinderdata. Het criterium is volstrekt onbruikbaar in het geval parijen de leveringsdatum op ruime termijn hebben bepaald, maar deze binnen de bedenktijd is komen te liggen doordat de akte uiteindelijk laat door beide partijen is ondertekend en/of laat aan de koper ter hand is gesteld. Het probleem wordt door de minister zelf gecreëerd, want waarom zou het bepalen van een leveringsdatum die binnen de bedenktijd komt te liggen überhaupt in strijd zijn met dwingend recht? Hiermee wordt toch niet ten nadele van de koper afgeweken van de bedenktijd? Dat is alleen maar het geval indien men met de minister aanneemt dat in de vrijwillige nakoming door de koper een afstand van het recht gelegen zou zijn om op deze bedenktijd een beroep te doen. Het is echter niet de nakoming van de overeenkomst die in strijd komt met de bedenktijd, want na gebruikmaking hiervan kunnen de geleverde prestaties op enigerlei wijze worden teruggedraaid. Het is eerder de afstand van recht die de minister in de nakoming ontwaart, die in strijd is met de wet. Het is dan ook de vraag óf de koper afstand van de bedenktijd kan doen en zelfs als dat kan, is het de vraag of men deze in een nakoming tijdens de bedenktijd zou moeten lezen.

6.6.4 Afstand van de bedenktijd en rechtsverwerking

De problemen die zich kunnen voordoen ingeval de koper na het ingaan van de bedenktijd, maar voordat deze is voltooid, aan de totstandkoming van de levering meewerkt kunnen worden opgelost door aan te nemen dat hierin een afstand van de bevoegdheid tot ontbinding op de voet van artikel 7:2 lid 2 BW besloten ligt. Dit is de oplossing die door de minister is gesuggereerd toen hem deze vraag door leden van de Tweede Kamer werd voorgelegd. Er zou onder deze omstandigheden zelfs van rechtsverwerking sprake kunnen zijn.[137] De Vaste Commissie voor Justitie vroeg zich terecht af of de minister hier niet te snel afstand van recht respectievelijk rechtsverwerking aannam, nu toch voor eerstgenoemde rechtsfiguur is vereist dat men zich bewust is van het recht waarvan men afstand doet en laatstgenoemde rechtsfiguur zich pas voordoet indien kan worden gezegd dat uitoefening van het recht dat men heeft verwerkt, in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid.[138] De minister ziet hier een rol voor de notaris weggelegd. Deze zal zich er namelijk, alvorens over te gaan tot het verlijden van de akte van levering, van moeten vergewissen dat de koper op de hoogte is van zijn bevoegdheid de koop binnen de bedenktijd te ontbinden en zal, zo de koper van deze bevoegdheid niet op de hoogte zou zijn, de koper hieromtrent moeten informeren. De ambtsplicht van de notaris strekt immers verder dan het uitsluitend doen van

137 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 10 (MvA).
138 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 2 (EV).

een zakelijke opgave van de inhoud van de akte.[139] De minister verwijst hier naar artikel 43 Wet op het notarisambt en het Groninger notaris-arrest.[140] In dit verband heeft de minister nog een tip voor de praktijk. Het ligt volgens hem voor de hand dat de notaris in het hier aan de orde zijnde geval, mede met het oog op de aansprakelijkheid die wegens niet-nakoming van zijn informatieplicht op hem zal kunnen rusten, zorg zal dragen voor een uit de transportakte blijkende afstand door de koper van diens ontbindingsrecht uit hoofde van artikel 7:2 lid 2 BW. Toch heeft de minister hier een onjuist beeld van wat de notaris vermag. Het heeft er alle schijn van dat de notaris hier eerder een probleem van de minister moet oplossen dan dat hij diens eigen aansprakelijkheid moet voorkomen. Indien de koper wel wil meewerken aan de levering, maar hiermee geen afstand wil doen van de bedenktijd kan de notaris hem hiertoe niet verplichten. Afstand van recht is een rechtshandeling. Er is geen reden om het enkele feit dat de koper meewerkt aan de levering tijdens de bedenktijd als een afstand van recht te moeten interpreteren.[141] Een juiste *Belehrung* van de notaris zou eerder als volgt moeten luiden:

> 'Er staat nergens in de wet dat wanneer u tijdens de bedenktijd meewerkt aan de levering u het recht om op de bedenktijd een beroep te doen verliest. Het wordt door sommigen wel verdedigd, maar het is volstrekt niet zeker of dat het geval is. Niemand kan u daarom verplichten in de akte van levering afstand van de bedenktijd te doen. U kunt het doen, omdat het voor alle partijen inclusief uw hypotheekbank wat onzekerheden zou kunnen wegnemen, maar ook dat is relatief, want het kan zo zijn dat een dergelijke afstand van bedenktijd in strijd is met dwingend recht.'

Jegens de verkoper zou de notaris het volgende kunnen zeggen:

> 'Ik heb de koper gewezen op de mogelijkheid in de akte van levering afstand van de bedenktijd te doen. Ik wil u er echter wel op wijzen dat, indien hij dit doet, de mogelijkheid bestaat dat een dergelijke afstand van recht in strijd is met dwingend recht, omdat hierdoor ten nadele van de koper van de bedenktijd wordt afgeweken.'

Zo zijn we bij de volgende vraag beland. Het interpreteren van het meewerken aan de levering door de koper als een afstand van recht is één ding, maar ook dan is het alleen maar mogelijk wanneer afstand van bedenktijd als zodanig – ook los van de nakoming – een toegestane rechtsfiguur is. Afstand van het ontbindingsrecht dat voortvloeit uit de bedenktijd-bescherming staat op gespannen voet met het feit dat dit recht van dwingendrechtelijke aard is. Artikel

---

139 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4 (NEV).

140 HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL; Groninger notaris.

141 Ook Bartels en Sander nemen niet aan dat de levering tijdens de bedenktijd leidt tot afstand van recht en/of rechtsverwerking, (Bartels & Sander 1998, p. 91).

7:2 lid 4 BW bepaalt immers dat van de leden 1 tot en met 3 niet ten nadele van de koper kan worden afgeweken. Dit punt wordt aan de minister in verband met de levering binnen de bedenktijd aan hem voorgelegd. Zoals in de vorige paragraaf gereleveerd moeten we dan volgens de minister achterhalen op wiens verlangen de koop binnen de bedenktijd wordt afgewikkeld. Want alleen als dit op verlangen van de koper is, zou het aannemen van afstand van de bevoegdheid tot ontbinding niet in strijd zijn met dwingend recht.[142] Hierdoor blijft echter onduidelijk of de afstand van bedenktijd die door de koper in de akte van levering is gedaan, nadat deze levering op verlangen van de verkoper in de koopovereenkomst binnen de bedenktijd is bepaald, nu wel of geen geldige afstand is. Immers, hoewel de nakoming binnen de bedenktijd op verzoek van de verkoper plaatshad, blijft de medewerking aan de levering en de afstand als zodanig een beslissing van de koper nadat hij door de notaris over de gevolgen ervan is *belehrt*. Het grootste probleem van het antwoord van de minister op de vraag of afstand van bedenktijd niet in strijd komt met het dwingendrechtelijke karakter van de bedenktijd is gelegen in het feit dat het is verknoopt met de nakoming tijdens de bedenktijd. Enige regels verder geeft de minister echter een ander, duidelijker criterium dat niet aanknoopt bij de vraag op wiens verlangen de levering binnen de bedenktijd plaatsheeft. De minister schrijft:[143]

> 'Voorts zal de koper van een eenmaal ontstane bevoegdheid tot ontbinding afstand kunnen doen, zoals ook een vernietigbare rechtshandeling, als de bevoegdheid tot vernietiging is ontstaan, kan worden bevestigd (artikel 55 van Boek 3).'

Op grond van dit tweede criterium zou wel duidelijk zijn dat de afstand van bedenktijd die door de koper in de akte van levering is gedaan, nadat deze levering op verlangen van de verkoper in de koopovereenkomst binnen de bedenktijd is bepaald, een geldige afstand is. Dit op voorwaarde dat deze bedenktijd vóór de ondertekening van de akte van levering is gaan lopen.[144] Ook Hijma kiest voor deze benadering. Afstand tijdens de bedenktijd komt naar zijn mening niet in strijd met de dwingendrechtelijke aard van de bedenktijd.[145] Zodra de bedenktijd is ingegaan is volgens Hijma de reden voor het dwingendrechtelijke karakter weggevallen. Deze zou volgens hem zijn dat de wetgever op deze manier kon voorkomen dat de consument zijn rechtsbescherming verkwanselt in de – al dan niet terechte – vrees dat de verkoper anders de overeenkomst niet zal aangaan. Aan deze vrees zou volgens Hijma

142 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4 (NEV).
143 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 4 (NEV).
144 Wanneer bij de akte van levering de koopovereenkomst wordt gewijzigd gaat mogelijkerwijs een nieuwe bedenktijd lopen (zie par. 6.6.6). In dat geval kan ook volgens de minister niet in dezelfde akte van levering afstand van de bedenktijd worden gedaan (*Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, A, p. 6 (Brief van de Minister van Justitie)).
145 Hijma 2004, p. 49.

de grond zijn ontvallen wanneer de overeenkomst eenmaal tot stand is gekomen en de verkoper is gebonden. De partijen zijn naar zijn mening nu weer in balans. De koper moet nu van zijn recht tot ontbinding op grond van de bedenktijd kunnen afzien zoals hij dat ook van andere rechten kan. Het mogelijk achten van het doen van afstand van de bedenktijd nadat de overeenkomst tot stand is gekomen althans na het moment waarop de bedenktijd is ingegaan, lijkt een aantrekkelijk perspectief. Het zou de knellende banden van de bedenktijd wat kunnen slaken en de koper de vrijheid teruggeven zich kort na de totstandkoming van de overeenkomst toch definitief jegens de verkoper te binden. Niet het verloop van enige dagen, maar zijn eigen beslissing doet hem gebonden zijn. De consument-koper zou in zekere mate zijn beslissingvrijheid weer terug hebben. En dit is nu ook de reden waarom ik aan de juistheid van de op zich wenselijke mogelijkheid tot afstand twijfel. Was het niet zo dat de bedenktijd is ingevoerd omdat de wetgever de consument-koper niet in staat achtte reeds bij de totstandkoming van de overeenkomst een weloverwogen beslissing over zijn gebondenheid te nemen?[146] De ratio voor de bedenktijd is de consument-koper de gelegenheid te geven om, aan de hand van de hem ter hand gestelde koopakte, één of meer deskundigen te raadplegen en om een, wellicht gedwongen, overhaaste koopbeslissing te herstellen (zie par. 3.4.4). Hij moet tegen twee aspecten worden beschermd: een psychologisch tekort en een informatietekort. Spelen deze tekorten de consument-koper dan geen parten meer kort na het moment dat de overeenkomst is gesloten? Men zou zo kunnen redeneren dat de druk die vóór het sluiten van de overeenkomst op de koper wordt uitgeoefend is afgenomen, omdat de verkoper dan reeds is gebonden, zodat de koper de beslissing of hij van de gelegenheid tot beraad en bezinning gebruik wil maken in alle rust kan nemen. Aan de andere kant bestaat er ook na de totstandkoming van de overeenkomst alle gelegenheid de bedenktijd-bescherming 'te verkwanselen'. Wie afstand kan doen terwijl hier niets tegenover staat, mag dat immers ook wanneer hier wel wat tegenover staat. Zo zouden koper en verkoper na de totstandkoming van de koopovereenkomst kunnen overeenkomen dat koper afstand doet van de bedenktijd en dat verkoper hiervoor een bepaald bedrag betaalt. Ook is denkbaar dat verkoper zijnerzijds dan afstand doet van een door hem bedongen contractuele bedenktijd. Het belangrijkste is echter dat het maar de vraag is of de grond voor het dwingende karakter van de bedenktijd-bescherming bij de totstandkoming van de overeenkomst wel is weggevallen. Het dwingende karakter ondersteunt deze bescherming opdat de consument-koper deze niet te gemakkelijk opgeeft. Zodra de koopovereenkomst aan de koper ter hand is gesteld vangt de bescherming van de koper aan. De grond voor het dwingende recht is dan niet weggevallen, maar nog volledig intact opdat de consument-koper

146 Ook Bartels en Sander zinspelen erop dat de bedenktijd in wezen bij de totstandkoming van de overeenkomst behoort zodat men niet reeds in dat stadium afstand van de bedenktijd kan doen (Bartels & Sander 1998, p. 95 noot 54).

gedurende drie dagen zijn gebondenheid kan heroverwegen en deskundigen kan raadplegen[147] De dagen van de bedenktijd zijn in de ogen van de voorstanders van deze rechstfiguur immers nodig om niet alleen in formele, maar ook in materiële zin die situatie te bereiken waarin men ook werkelijk vrij en in staat is een goede beslissing omtrent zijn gebondenheid te nemen. Hierin past niet dat men dan gedurende deze bedenktijd van deze bescherming afstand kan doen. Ook Reiner neemt om deze reden aan dat afstand van de bedenktijd niet mogelijk is:[148]

> 'Die Bestätigung einer anfecht- oder widerrufbaren Willenserklärung setzt daher voraus, dass der Erklärende im Gegensatz zur Situation bei Abgabe der ursprünglichen Willenserklärung nunmehr in der Lage ist, sich selbstbestimmt zu eintscheiden. Genau diese Voraussetzung aber ist beim Verbraucher während des Laufs der Widerrufsfrist nach der gesetzlichen Wertung nicht erfüllt. Schon deshalb kann der Verbraucher auf sein Widerrufsrecht nicht vorzeitig, d.h. vor Fristablauf verzichten.'

Hijma acht deze redenering niet sterk. Hij schrijft dat evenals men reeds aan het begin van de bedenktijd de overeenkomst kan verwerpen (bedenktijdontbinding), men haar reeds kan omarmen.[149] Toch zal hier Reiner moeten worden bijgevallen. Zoals deze nog in dezelfde alinea als het bovenstaande citaat schrijft wordt de consument door de bedenktijd juist beknot in zijn positieve op het sluiten van de overeenkomst gerichte wilsvorming en niet in zijn afwijzende niet op gebondenheid gerichte beslissingen:

> 'Gegen diese Einschätzung spricht nicht der Umstand, dass der Verbraucher seine Erklärung schon *während* des Laufs der Frist wirksam widerrufen kann. Der Verbraucher ist nämlich durch die Umstände des Vertragsschlusses oder die besondere Komplexität des Vertragsgegenstands nur in seiner *positiv* auf den Vertragsschluss gerichteten, nicht aber in der ablehnenden Willensbildung beschränkt.'

Met andere woorden: de bedenktijd is ingevoerd omdat het omarmen van de contractuele gebondenheid als een gevaar wordt gezien, niet het afwijzen ervan.

Of de nakoming tijdens de bedenktijd leidt tot verwerking van het recht op de bedenktijd een beroep te doen zal in grote mate afhangen van de omstandigheden van het geval. In de casus waarin de datum van levering op ruime termijn was overeengekomen zou bijvoorbeeld van rechtsverwerking door de koper kunnen worden gesproken wanneer deze langer dan redelijk is en

147 Een vergelijkbare gedachte is ook verwoord door Coppen 2004, p. 16.
148 Reiner 2003, p. 36-37.
149 Hijma 2004, p. 49, noot 160.

zonder goede gronden heeft gedraald met de ondertekening van de koopakte waardoor de bedenktijd (te) laat is gaan lopen.

6.6.5 Heeft de bedenktijd-ontbinding terugwerkende kracht?

Artikel 7:2 BW geeft geen uitsluitsel over de vraag of de bedenktijd-ontbinding terugwerkende kracht heeft. De artikelen 6:269 e.v. BW zijn niet op de bedenktijd-ontbinding van toepassing, omdat het hierbij niet gaat om een ontbinding wegens een tekortkoming of wegens onvoorziene omstandigheden en deze bepalingen ook niet van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Voor wie er echter (nog) vanuit gaat dat het BW wat betreft de terminologie consequent in elkaar zit, lijkt de term 'ontbinden' toch te wijzen op een werking *ex nunc*, juist omdat de ontbinding wegens tekortkoming en die wegens onvoorziene omstandigheden geen terugwerkende kracht hebben. Indien terugwerkende kracht zou zijn beoogd zou op terminologische gronden eerder zijn gekozen voor het woord 'vernietiging', aan welke rechtsfiguur wel terugwerkende kracht is toegekend (art. 3:53 lid 1 BW). Hijma heeft echter aan de hand van de Colportagewet en de memorie van toelichting bij de aanpassing van deze wet aan het Nieuw BW aangetoond dat de wetgever bij de invoering van bedenktijden niet dezelfde terminologische discipline heeft toegepast als de ontwerper van de Boeken 3, 5 en 6 van het BW.[150] In de Colportagewet is ook na de invoering van het nieuw BW het woord ontbinding gehandhaafd, terwijl artikel 25 Colportagewet met zoveel woorden bepaalt dat deze ontbinding terugwerkende kracht heeft.

Bij de parlementaire behandeling is aan de minister de vraag voorgelegd welk goederenrechtelijk effect de ontbinding gedurende de bedenktijd heeft.[151] De minister beantwoordt deze vraag echter niet omdat hij ervan uitgaat dat een levering binnen de bedenktijd zal hebben plaatsgehad op grond van een beding dat wegens schending van artikel 7:2 lid 4 BW niet geldig zou zijn.[152] Nog los van het feit dat de levering binnen de bedenktijd niet op grond van een dergelijk beding behoeft te hebben plaats gehad, gaat de minister er aan voorbij dat de nietigheid van dit beding nog niet impliceert dat aan de levering een rechtsgrond is komen te ontbreken (zie par. 6.6.3). De minister had deze vraag dus behoren te beantwoorden; beter, de wetgever had hierover in de wet een bepaling moeten opnemen.

In de literatuur zijn met betrekking tot de terugwerkende kracht van de ontbinding in de zin van artikel 7:2 lid 2 BW zowel voorstanders als tegenstan-

150 Hijma 2004, p. 40-41.
151 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 2-3 (EV).
152 *Kamerstukken II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 5 (NEV).

ders te vinden. Bartels en Sander menen dat de bedenktijd-ontbinding geen terugwekende kracht heeft.[153] Zij doen hiervoor een beroep op artikel 3:37 lid 3 BW dat bepaalt dat een verklaring pas 'werkt' als de wederpartij haar heeft ontvangen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat bij het ontbreken van een andersluidende bepaling de bedenktijd-ontbinding geen terugwerkende kracht heeft. Dit is echter niet de strekking van artikel 3:37 lid 3 BW.[154] Het artikellid bepaalt in samenhang met artikel 3:33 BW het moment waarop een rechtshandeling zoals een aanbod, een ontbinding en bijvoorbeeld ook een buitengerechtelijke vernietiging ontstaat. Deze rechtshandelingen zijn een feit wanneer de verklaring door de persoon jegens wie de rechtshandeling is gericht is ontvangen. Een volgende vraag is welke rechtsgevolgen deze rechtshandeling heeft. Heeft de rechtshandeling ook gevolgen voor hetgeen rechtens is gebeurd voorafgaande aan het moment van de rechtshandeling? Dit is de vraag naar de terugwerkende kracht. Deze heeft dus niets te maken met artikel 3:37 lid 3 BW. Het ontbreken van terugwerkende kracht kan niet uit deze bepaling worden afgeleid. Deze is immers ook van toepassing op rechtshandelingen die terugwerkende kracht hebben, zoals de vernietiging.

Zoals uiteengezet in paragraaf 6.4.4 zoeken zowel Hijma als Reiner voor de rechtsgevolgen verbonden aan de bedenktijd aansluiting bij de vernietiging op grond van wilsgebreken. Zij trekken beiden hieruit de systematische conclusie dat aan de uitoefening van het betrokken recht terugwerkende kracht is verbonden.[155] Hierbij merkt eerstgenoemde auteur op dat de achterliggende gedachte hiervan is dat de vernietiging op de totstandkomingsfase is georiënteerd, zodat daarmee de overeenkomst aan haar wortel wordt aangetast. Dit in tegenstelling tot de ontbinding, die tot de uitvoeringsfase behoort en geen pretentie heeft zich tot de dan reeds uit beeld zijnde contractsluiting uit te strekken.[156]

Het is nogal wat om in het onroerend goedrecht weer met betrekking tot een bepaald soort 'ontbinding' aan te nemen dat deze terugwerkende kracht heeft. Totdat bij de invoering van het Nieuw BW de terugwerkende kracht aan de ontbinding wegens wanprestatie werd ontnomen, was het gebruikelijk in de akte van levering het beroep op de artikelen 1302 en 1303 (oud) BW uit te sluiten, juist met het oog op het feit dat deze ontbinding terugwerkende kracht en daardoor goederenrechtelijke werking had.[157] Wanneer onder vigeur van het oud BW na de levering de koopovereenkomst door een der partijen werd

153 Bartels & Sander 1998, p. 94-98. Ook Loos gaat ervan uit dat voorzover de wet niet anders bepaalt de bedenktijd-ontbinding geen terugwerkende kracht heeft (Loos 2003b, p. 161).
154 Hijma acht het beroep op art. 3:37 BW 'niet solide' (Hijma 2004, p. 39 noot 121).
155 Hijma 2004, p. 39 en Reiner 2003, p. 45.
156 Hijma 2004, p. 39.
157 HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 326; Braat/Ros. Zie over dit arrest Van Velten 2001, p. 793-794.

ontbonden, betekenende dit dat aan de levering een rechtsgeldige titel had ontbroken, waardoor geen geldige eigendomsoverdracht had plaatsgehad en de koper ook nimmer bevoegd was geweest over de geleverde zaak te beschikken. Dit bracht vervolgens met zich dat ook de rechtsopvolgers die hun goederenrechtelijke rechten weer ontleenden aan deze koper en ook hun rechtverkrijgenden moesten vrezen voor de geldigheid van hun aanspraken. Kortom, de terugwerkende kracht van de ontbinding bracht in combinatie met het causale stelsel de rechtszekerheid in gevaar. Dit was dan ook een van de redenen waarom er in het Nieuw BW voor gekozen is de terugwerkende kracht aan de ontbinding te ontnemen.[158] De situatie van rechtsonzekerheid met betrekking tot de rechtstoestand van de onroerende zaak zou bij de bedenktijd-ontbinding weer terugkeren wanneer deze terugwerkende kracht zou hebben. In de in paragraaf 6.6.2 gepresenteerde casus zou A immer eigenaar van het huis zijn gebleven, terwijl B toen hij het hypotheekrecht vestigde achteraf gezien hiertoe niet bevoegd was. De bank is het hypotheekrecht kwijt en resteert slecht een obligatoire vordering tot terugbetaling van het geleende geld op B, die op zijn beurt de koopsom van A moet zien te vorderen. Wanneer A of B inmiddels failliet zijn zal deze afwikkeling tot ernstige complicaties leiden. Men zou kunnen zeggen dat dit alles toch wel meevalt, omdat de bank een beroep kan doen op de bescherming van artikel 3:88 BW, zodat het hypotheekrecht is blijven bestaan. Het is echter de vraag in welke gevallen de bank al dan niet te goeder trouw is. Indien de bank in de leveringsakte had kunnen zien dat de koopovereenkomst minder dan drie dagen vóór de levering was getekend, ontbreekt dan de goede trouw omdat met een bedenktijd-ontbinding rekening had moeten worden gehouden? Kan van de bank worden verwacht dat hij in verband hiermee nagaat wanneer de koopakte aan de koper ter hand is gesteld en op wiens mededelingen mag hij dan afgaan? Ook B kan in de problemen geraken, indien hij de bedenktijd-ontbinding heeft ingeroepen op het moment dat A inmiddels failliet is verklaard. Het huis valt in het faillissement, terwijl B slechts een concurrente vordering tot terugbetaling van de koopsom resteert. Of zou moeten worden gezegd dat deze consument-koper dan maar in het faillissementsregister had moeten kijken voordat hij de ontbinding inriep? Er is bij de inkadering bij de vernietiging volgens Hijma ook een voordeel aan te wijzen: de terugwerkende kracht is voor de verkoper gunstiger in het geval de koper failliet gaat.[159] Dit voordeel is slechts relatief, want indien de terugwerkende kracht ontbreekt zal de verkoper ook tegenover de curator met betrekking tot zijn verplichting tot terugbetaling van de koopprijs een beroep kunnen doen op een opschortingsrecht zolang de koper aan zijn ongedaanmakingsverplichting tot teruglevering van de onbelaste zaak niet heeft voldaan. Kortom, het aannemen van terugwerkende kracht bij de bedenk-

158 *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 1003 (TM); Bakels 1993, p. 59, 66 en 71; Lekkerkerker 1991, p. 905-910; Conclusie A-G Bakels voor HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 326; Braat/Ros.

159 Hijma 2004, p. 43.

tijd-ontbinding leidt, doordat deze goederenrechtelijke implicaties heeft, tot rechtsonzekerheid in het rechtsverkeer met betrekking tot onroerende zaken en tot onevenwichtige situaties in geval van faillissement. De tegenwerping dat deze nadelen toch ook bestaan bij de vernietiging wegens wilsgebreken kan worden gerepliceerd met de constatering dat deze vernietiging niet kan worden ingeroepen zonder opgave van redenen. Bovendien moet worden bedacht dat de buitengerechtelijke vernietiging van een rechtshandeling met betrekking tot een registergoed die heeft geleid tot een inschrijving in de openbare registers of tot een tot levering bestemde akte slechts mogelijk is indien alle partijen hierin berusten (art. 3:50 lid 2 BW). Dit betekent dat wanneer de wederpartij zich niet bij de vernietiging heeft neergelegd deze door een gerechtelijk vonnis zal moeten geschieden. Deze regel is gegeven met het oog op de betrouwbaarheid van de openbare registers in samenhang met het feit dat vernietiging goederenrechtelijke werking heeft.[160] Wanneer de bedenktijd-ontbinding wat betreft de terugwerkende kracht op één lijn moet worden gesteld met de vernietiging wegens wilsgebreken, zou dit betekenen dat artikel 3:50 lid 2 BW ook op deze ontbinding per analogie van toepassing kan zijn. Dit is echter onwaarschijnlijk omdat het doen van een beroep op de bedenktijd is bedoeld als een eenvoudig toe te passen rechtsmiddel.[161] Met het oog op de rechtszekerheid is het echter niet gewenst aan dit eenvoudig toe te passen rechtsmiddel terugwerkende kracht te verlenen.

Wanneer aan de bedenktijd-ontbinding terugwerkende kracht ontbreekt zal moeten worden aangenomen dat over en weer obligatoire ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan.[162] Ook naar Duits recht is dit het geval. Aangenomen wordt dat het inroepen van het *Widerrufsrecht ex nunc* werkt.[163] Op de teruggaveverplichtingen zijn de bepalingen die van toepassing zijn op de ontbinding (§§ 346 e.v. BGB) van overeenkomstige toepassing (§ 357 BGB).

Aangezien de bedenktijd-ontbinding om de in paragraaf 6.4.6 uiteengezette redenen bij nadere beschouwing slechts een oppervlakkige gelijkenis vertoont met de wettelijke vernietigingsgronden, lijkt het ook om systematische redenen niet noodzakelijk aan de bedenktijd dezelfde rechtsgevolgen te verbinden als

160 *Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)*, p. 1158 (MvT).

161 Toepassing van art. 3:50 lid 2 BW zou ook met zich meebrengen dat een koopovereenkomst die tijdens de bedenktijd in de openbare registers is ingeschreven op grond van art. 7:3 lid 2 BW niet zonder meer buitengerechtelijk kan worden ontbonden krachtens art. 7:2 lid 2 BW.

162 In de toelichtende stukken bij art. 7:46d BW (bedenktijd en ontbinding bij koop op afstand) is opgemerkt dat hetgeen in de artt. 6:271 e.v. BW over de rechtsgevolgen van de ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming is bepaald, naar analogie van toepassing is op de ontbinding uit hoofde van artikel 7:46d BW. Zo is de consument verplicht tot ongedaanmaking van reeds ontvangen prestaties op grond van de analogische toepassing van art. 6:271 BW (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26 861, nr. 5, p. 24 (NV)).

163 Palandt/Grüneberg 2006, § 357, Rn. 2.

aan de vernietiging. Hierbij komt dat de aan de vernietiging gekoppelde terugwerkende kracht voor het onroerend goedverkeer onwenselijke implicaties heeft. Zolang de wetgever op dit punt nog geen duidelijkheid heeft verschaft zal de praktijk met beide mogelijkheden rekening moeten houden. In dat verband lijkt het mogelijk in de akte van levering een beding op te nemen dat bepaalt dat aan een eventuele ontbinding van de overeenkomst op grond van de bedenktijd geen terugwerkende kracht is verbonden.[164] Van deze bepaling kan in ieder geval niet worden gezegd dat hij ten nadele van de koper is, zodat deze niet in strijd komt met artikel 7:2 lid 4 BW.

6.6.6 Herleeft de bedenktijd wanneer de akte van levering afwijkt van de onderhandse koopakte?[165]

Het is niet ongebruikelijk dat partijen na het tot stand komen van de koopovereenkomst met betrekking tot deze overeenkomst nog nadere afspraken maken. Dit is geen uitzondering op de bindende kracht van de overeenkomst, maar een gevolg van het feit dat zij vrij blijven met betrekking tot deze overeenkomst anders of nader te contracteren. Wanneer voor de koopovereenkomst geen vormvereiste geldt, geldt dit ook niet voor de nadere bedingen en kunnen de nadere afspraken 'gewoon' mondeling overeengekomen worden. Het was echter ook vóór de invoering van artikel 7:2 BW niet ongebruikelijk de nadere bedingen die vóór de ondertekening van de akte van levering waren overeengekomen in deze akte op te nemen. Het vormvereiste van artikel 7:2 BW en van de bedenktijd leiden echter tot nieuwe vragen, indien partijen tussen het opmaken van de (eerste) koopakte en het passeren van de akte van levering andere of nadere afspraken maken.

Het volgende voorbeeld illustreert het probleem. A verkoopt zijn huis aan consument B. Hiervan wordt een onderhandse akte opgemaakt, waarbij gebruik wordt gemaakt van de NVM-koopakte en waarin het huis, de prijs en de leveringsdatum is vermeld. Na ondertekening hiervan door beide partijen zendt B mede namens A de akte naar de notaris met de opdracht een akte van levering op te maken. De bedenktijd is inmiddels verstreken. De notaris constateert dat in de koopakte de verplichting, die A op grond van een kettingbeding heeft ten opzichte van de gemeente, niet aan B is doorgegeven. De notaris vraagt aan A of het zijn bedoeling is deze verplichting niet aan B op te leggen. A bekent dat hij dit is vergeten aan B te melden, maar dat dit wel de bedoeling is aangezien hij anders € 100.000 boete aan de gemeente moet

164 Hier zou tegenin kunnen worden gebracht dat partijen niet de goederenrechtelijke gevolgen van de ontbinding contractueel kunnen regelen, omdat deze de positie van derden raken.

165 De inhoud van deze paragraaf is eerder gepubliceerd in Breedveld-de Voogd 2003d, p. 715-719.

betalen. A stelt voor het probleem aan B voor te leggen en alsnog in de akte van levering op te nemen dat B verplicht is zich aan de inhoud van het beding te houden en dat B dit weer aan zijn rechtsopvolger moet doorgeven. B gaat hiermee akkoord. Het kettingbeding wordt in de akte van levering opgenomen. De akte wordt gepasseerd en ingeschreven in de openbare registers.

Kan B, zodra hij de akte van levering met het nieuwe beding heeft ondertekend, gedurende de drie dagen hierna de koopovereenkomst alsnog ontbinden? Of kan dit alleen met betrekking tot de nieuw (in de akte van levering) opgenomen bedingen en blijft de oorspronkelijke overeenkomst in stand, omdat ten aanzien daarvan de driedagentermijn al is verlopen? Met andere woorden: welke gevolgen heeft het aanvullen of wijzigen van hetgeen in de onderhandse koopakte staat op de geldigheid van de koopovereenkomst? Voor de beantwoording van deze vragen zijn twee punten van belang. Hoe verhoudt de akte van levering zich tot de koopovereenkomst? Wat is de sanctie op het niet in acht nemen van het vormvereiste in artikel 7:2 BW?

De vraag hoe de akte van levering zich verhoudt tot de koopovereenkomst is in paragraaf 5.5.13 en 5.5.14 aan de orde gesteld. De akte van levering bevat niet alleen de goederenrechtelijke overeenkomst, maar bevat tevens een weergave van de koopovereenkomst. Uit het Bouwmeester/Van Leeuwen-arrest vloeit voort dat deze akte naar haar aard dwingend bewijs levert over wat partijen uiteindelijk ten tijde van de ondertekening van de notariële akte zijn overeengekomen.[166] In dat arrest wordt het in het licht van de contractvrijheid vanzelfsprekende feit erkend dat partijen hetgeen zij zijn overeengekomen kunnen aanvullen en wijzigen. De laatste stand is in beginsel in de akte van levering te vinden. Dit proces waarin partijen met elkaar afspraken maken vanuit de situatie van contractuele gebondenheid aan elkaar ontmoet in een consensueel systeem weinig bezwaren. En zelfs wanneer vormvereisten worden gesteld kan het nog werken, zolang de nadere bedingen in deze vorm worden gegoten. Maar wanneer, zoals in artikel 7:2 BW, aan het vormvoorschrift de mogelijkheid wordt verbonden om op hetgeen is afgesproken binnen drie dagen terug te komen, lijkt iedere nadere overeenkomst door dit ontbindingsrecht bedreigd. Kennelijk ging men in het wetsvoorstel uit van een zeer stringent schema: datgene wat partijen zijn overeengekomen staat in de onderhandse koopakte, daarna komen zij niets meer overeen. Maar ook na de ondertekening van de onderhandse akte behouden partijen de vrijheid met elkaar te contracteren, ook over hun eerder gesloten overeenkomst.

Wanneer de koopovereenkomst niet in een akte is neergelegd is de sanctie dat de koop nietig is of tenminste vernietigbaar (zie hierover par. 3.5). Gezien de aard en de strekking van het schriftelijkheidsvereiste zullen we ervan uit

166 Van Vliet 2001, p. 239.

moeten gaan dat de gehele inhoud van de overeenkomst in de akte moet worden opgenomen. Het vormvereiste geldt voor alle bedingen, ook die bedingen die later zijn overeengekomen. Dit betekent dat indien deze bedingen niet in een akte zijn neergelegd zij ook nietig dan wel vernietigbaar zijn (zie par. 3.9.1). Wanneer het kettingbeding uit het voorbeeld hier niet in is neergelegd is óf de gehele koopovereenkomst nietig (of vernietigbaar) óf alleen het kettingbeding. De laatste mogelijkheid bestaat, indien artikel 3:41 BW (gedeeltelijke nietigheid) toepassing kan vinden. Dat is in het voorbeeld verdedigbaar, omdat de verkoper al gebonden was aan een koopovereenkomst waarin dit beding niet was opgenomen. Maar willen koper en verkoper hun overeenkomst op geldige en onaantastbare wijze aanvullen, dan zal ook het kettingbeding in een akte moeten worden opgenomen. Wanneer in de akte van levering het kettingbeding alsnog wordt vermeld is aan deze eis voldaan.

Maar betekent het feit dat de koopovereenkomst is gewijzigd niet ook dat opnieuw de bedenktijd gaat lopen en de mogelijkheid bestaat dat binnen drie dagen na ondertekening van de akte van levering de koopovereenkomst wordt ontbonden? Dat kan toch niet waar zijn? Een keer bedenktijd is (erg) genoeg.[167] Echter, wie de grondslag van vormvoorschrift en bedenktijd serieus neemt, zal de vraag in eerste instantie bevestigend moeten beantwoorden. Ook over dit kettingbeding zal de koper zich moeten kunnen beraden. Bovendien is het mogelijk dat de akte van levering op meer punten van de onderhandse koopovereenkomst afwijkt, bijvoorbeeld omdat de akte van levering andere of aanvullende bepalingen bevat over onderwerpen als zakenrechtelijke toestand, obligatoire beperkingen, publiekrechtelijke beperkingen, garantie, bouwtechnische toestand of perceelgrenzen. Niet voor niets is in de meeste modelakten van levering opgenomen dat, indien die akte afwijkt van de koopakte, hetgeen in eerstgenoemde akte is vermeld prevaleert.

Ook de minister is van mening dat de bedenktijd herleeft wanneer de koopovereenkomst bij de akte van levering wordt gewijzigd. Dit blijkt uit het antwoord dat hij geeft op een door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie geformuleerde rechtsvraag. De casus is als volgt. Na de koop maar voor de levering blijkt dat de buurman van de verkoper een recht van overpad heeft ten aanzien van het erf van de verkoper. Deze komt met de koper een lagere koopprijs overeen. Deze wijziging van de koop zou, aldus de KNB, een nieuwe koopovereenkomst met opnieuw een bedenktijd betekenen. De vraag is volgens

167 Valk merkt op dat ik heb 'geopperd' dat de bedenktijd bij wijziging van de overeenkomst herleeft. De indruk dat ik voor een ruime toepassing van de bedenktijd zou zijn is echter onjuist. De herleving van de bedenktijd is niet een door mij gesuggereerd voorstel maar één van de wellicht ongewenste consequenties van een serieuze toepassing van deze nieuwe rechtsfiguur. Het lijkt mij echter niet juist de bedenktijdregeling restrictief en hierdoor wellicht niet conform zijn strekking uit te leggen om de enkele reden dat men de bedenktijdregeling van artikel 7:2 BW als zodanig ongewenst acht (Valk 2004, p. 141).

de KNB of de koper, gezien de verzwaring die de erfdienstbaarheid met zich brengt, in de leveringsakte rechtsgeldig afstand zou kunnen doen van zijn ontbindingsbevoegdheid.

De minister antwoordt:[168]

> 'Het komt mij voor dat de hier door de KNB opgeworpen vraag ontkennend moet worden beantwoord. De verkoper kan echter het opnieuw ontstaan van een bedenktijd voorkomen door overeenkomstig artikel 7:15 BW de koper tijdig, dus bij de koop, de bijzondere lasten en beperkingen uitdrukkelijk te laten aanvaarden.'

Door de wijziging van de koopovereenkomst ontstaat de bedenktijd volgens de minister dus 'opnieuw'.

Aanvaarding van de mogelijkheid dat de koper na ondertekening van de akte van levering de koopovereenkomst zonder opgave van redenen binnen drie dagen (of langer door toepassing van de Algemene termijnenwet) zou kunnen ontbinden, leidt tot belangrijke veranderingen in het onroerend goedverkeer. Zo zal uitkering van de koopprijs voor het verstrijken van deze termijn in strijd zijn met de uitgangspunten van het Baarns-beslag-arrest, omdat dit de koper die heeft ontbonden het risico doet lopen de koopprijs niet terug te kunnen krijgen.[169] En hoewel derdenverkrijgers geen gevaar lopen, als moet worden aangenomen dat de ontbinding geen terugwerkende kracht heeft (zie hierover par. 6.6.5), zal de vestiging van een hypotheek of een doorlevering door de koper, die heeft plaatsgehad vóór de ontbinding, tot lastige puzzels leiden wanneer de zaak na de ontbinding aan de verkoper moet worden teruggeleverd. Met het oog hierop is goed voorstelbaar dat notarissen de bedenktijd zullen afwachten voordat de koopprijs aan de verkoper wordt uitgekeerd. En wellicht zal ook de inschrijving in de openbare registers tot na de afloop van deze termijn worden uitgesteld. De gevaren van tussentijds beslag en faillissement kunnen met een *Vormerkung* (als dat nog mogelijk is) worden afgewend.

Herleving van de bedenktijd bij de akte van levering zou ingrijpende gevolgen hebben.[170] Om dit te voorkomen moet worden gezocht naar een oplossing,

---

168 *Kamerstukken I* 2003/04, 23 095, A, p. 6 (Brief van de Minister van Justitie).

169 HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 m.nt. WMK; Baarns beslag. De Hoge Raad besliste dat het de taak van de notaris is zorg te dragen voor een zodanige uitvoering van de koopovereenkomst dat de verkoper geen risico loopt ter zake van de betaling van de koopprijs en anderzijds de koper geen risico loopt ter zake van de onbelaste verkrijging van de zaak. Zie ook art. 3 Beroeps- en gedragsregels voor het notariaat (Verordening van de KNB van 21 juni 2000, *Stcrt.* 2000, 182).

170 Het verschijnsel kan zich bij iedere aangepaste schriftelijke overeenkomst voordoen, los van het gegeven of deze in een akte van levering is opgenomen.

die meebrengt dat van een herleving geen sprake is. Ik doe een viertal suggesties, waarvan alleen de laatste oplossing tot een bevredigend resultaat leidt.

Een eerste oplossing kan worden gevonden in het betoog dat vormvoorschrift en bedenktijd slechts zien op de eerste versie van de koopovereenkomst.[171] Nader overeengekomen bedingen vallen hier niet onder en zijn derhalve ook vormvrij geldig en in beginsel onaantastbaar. Dit voorkomt dat bij aanvulling en wijziging van de overeenkomst een nieuwe bedenktijd gaat lopen. Een belangrijk nadeel van deze oplossing is dat het betekent dat niet de gehele contractsinhoud voorwerp is van vormvoorschrift en bedenktijd. Deze oplossing reduceert het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd tot een formalisme. Wanneer in de eerste koopakte alleen zaak en prijs worden genoemd, blijft er van de bescherming van de koper weinig over. Zo wordt hij slechts behoed voor onbezonnenheid met betrekking tot de koop van de betreffende zaak. De ontbinding op grond van de bedenktijd beschermt dan alleen tegen eigen domheid, hebzucht of overijling, maar niet tegen juridische onkunde. Een magere rechtvaardiging voor de inbreuk op zowel het beginsel dat overeenkomsten vormvrij tot stand komen als op het beginsel dat zij moeten worden nagekomen. Gezien het hierboven geciteerde antwoord op de rechtsvraag van de Koninklijke Notariële Beroepsorganistatie lijkt ook de minister deze oplossing niet voor ogen te hebben.

In de tweede oplossing wordt er anders dan in de eerste vanuit gegaan dat ook de nader overeengekomen bedingen in een akte dienen te worden opgenomen. Alleen ten aanzien van deze nieuwe bedingen gaat weer een bedenktijd lopen binnen welke de koper deze bedingen kan ontbinden. Dit komt neer op een partiële ontbinding van de overeenkomst, immers het eerste en niet gewijzigde gedeelte van de overeenkomst, waarvoor de bedenktijd al is verstreken blijft geldig. Dit lijkt evenwel in strijd met de opmerking van de minister dat partiële ontbinding bij de bedenktijd-ontbinding niet mogelijk is, omdat artikel 6:270 BW niet van toepassing is.[172] Dit is juist, omdat anders de koper de mogelijkheid heeft de hem ongewelvallige onderdelen van het onderhandelingsresultaat weg te strepen. Dit nadeel kleeft echter niet aan de situatie waarin partijen, die reeds aan een overeenkomst gebonden zijn, deze overeenkomst aanvullen of wijzigen, zolang dan ook maar deze nadere reeks bedingen weer in zijn geheel geldig blijft of ontbonden wordt. Hoewel deze oplossing als voordeel heeft dat niet de gehele koopovereenkomst wordt ontbonden,

171 Een dergelijke oplossing valt te vergelijken met art. L271-1 Code de la construction et de l'habitation, dat in het geval de koopovereenkomst wordt voorafgegaan door een voorovereenkomst het droit de rétractation of het droit de réflexion alleen van toepassing doet zijn op de voorovereenkomst ('Lorsque le contrat constatant ou réalisant la convention est précédé d'un contrat préliminaire ou d'une promesse synallagmatique ou unilatérale, les dispositions ci-dessus ne s'appliquent qu'à ce contrat ou à cette promesse').

172 *Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 28 (Verslag van een schriftelijk overleg).

kleeft er het nadeel aan dat er toch na de ondertekening van de akte van levering een bedenktijd gaat lopen. Het hangt van de aard en de omvang van de aanvullingen en wijzigingen af of dit de uitbetaling van de koopprijs en de overdracht zal ophouden. Bovendien zal voor deze oplossing een wetswijziging nodig zijn, aangezien artikel 7:2 lid 2 BW bepaalt dat de koper gedurende drie dagen na de terhandstelling van de akte het recht heeft *de koop* te ontbinden. Een beroep op artikel 6:270 BW is niet mogelijk, omdat dit artikel alleen van toepassing is bij ontbinding wegens een tekortkoming.

Een derde oplossing zou gelegen kunnen zijn in het aannemen van de mogelijkheid in de akte van levering afstand van deze nieuwe bedenktijd te doen. Hieraan kleeft de onzekerheid of het doen van afstand van de bedenktijd überhaupt mogelijk is (zie par. 6.6.4). Maar zelfs indien men met Hijma zou willen aannemen dat afstand van een reeds lopende bedenktijd wél mogelijk is, zal dit in de gegeven casus geen oplossing bieden. De nieuwe bedenktijd vangt immers aan bij de ondertekening van de akte van levering.[173] Alsdan is het niet mogelijk in diezelfde akte al afstand te doen.[174] Dit zou dan op een later moment bij afzonderlijke rechtshandeling moeten geschieden. Wat hier ook van zij, in de door mij geschetste casus zal het afstand doen van de ontbinding ook om andere redenen in de ogen van de minister in strijd zijn met dwingend recht, aangezien het kettingbeding, op grond waarvan de bedenktijd opnieuw ging lopen, op verlangen van de verkoper in de akte van levering was opgenomen.

De vierde oplossing voor het voorgelegde probleem lijkt voor de hand te liggen, maar ook hiervoor is wetswijziging nodig. Wanneer zou worden bepaald dat wanneer de koop bij notariële akte wordt gesloten, er geen bedenktijd geldt, zal bij aanvulling of wijziging van een onderhandse akte door bepalingen in de akte van levering geen nieuwe bedenktijd gaan lopen. Wanneer de suggestie van het Eerste Kamerlid Broekers-Knol om de bedenktijd te laten vervallen indien de koopovereenkomst in een notariële akte is neergelegd (de 'tweewegenleer', zie par. 6.3.4) zou zijn aanvaard, zou het voorliggende probleem zijn opgelost.[175] De minister heeft deze mogelijkheid echter verworpen.

Vooralsnog moet ervan worden uitgegaan dat bij wijziging van de koopovereenkomst bij de akte van levering de bedenktijd opnieuw gaat lopen. De notaris kan hiermee rekening houden door de koopprijs onder zich te houden

---

173 Laten we voor dit geval aannemen dat dit moment samenvalt met de terhandstelling aan de koper.

174 Ook uit het in deze paragraaf geciteerde antwoord op de vraag van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie blijkt dat het de minister niet mogelijk lijkt in de akte van levering rechtsgeldig afstand te doen.

175 *Handelingen I* 2002/03, 27, p. 841.

totdat ook deze de bedenktijd is verstreken. De wetgever zal moeten ingrijpen om zeker te stellen dat na wijziging van de koopovereenkomst geen nieuwe bedenktijd meer gaat lopen.

6.7 Aanpassing van het contractenrecht aan de bedenktijd

6.7.1 Bedenktijd, wilsgebreken en tekortkoming

In hoeverre heeft het feit dat de koper een bedenktijd ter beschikking heeft gestaan invloed op de vraag of deze later de overeenkomst op grond van een wilsgebrek kan vernietigen of wegens een tekortkoming kan ontbinden? In paragraaf 6.4 kwam de inpassing van deze nieuwe rechtsfiguur in het contractenrecht aan de orde. De gelijkenis die de bedenktijd-ontbinding vertoont met de vernietiging op grond van wilsgebreken bleek slechts een oppervlakkige, juist omdat het nieuwe rechtsmiddel ook van toepassing is wanneer er helemaal geen sprake is van een wilsgebrek. Er kan immers ontbonden worden 'zonder opgave van redenen'. De vraag die in deze paragraaf aan de orde wordt gesteld is niet hoe de bedenktijd in het contractenrecht moet worden ingepast, maar of en hoe het contractenrecht aan het nieuwe rechtsmiddel moet worden aangepast. Drie vragen dringen zich op: 1) welke rol speelt het feit dat de koper de overeenkomst op grond van de bedenktijd had kunnen ontbinden op de mogelijkheid later een geldig beroep op een wilsgebrek te doen; 2) in hoeverre leidt het niet doen van 'nader' onderzoek tijdens de bedenktijd tot een andere beoordeling van de vraag of de koper zijn eigen onderzoeksplicht heeft verzaakt en 3) rust op de verkoper ook tijdens de bedenktijd een mededelingsplicht? Hijma heeft stelling genomen tegen een 'uitwaaiering' van de bedenktijd in de beoordeling van een beroep op een wilsgebrek of op een tekortkoming. Hij wijst erop dat de bedenktijd is bedoeld als een extra bescherming die niet ten koste mag gaan van andere beschermingsinstrumenten.[176] Maar ook wanneer men de geformuleerde vragen bekijkt vanuit het perspectief van de vereisten die aan een beroep op wilsgebreken of wanprestatie worden gesteld, zal de invloed van de bedenktijd gering blijken te zijn. Immers, bij de beantwoording van deze vragen zullen de verschillen in toepassing en werking tussen enerzijds de bedenktijd en anderzijds de wilsgebreken en de wanprestatie een belangrijke rol spelen.

176 Hijma 2003a, p. 105. Ook Chao-Duivis is van mening dat het feit dat een bedenktijd ter beschikking stond een beroep op dwaling niet zou mogen frustreren (Chao-Duivis 1995, p. 49-50).

6.7.2 Eenvoudig en drastisch of beargumenteerd en subtiel

De bedenktijdregeling biedt een eenvoudige vorm van rechtsbescherming aangezien voor het inroepen hiervan geen redenen behoeven te worden aangedragen (zie par. 6.4.3). Deze eenvoud zet zich ook door in het te bereiken rechtsgevolg. De koper die tijdens de bedenktijd zijn bedenkingen krijgt over de overeenkomst kan kiezen óf de geconstateerde nadelen voor lief nemen en de overeenkomst in stand laten óf de gehele overeenkomst ontbinden. Dit 'alles of niets' resultaat hangt met het 'zonder opgave van redenen' samen omdat anders zonder enige argumentatie de overeenkomst eenzijdig zou kunnen worden gewijzigd (zie par. 6.5.4). Voorts heeft de koper voor het maken van deze ingrijpende keuze slechts kort de tijd. De bedenktijd van artikel 7:2 BW is in beginsel maar drie dagen. Aangezien de wilsgebrekenregelingen en de regeling van de ontbinding wegens tekortkoming wel inhoudelijke eisen kennen, zal de koper een beroep hierop moeten beargumenteren. Anders dan bij de bedenktijd bestaat de kans dat zijn argumenten te licht zullen worden bevonden en de overeenkomst in stand blijft. Hiertegenover staat dat deze klassieke rechtsmiddelen mogelijkheden bieden de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden (art. 6:265 jo. 6:270 BW), om de gevolgen van de overeenkomst te wijzigen (art. 3:54 en 6:230 BW) of om slechts een deel van de rechtshandeling door de vernietiging te doen treffen (art. 3:41 BW). Bovendien heeft de koper aanzienlijk meer tijd dan bij de bedenktijd-ontbinding om zich over de te nemen stappen te beraden (art. 7:23 BW en 3:52 BW). Deze aspecten zullen moeten worden meegewogen bij de beantwoording van de vraag of de mogelijkheid de overeenkomst op grond van de bedenktijdregeling te ontbinden op enigerlei wijze het met succes inroepen van een klassiek rechtsmiddel kan belemmeren.

6.7.3 Beroep op wilsgebrek of tekortkoming na ongebruikt verlopen van de bedenktijd

Welke rol speelt het feit dat de overeenkomst op grond van de bedenktijd had kunnen worden ontbonden in de beoordeling van een beroep van de koper op een wilsgebrek of op een tekortkoming van de verkoper? Valk betoogt dat de invloed niet voor alle gronden van vernietiging even vanzelfsprekend is.[177] Voor een beroep op geestelijke stoornis (art. 3:34 BW) en bedreiging (art. 3:44 BW) acht hij de invloed van de bedenktijd veel groter dan bij dwaling. Hij betoogt dat wie zich bijvoorbeeld op bedreiging beroept meer heeft uit te leggen wanneer hij de bedenktijdregeling niet heeft benut dan degene die een dergelijke mogelijkheid om de overeenkomst te beëindigen niet heeft gehad. Valk is van mening dat bij het niet benutten van de bedenktijd toch minder

177 Valk 1998, p. 14.

spoedig kan worden aangenomen dat de koper contracteerde *omdat* (curs. Valk) hij bedreigd werd. Kennelijk trekt Valk uit het niet benutten van een bepaalde juridische mogelijkheid om van de overeenkomst af te komen de conclusie dat tussen de bedreiging en het totstandkomen van de overeenkomst wel eens geen causaal verband zou kunnen bestaan. Men zou de redenering echter ook kunnen omdraaien. Hoewel de bedreiging niet tot het einde van de bedenktijd voortduurde, heeft de koper van de bedenktijd-ontbinding geen gebruik gemaakt, omdat hij de overeenkomst kon vernietigen op grond van bedreiging. Niet valt in te zien waarom deze koper dan meer zou hebben uit te leggen dan de koper die het alternatief van de bedenktijd-ontbinding niet ter beschikking had. Beide rechtsmiddelen staan naast elkaar. Het ene is niet subsidiair aan het andere, in die zin dat het niet gebruiken van de bedenktijd zijn tol heeft voor het beroep op bedreiging. Het doen van een beroep op de bedenktijd is een bevoegdheid en geen verplichting. Voorts kunnen de redenen voor het prefereren van de vernietiging boven de bedenktijd-ontbinding reeds gelegen zijn in de vorige paragraaf uiteengezette voordelen die de vernietiging boven de bedenktijd-ontbinding biedt. Met betrekking tot het beroep op een geestelijke stoornis hanteert Valk een zelfde redenering. Het betoog van de verkoper dat de koopovereenkomst kennelijk niet onder invloed van de gestelde geestelijke stoornis tot stand is gekomen, nu de koper gedurende de bedenktijd niet tot andere gedachten is gekomen, acht hij geenszins kansloos. Dat moet het echter wel zijn. Uit het feit dat de koper niet voor het ene maar wel voor het andere rechtsmiddel heeft gekozen kan op geen enkele wijze worden afgeleid dat de overeenkomst niet onder invloed van de gestelde geestelijke stoornis tot stand zou zijn gekomen. In beginsel moet derhalve worden aangenomen dat de koper de keuze heeft tussen het op de korte termijn ontbinden van de koopovereenkomst op grond van een toepasselijke bedenktijdregeling of het al dan niet op langere termijn vernietigen van de overeenkomst op grond van wilsgebreken. De vraag of aan de vereisten van de betrokken regeling is voldaan zal op zijn eigen merites moeten worden beoordeeld. Dit geldt ook voor een (later) beroep op tekortkoming van de verkoper. Het feit dat de koper in het betreffende geval ook een beroep op de bedenktijdregeling had kunnen doen behoort niet in zijn nadeel uit te vallen. Integendeel, wie met kracht van argumenten zich van de overeenkomst wil bevrijden zal op grond van deze argumenten moeten worden beoordeeld en moet niet op achterstand worden gesteld met de redenering dat het toch wel vreemd is dat hij zich niet eerst 'zonder opgave van redenen' aan de gebondenheid heeft ontworsteld.

6.7.4 Bestaat er een verplichting tot nader onderzoek door de koper in de bedenktijd?

In hoeverre leidt het niet doen van 'nader' onderzoek tijdens de bedenktijd tot een andere beoordeling van de vraag of de koper zijn eigen onderzoeks-

plicht heeft verzaakt? Castermans is een van de eersten die met betrekking tot de koop van onroerende zaken de verhouding tussen de bedenktijd enerzijds en de onderzoeksplicht in het kader van een beroep op tekortkoming (art. 7:15 en 7:17 BW) of het beroep op dwaling anderzijds aan de orde stelt:[178]

> 'Wie deze periode onbenut voorbij laat gaan, zal wellicht nog sneller een verwijt kunnen worden gemaakt dat hij zijn eigen zaken niet goed heeft behartigd. Het ligt immers in de rede het ijkpunt van de onderzoeksplicht te verleggen van het moment van de koop naar het einde van de afkoelingsperiode.'

Het zal met name gaan om de plaatsing van dit ijkpunt. Valk acht de invloed van de bedenktijd op de dwaling marginaal. Hij onderkent dat de koper de bedenktijd voor nader onderzoek kan aanwenden, maar dit brengt volgens hem niet met zich mee dat wanneer voor een dergelijk onderzoek in redelijkheid geen aanleiding was en er dus geen onderzoeksplicht van de koper kan worden aangenomen, het achterwege laten van dat nadere onderzoek aan een beroep op dwaling in de weg kan staan.[179] Hieruit blijkt dat Valk het ijkpunt voor de beoordeling van de onderzoeksplicht juist niet verschuift. Indien op basis van de omstandigheden bij de totstandkoming van de koopovereenkomst geen onderzoeksplicht van de koper kan worden aangenomen zal deze daarna niet alsnog ontstaan om de enkele reden dat de bedenktijd een (beperkte) mogelijkheid tot het doen van nader onderzoek biedt.[180] Valk voegt er vervolgens aan toe dat de verkoper die een onjuiste mededeling deed of juist zweeg waar spreken plicht was zich er niet op zal kunnen beroepen dat de koper tijdens de bedenktijd geen onderzoek deed, net zo min als hij dat volgens de vaste rechtspraak kan wat betreft de periode voorafgaand aan de koop.[181] De benadering van Valk, waarin het ijkpunt niet wordt verschoven, lijkt met betrekking tot de bedenktijd van artikel 7:2 BW de juiste, omdat de overeenkomst niet tot stand komt bij het einde van de bedenktijd maar bij de ondertekening van de akte. Op dat moment zijn de onderhandelingen tussen partijen afgerond en staan de tegen over elkaar staande rechten en verplichtingen van partijen vast. Wat partijen gezien deze wederzijdse verplichtingen nog aan elkaar hadden moeten mededelen of wat de koper in dat verband nog had moeten onderzoeken moet op dát moment worden bepaald. Hieraan verandert de bedenktijd niets. Het enige dat wel verandert is dat, wanneer op de koper gezien dit ijkpunt een onderzoeksplicht zou rusten, hij een 'tweede kans' voor het doen van dit onderzoek krijgt. Wanneer er geen bedenktijd zou zijn zou hij zich niet meer aan de overeenkomst kunnen onttrekken, omdat het beroep

178 Castermans 1992, p. 272.
179 Valk 1998, p. 14.
180 De minister lijkt geen door de bedenktijd verzwaarde onderzoeksplicht aan te nemen (*Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 19 (Verslag van een schriftelijk overleg)).
181 Valk 1998, p. 15. Zie voor eenzelfde redenering m.b.t. de mededelingsplicht van de verkoper: *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 13 (MvA).

op dwaling hem zou worden ontzegd, omdat hij voorafgaande aan de totstandkoming zijn onderzoeksplicht had verzaakt. Nu kan hij de overeenkomst nog ontbinden. Kiest hij hiervoor niet, dan zal het beroep op dwaling worden afgewezen, net zoals in het geval waarin de bedenktijd niet zou hebben bestaan. Het ijkpunt voor het beroep op dwaling blijft derhalve de totstandkoming van de koopovereenkomst. Met betrekking tot de onderzoeksplicht, die in het kader van artikel 7:17 BW relevant is, geldt hetzelfde omdat ook hier de verplichtingen van partijen bij de totstandkoming zijn komen vast te staan en datgene wat de koper mag verwachten op dat moment zal moeten worden bepaald.[182]

Hartlief en Reurich bekritiseren de benadering van Valk met het argument dat in de afkoelingsperiode een 'breder' onderzoek gerechtvaardigd is dan het onderzoek dat in het kader van dwaling relevant is.[183] Als voorbeelden geven deze auteurs de vraag of de koper de zaak *op zichzelf* wil verkrijgen, afgezien van de specifieke hoedanigheden en de vraag naar de financiële lasten. Onduidelijk is evenwel hoe een onderzoek naar vragen die in het kader van dwaling niet relevant zijn toch een beroep op dwaling zouden kunnen beïnvloeden. Hartlief en Reurich zagen dit probleem wellicht ook en voegen er aan toe dat dit 'bredere' onderzoek de koper wellicht op het spoor zou hebben kunnen zetten van gebreken die de verkoper misschien ook niet kende en waarvoor deze dus ook geen mededelingsplicht zou hebben. Dit lijkt echter bij een bedenktijd van drie dagen geen erg waarschijnlijk scenario.

Het risico bestaat dat er kopers zijn die in de wetenschap dat zij de koop zonder opgave van redenen kunnen ontbinden, spontaan tot aankoop overgaan om vervolgens de zaak te onderzoeken. Aldus wordt het onderzoek dat bij de totstandkoming van de overeenkomst behoort plaats te hebben doorgeschoven naar de bedenktijd. Hartlief en Reurich hebben op dit gevaar gewezen. Het subtiele stelsel van mededelings- en onderzoeksplichten wordt aldus door de bedenktijd verstoord.[184] Wanneer de totstandkoming van de overeenkomst het ijkpunt blijft voor de beoordeling van de vraag of de koper voldoende onderzoek heeft verricht loopt de 'spontane' koper het gevaar geen beroep op dwaling te kunnen doen en ook geen beroep op non-conformiteit. Het enige dat hem rest is de drastische en snelle bedenktijd-ontbinding. Het zou wellicht in het belang van deze koper zijn het onderzoek dat hij in de bedenktijd verricht toch mee te wegen wanneer hij niet besluit een beroep op de bedenk-

182 Van Rossum neemt het onderzoek dat de koper tijdens de bedenktijd had kunnen verrichten wél in aanmerking, aangezien zij aanneemt dat de mogelijkheid tot het inschakelen van deskundigen tijdens de bedenktijd kan leiden tot afwijzing van een beroep op ondeskundigheid door de koper (Van Rossum 1995, p. 108-109).

183 Hartlief & Reurich 1999, p. 50.

184 Hartlief & Reurich 1999, p. 50.

tijd-ontbinding te doen, maar wel een beroep op dwaling.[185] Dit lijkt mij echter niet juist. Wanneer de koper zijn onderzoeksplicht bij de totstandkoming van de overeenkomst verzaakt, omdat hij het laat aankomen op het onderzoek dat hij in de bedenktijd wil verrichten dan zal hij, wanneer dit onderzoek niet tot tevredenheid stemt, de overeenkomst met een beroep op deze bedenktijd moeten ontbinden. Een beroep op dwaling zal moeten afketsen, omdat de bedenktijd de koper niet bevrijdt van de onderzoeksplicht die bij de totstandkoming van de overeenkomst op hem rust. Wie te verrichten onderzoek uitstelt tot de bedenktijd doet dat op eigen risico, in die zin dat dan alleen de bedenktijd-ontbinding resteert. Het brengen van de bedenktijd onder het bereik van het dwalingsleerstuk zou ook ten onrechte de indruk kunnen wekken dat de nakoming van mededelingsplicht en de onderzoeksplicht kan wachten tot na de totstandkoming van de overeenkomst.

6.7.5 De mededelingsplicht van de verkoper tijdens de bedenktijd

Wanneer voorafgaande aan de totstandkoming van de overeenkomst met betrekking tot bepaalde eigenschappen van de zaak een mededelingsplicht op de verkoper rust, blijft deze mededelingsplicht van de verkoper ook tijdens de bedenktijd op hem rusten. De bedenktijd brengt hierin geen verandering. Integendeel, juist door de bedenktijd zal de nakoming van deze plicht nog enig effect kunnen sorteren, aangezien de koper op basis hiervan kan beslissen van de bedenktijd-ontbinding gebruik te maken. Zoals al in de vorige paragraaf aan de orde kwam zal de verkoper zich bij het bestaan van een dergelijke mededelingsplicht er niet op kunnen beroepen dat de koper tijdens de bedenktijd geen onderzoek heeft gedaan.

Met betrekking tot eigenschappen van de zaak die vóór de totstandkoming van de koopovereenkomst nog niet aanwezig waren zal het van de omstandigheden afhangen of deze een beroep op dwaling of tekortkoming zouden rechtvaardigen. Een beroep op dwaling zal in deze gevallen wellicht afstuiten op het vereiste dat de dwaling niet een uitsluitend toekomstige omstandigheid mag betreffen. In verband met het feit dat de betreffende omstandigheid voor de koper relevant kan zijn voor de vraag of hij een beroep op de bedenktijd-ontbinding zal doen, kan ervan worden uitgegaan dat op grond van artikel 6:248 lid 1 BW en artikel 6:2 lid 1 BW de verkoper verplicht is deze nova aan de koper mede te delen. Bij gebreke hiervan kan er bij de beantwoording van

185 Hartlief & Reurich 1999, p. 50. De Minister van Justitie heeft in dit verband opgemerkt dat in het algemeen kan worden gesteld dat denkbaar is dat de onderzoeksplicht tijdens de bedenktijd in acht wordt genomen (*Kamerstukken II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 19 (Verslag van een schriftelijk overleg) en *Kamerstukken I* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 13 (MvA)).

de vraag óf de verkoper tekort is geschoten in de nakoming van zijn verbintenis in beginsel van worden uitgegaan dat hij zijn mededelingsplicht heeft geschonden.

7 Vorm, vrijheid en gebondenheid

Waarop steunt de gebondenheid aan de overeenkomst en welk mensbeeld past bij de consument-koper van een onroerende zaak? Is hij net zoals iedere andere handelingsbekwame persoon vrij[1] en verantwoordelijk? Of geldt hier het door Hartlief geschetste beeld dat de regelgever van hem moet hebben gehad en dat niet erg positief is: hij is een wat naïeve figuur die moet worden beschermd tegen de neiging snel onder de indruk te zijn en overhaast en ondoordacht te handelen.[2] Hem zou daarom moeten worden toegestaan dat wat tot voor kort als afkeurenswaardig gold: terugkomen op het eerder gegeven als bindend bedoelde woord. De antwoorden op deze fundamentele vragen spelen een rol bij de vraag hoe het vormvoorschrift en de bedenktijd van artikel 7:2 BW de totstandkoming van de koopovereenkomst beïnvloeden.

Het in dit boek gehanteerde uitgangspunt is dat de koop van een woning in de eerste plaats een rechts*handeling* is en geen proces dat begint bij het plaatsen van een advertentie en eindigt bij de eigendomsoverdracht en waarbij de gedragingen van partijen hen in de ogen van een objectieve derde al dan niet verder voeren op het pad der gebondenheid.[3] Gebondenheid berust niet op de kwalificatie van verklaringen en gedragingen van partijen, maar in de eerste plaats op hun wilskeuze. Partijen dienen in beginsel zelf te beslissen over het moment waarop zij zich jegens de ander willen binden en over de inhoud van hun rechten en verplichtingen. Voorts bepleit ik de emancipatie van de consument-koper in die zin, dat wanneer hij de overeenkomst is aangegaan, hij niet moet worden geacht ondoordacht, haastig en onverantwoordelijk te hebben gehandeld. Deze uitgangspunten zijn niet nieuw, maar liggen aan het contractenrecht ten grondslag. Het kan dan ook geen verbazing wekken dat de invoering van het vormvoorschrift en de bedenktijd bij de koop van onroerende zaken vele problemen oproept.

Tot nog toe heeft de invoering van het vormvoorschrift van deze twee nieuwigheden de meeste rechtelijke uitspraken uitgelokt. In rechtstheoretische zin

---

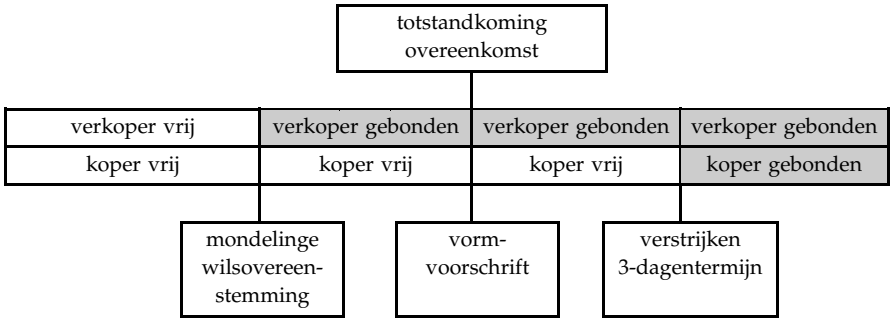
1 Hier wordt bedoeld: vrij van van binnen of van buiten komende dwang en op grond van een juiste voorstelling van zaken.

2 Hartlief 2003, p. 7.

3 Zie voor de visie dat de gebondenheid door het recht wordt bepaald en derhalve een kwestie is van de kwalificatie van gedragingen en handelingen: Vranken 2000, p. 151.

behoeft een vormvoorschrift echter niet problematisch te zijn, omdat het juist het aangaan van de koopovereenkomst als rechts*handeling* ondersteunt. Partijen kunnen hierdoor het moment van gebondenheid goed markeren, waardoor zij ook over het aangaan van de overeenkomst en de hieruit voortvloeiende verbintenissen kunnen nadenken en zich laten informeren. Een vormvoorschrift maakt het bovendien mogelijk dat partijen ook de inhoud tot in detail kunnen regelen zonder dat op een eerder moment gebondenheid ontstaat. Bij een overeenkomst waarbij zulke grote belangen op het spel staan als bij de koop van onroerende zaken kan deze contractvrijheid, begrepen in die zin dat partijen de overeenkomst niet sluiten op grond van een onjuiste voorstelling van zaken, preventief worden bevorderd door als vormvoorschrift te stellen niet slechts een onderhandse maar een notariële akte. Kortom, een vormvoorschrift ondersteunt eerder de contractvrijheid dan dat dit haar belemmert.

De problemen met het vormvoorschrift ontstaan eerst op het moment waarop het wordt gecombineerd met de visie dat het totstandkomen van de overeenkomst een proces zou zijn, waarin men de verkoper al vóór het ondertekenen van de akte als gebonden zou mogen 'kwalificeren'. Het beeld wordt nog schever wanneer men aan dit gegeven de bedenktijd van de koper toevoegt. Ook voor hem is de ondertekening van de akte geen handeling die een definitieve omslag brengt in zijn gebondenheid, aangezien hij zich nog binnen de bedenktijd aan de overeenkomst kan onttrekken. Weergegeven in een tijdlijn wordt de situatie dan als volgt:



Hoewel juridisch bezien de koper na de totstandkoming van de overeenkomst aan de koop gebonden is (de koopovereenkomst is immers *schwebend wirksam*) is de koper nog vrij in die zin dat hij nog zich aan de koop kan onttrekken zonder opgave van redenen. Voor de verkoper geldt het omgekeerde; hij is juist al vóór de totstandkoming van de overeenkomst gebonden, indien men ervan uitgaat dat het niet in acht nemen van het vormvereiste slechts leidt tot de bevoegdheid voor de koper de koop te vernietigen of indien men een precontractuele gebondenheid van de verkoper aanneemt. Wanneer men deze situatie bekijkt, brengt het door partijen tot stand brengen van de koopovereen-

komst, die zelfs gepaard gaat met een vormvereiste, nog geen enkele wijziging in hun gebondenheid mee. Immers de verkoper is reeds voordien gebonden en de koper eerst nadien. Voorts wordt duidelijk hoe groot het verschil in tijd wordt tussen de gebondenheid van de verkoper en van de koper. Dit verschil valt vooral slecht te verklaren wanneer koper én verkoper niet professioneel handelende partijen zijn.

Men moet ervan uitgaan dat op het moment waarop de koopakte wordt ondertekend bij beide partijen de intentie bestaat zich rechtens jegens de ander te binden. Wanneer men echter de verkoper daarvóór al gebonden acht schendt men zijn contractvrijheid. In de eerste plaats omdat hij ervan uit mag gaan dat hij zich pas bindt wanneer hij daartoe het wettelijke afgesproken teken geeft en in de tweede plaats omdat ook hij niet eerder gebonden behoeft te zijn dan nadat hij, indien hij dat wenst, over meer dan alleen de *essentialia* heeft gecontracteerd. Maar ook de koper wordt zijn contractvrijheid ontnomen omdat hem onmogelijk wordt gemaakt zich bij de ondertekening van de akte definitief jegens de ander te binden. De bedenktijd gaat immers uit van de veronderstelling dat de koper, anders dan de verkoper, niet alleen bij de mondelinge wilsovereenstemming, maar zelfs nog bij de ondertekening van de akte onvrij zou hebben gehandeld.

Het evenwicht tussen partijen kan worden teruggevonden door de middelpuntvliedende krachten van bedenktijd en precontactuele gebondenheid uit te schakelen. Wanneer beide partijen tot de totstandkoming van de overeenkomst vrij zijn en daarna beiden gebonden berust de contractuele gebondenheid weer op de autonomie van partijen. De rechtshandeling zal weer centraal moeten worden gesteld.

Summary

HOME PURCHASE AGREEMENTS: FORM, FREEDOM AND BINDING FORCE

On 1 September 2003 the Purchase of Immovable Property Act (*Wet Koop van onroerende zaken*) came into force in the Netherlands. This Act has brought about two important changes in respect of the purchase of a home by a buyer who does not act in the course of a profession or business (consumer-buyer). In the first place, for the conclusion of such an agreement an exception is made to the general rule that legal acts have no set form. Article 7:2, paragraph 1 Civil Code provides that the agreement must be concluded in writing. In the second place, in Article 7:2, paragraph 2, the consumer-buyer is given the right to dissolve the purchase agreement within three days after being handed the (private) deed. In this way the buyer is given a period of reflection. The central question in this book is how the purchase agreement in respect of a home is concluded and which role the requirement of form and the period of reflection play in this. In this connection it will be examined which legal principles are at issue with the introduction of a requirement of form and a period of reflection. It will further be examined to what extent a solution can be found for the problems which these legal concepts create within the law of contracts.

In Chapter 2 it is discussed how the purchase agreement in respect of an immovable property is concluded. This agreement is subject to the same questions about will, declaration and reliance as other agreements. An agreement is concluded by agreeing declarations of intention. It is explained that the declaration of intention, which forms the basis of the legal act, is not only the disclosure of the will, but also a social act by which a right is granted to another person and by which one commits oneself. Hence the legal act has a double basis: will *and* declaration.

In answering the question whether a purchase agreement of an immovable property has been concluded, the 'common belief' must be taken into account when applying Articles 3:33 and 35 Civil Code that in case of important contracts the signing of a document is a condition for the contract's existence and not only a means for providing evidence. The intention of the parties must not be ignored by invoking the doctrine of the virtually general absence of form of agreements. For the purchase agreement of immovable property its nature of being an act might be more clearly expressed by including in the

law a requirement of form for *all* purchase agreements of immovable property as now already applies for the purchase of a home by a consumer-buyer. So long as the requirement of form has not been complied with the parties know that they are not yet bound. A conscious choice should be the basis of the legal *act*. The requirement of form also refers to this aspect, since it protects the parties from rashness and undue haste.

Chapter 3 focuses on the requirement of a written document of Article 7:2 Civil Code. What are the consequences of failure to comply with this requirement of form? The answer to this question depends on the nature and purport of the requirement of form. In the first place a distinction may be made between requirements of form which are prescribed for the validity of the legal act (*solemnitatis causa* or *securitatis causa)* and requirements of form which only relate to how a concluded legal act can be proved (*probationis causa)*. It is concluded that the requirement of form of Article 7:2 Civil Code is a requirement that has been prescribed *solemnitatis causa*. The second distinction that may be made as regards the nature of the requirement of form is the following. Fulfilling the requirement may be seen as a condition which must first be met, before the declaration of intention made without any form being required may be regarded as a valid legal act. This view is designated as the 'formality view'. However the requirement of form may also be assigned a more fundamental meaning, namely for the manner in which the declaration of intention itself must be made. In this view the form is not a condition, but a constitutive element of the legal act. It is concluded that a requirement of form as that of Article 7:2 Civil Code relates to the manner in which the declarations of intention, which must provide binding force to the agreement, must be made. A requirement of form underlines the legal act's nature of an act. The form is the manner in which the declaration that brings the legal act to life is given shape. This view, which I support, is called the 'act view'.

In the literature and by the legislator two reasons are distinguished for making exceptions to the main rule of no set form and for prescribing form requirements *solemnitatis causa*: in order to safeguard the legal certainty and to encourage the parties to properly form their wills. An analysis of parliamentary history shows that the rationale on which the legislator has based the requirement of a written document of Article 7:2 Civil Code is that when the period of reflection commences the buyer will have a document in his hands which he can think about.

The answer to the question whether the consequence of failure to fulfil the requirement of form is voidness or voidability of the agreement depends on the question which view one has of the nature of the requirement of form. In the 'formality view' the agreement may be valid, voidable or completely void depending on the rationale. However, if, as in the 'act view', the form

is seen as the way in which the declaration of intention is given shape, then this is the moment at which the legal act is performed. Without the prescribed form the legal act does not exist; it is void. Therefore, in the 'act view' the question *why* the legislator has deviated from the rule that there is no set form for the conclusion of legal acts is not relevant for the question whether the legal act has been concluded in a legally valid way. On the basis of this assumed nature of the form requirement of Article 7:2 Civil Code I conclude that the failure to fulfil the form requirement of Article 7:2 Civil Code must not lead to voidability, but to voidness of the purchase agreement. This view about the written document requirement of Article 7:2 Civil Code does not only imply legal certainty about the question when the agreement has been concluded, but it also ensures that negotiations may be conducted in freedom.

The doctrine of the pre-contractual binding force is at odds with demanding form requirements. Nevertheless, since the introduction of Article 7:2 Civil Code various judgements have been passed in which the vendor was obliged to cooperate in drawing up a sales contract, since he had come to a verbal agreement with the buyer.

However, when we view the pre-contractual binding force in the light of the nature and purport of the requirement of form other conclusions must be drawn. Within the 'act view' there is no room for pre-contractual binding force exclusively on the ground of the justified expectation that an agreement will be concluded after consensus for which no form is required. However in the formality view this room in principle exists. Still also in this view pre-contractual binding force may not automatically be assumed after consensus without any requirements as regards to form, since it depends on the rationale of the form requirement. When it is assumed that the form requirement of Article 7:2 Civil Code has only been written for the buyer's protection, the 'formality view' implies that only the buyer may rely on the fact that consensus has been reached and that the vendor is obliged to cooperate in signing the deed. In my opinion, this form of buyer protection goes too far.

From the various judgements it appears that there is no general consensus among courts in the Netherlands about the legal consequences of verbal consensus in respect of the conclusion of an agreement to which Article 7:2 Civil Code applies. The rulings may roughly be divided into two groups. In the first group the court considers the vendor to be bound to the verbal consensus. In the second group the vendor is neither contractually, nor otherwise considered to be bound to the consensus so long as the written document requirement of Article 7:2 Civil Code has not been fulfilled.

When by virtue of Article 7:2 Civil Code it must be concluded that in case of failure to meet the form requirement the agreement is void, it does not alter

the fact that the party which by relying on the requirement of form acts contrary to the principles of reasonableness and fairness towards the other party will be liable for the damage caused by this. Within the 'formality view' it would be possible to invoke the limiting effect of the reasonableness and fairness, because of which under certain circumstances the agreement concluded without fulfilling any form requirements should be regarded as valid. This does not mean that within the 'act view', as supported by me, the reasonableness and fairness have no further role to play. After all, they may also be an independent source of obligations. It is advocated to take the principle of freedom of contract as the starting point for viewing the circumstances in which liability by virtue of such an obligation may be assumed. When concluding an agreement a contracting party must take into account the justified interests of the other party. These interests are in particular included in the latter's freedom of contract. This means that the party which wants to keep its own freedom of contract, but allows the other to believe, intentionally or otherwise, that the latter is already bound by virtue of his word, is obliged to compensate the resulting damage incurred by the other party.

At the end of Chapter 3 attention is paid to the question whether the written document requirement of Article 7:2 Civil Code may be fulfilled when the purchase of a home is concluded via e-mail. Since it must be assumed that the written document requirement in Article 7:2, paragraph 1 Civil Code refers to the deed as mentioned in Article 7:2, paragraph 2 Civil Code, this form requirement implies that the parties must sign the document (Article 156, paragraph 1 Code of Civil Procedure). The agreement will therefore have to be provided with an electronic signature as described in Articles 15a to 15c of Book 3 Civil Code. Just as for the test against Article 6:227a Civil Code it applies for Article 3:15a Civil Code that in many cases it cannot be said in advance with certainty by the person who has put an electronic signature whether or not he has fulfilled the form requirement for performing the legal act. In particular the requirement that the method used for authentication must be 'sufficiently reliable' (Article 3:15a, paragraph 1 Civil Code) gives little hold. When parties sign with a so-called 'advanced electronic signature' much of the legal uncertainty will be removed since in accordance with Article 3:15a, paragraph 2 Civil Code this signature 'is presumed to be sufficiently reliable'. The legal certainty required for the purchase of a home may in my opinion be achieved by prescribing an advanced electronic signature for agreements to be concluded electronically.

Chapter 4 discusses the question what the content of a purchase agreement in respect of an immovable property is composed of. Two courses are open for assessing whether the consensus between the parties is sufficient to conclude that an agreement has been effected. The oldest course is dividing the content of an agreement into *essentialia*, *naturalia* and *accidentalia*. The new

course is the requirement of determinability of Article 6:227 Civil Code. The conclusion is that the three elements *essentialia*, *naturalia* and *accidentalia* are implied in the requirement of determinability of Article 6:227 Civil Code, the criterion of Articles 3:33 and 3:35 Civil Code and the sources of Article 6:248, paragraph 1 Civil Code (law, custom, reasonableness and fairness). Consensus about the *essentialia* is necessary, but not always sufficient. Whether the agreement is concluded when nothing has been agreed about other elements than the *essentialia* depends on the intention of the parties. The *essentialia* in the case of the purchase of immovable property are the property to be transferred, the price and the identity of the parties. There are no stringent requirements for the determinability of the property to be transferred; it must be clear to the parties which property is being transferred. Article 7:4 Civil Code – which provides that when the sale has been entered into without determination of the price the buyer owes a reasonable price – will virtually play no part for the purchase of immovable property: the purchase price cannot be stated without a guiding intention of the parties. At the moment of the conclusion of the agreement it may still be unclear who is the vendor and who is the buyer; the only requirement is that they can be determined.

The constantly emerging question in immovable property law whether the financing clause applies when not explicitly agreed upon is also discussed. It is concluded that it cannot be said with certainty that this clause has obtained force of customary law. For the time being, the question whether the clause applies remains exclusively a question of interpretation of an agreement. This clause will at least have to be indicated in the deed, when for the conclusion of the agreement a form requirement such as the written document requirement of Article 7:2 Civil Code applies.

Demanding that for the conclusion of a valid and inviolable agreement the content must fulfil further requirements than the *essentialia* infringes the freedom of contract without guaranteeing that the parties will provide the relevant information to each other. This also becomes clear from the conclusion that there is no appropriate sanction under civil law which does not discriminate between the parties for not complying with such statutory requirements. If the legislator were of the opinion that a certain obligation or a certain condition should be part of the agreement, it would fit better into our system of contracting to include this obligation or condition as a directory or mandatory provision in the law. If it must be promoted that the parties better realise in a legal sense what their rights and obligations are and that they will also provide each other with the relevant information in this connection, compulsory assistance by a civil-law notary when concluding the agreement is preferred.

Chapter 5 discusses the question how the sales contract and the deed of delivery must be interpreted. As regards the way in which a written contract must be interpreted it not only comes down to a purely linguistic interpretation of the provisions of that contract, but in particular to the meaning which the parties in the circumstances were each in reason justified in attaching to these provisions and what they in this respect were in reason entitled to expect from each other (Haviltex criterion). It is explained that neither the nature, nor the purport of the requirement of form of Article 7:2 Civil Code leads to the conclusion that a more objective criterion must be applied when interpreting a sales contract. Subsequently the question is raised when a stipulation may be considered to have or have not been included in the deed and the requirement of form to have been fulfilled. The *Andeutungstheorie* developed in German law may be applied according to Dutch law within the doctrine of will and reliance. It is sufficient that the deed contains an indication of the stipulation in question. It may then be interpreted in accordance with the Haviltex criterion. In part based on some recent rulings of the Supreme Court it is concluded that the provisions included in a model contract must also be interpreted using the Haviltex criterion. There is no question of a basically different way of interpretation than in the case of 'ordinary' written agreements.

At the end of the chapter the interpretation of the deed of delivery is discussed and in particular the property-law agreement included in it. How to determine what has and what has not been transferred in ownership by the vendor to the buyer? In the ruling Stichting Eelder Woningbouw the Supreme Court holds that it comes down to the description of the immovable property to be transferred as included in the notarial deed of delivery, which description must be interpreted according to objective criteria. However this wrongly creates a difference between the interpretation of the purchase agreement and the interpretation of the deed of delivery. By interpreting the property-law agreement using the Haviltex criterion it may be achieved that the deed of delivery is interpreted in the same way and not independently from the purchase agreement preceding it. It may increase the legal certainty if the wording used is taken as starting point when applying the Haviltex criterion. The one party may therefore in principle trust that the verbatim text in the deed of delivery about the sold property reflects the meaning of the other party. Evidence to the contrary that in a certain case something else has been meant than stated in the deed is however possible. When this evidence to the contrary succeeds, third parties who have relied on the text of the deed are protected by virtue of Articles 3:24, 3:26 and 3:36 Civil Code.

In Chapter 6 the period of reflection comes up for discussion. The period of reflection has been described as a right to dissolve the already concluded purchase agreement and so has been placed after the conclusion of the

purchase agreement. It does not only offer the buyer a cooling-off period, which will give him the opportunity to reconsider, but also and especially the right to withdraw from the agreement. According to the parliamentary history the rationale of the period of reflection is that the consumer-buyer will have the opportunity to consult one or more experts on the basis of the sales contract handed to him and to repair a, possibly forced, rash decision to buy.

The most important point of criticism in the literature of the concept of the period of reflection is that it is contrary to the principle that agreements must be performed. Many authors criticise the introduction of the period of reflection for the purchase of homes. It usually does not concern ill-considered and rashly concluded agreements and moreover in most cases the vendor is also someone who does not act in de course of a profession or business. In addition the legislator had the alternative to prescribe a notarial instrument.

With a view to the question how the period of reflection may be best fit into civil law, the period of reflection is in this chapter looked at from the perspective of three legal principles which have come under pressure by the period of reflection: the binding force of the agreement, the reasonableness and the causa principle. The resulting infringement of the principle *pacta sunt servanda* can only be removed by the legislator. This might be done by placing the period of reflection before the conclusion of the agreement. The doctrine of the postponed consensus is an example of this. When a notarial instrument is formally required, it will also be possible to let the period of reflection start at the receipt of the draft of the instrument and to let it end at its signing. The infringement of the reasonableness is caused by the fact that it is assumed that the consumer-buyer may backtrack on the agreement without stating any reasons. This creates a fundamental difference between avoidance because of vitiated consent and reflection period regulations. After all, whether there is indeed a question of vitiated consent at the conclusion of the agreement is not relevant for using the period of reflection. The basic principle that the period of reflection-dissolution may be exercised 'without stating any reasons' does not preclude application of the doctrines of abuse of rights and the limiting effect of the reasonableness and fairness to the exercise of the powers resulting from the period of reflection. This may lead to the situation that the consumer is not allowed to exercise his right to withdraw because of the way in which he has acted. The period of reflection is also an infringement of the causa principle which plays a role in the conclusion of the agreement, viz. of the connection between the promised performances. In the literature this infringement is justified by the reasoning that professionally acting other parties will on balance profit from the sales techniques which make the protection by the period of reflection necessary (collective benefit principle). However, this justification does not fit in with the period of reflection of Article 7:2 Civil Code, since according to this regulation the vendor does not have

to be a professional party. The causa principle also continues to play a role when applying the period of reflection. For instance, the last sentence of Article 7:2, paragraph 2 Civil Code prevents that the period of reflection-dissolution can be used without restriction by the buyer to bring up again and again the result negotiated with the vendor. It must further be assumed that a partial period of reflection-dissolution is not possible.

Subsequently four questions are discussed which are raised by the period of reflection in conjunction with the transfer of title of an immovable property. In the first place, the question whether the purchase agreement may be validly performed during the period of reflection is answered in the affirmative. The second question whether the mere cooperation of the buyer in the transfer of title implies a waiver of a right is answered in the negative. The third question is whether the period of reflection-dissolution has retroactive effect. With a view to the legal certainty on the property market it is undesirable to confer retroactive effect to this simply applicable remedy. Finally, the fourth question is whether the period of reflection revives when the deed of delivery deviates from the private sales contract. As yet it must be assumed that in case of a change of the purchase agreement by the deed of delivery the period of reflection will start to run anew.

At the end of this chapter it is examined to what extent the fact that the buyer had a period of reflection at his disposal has an effect on the question whether the buyer may later void the agreement because of vitiated consent or may dissolve it because of a shortcoming. It is argued not to let it play a role that the buyer has not used the period of reflection when assessing the reliance on vitiated consent or a shortcoming.

In Chapter 7 the conclusion of the purchase agreement is again examined, but now including pre-contractual binding of the vendor, requirement of form *and* period of reflection. The problems with the requirement of form arise at the moment at which it is combined with the view that the conclusion of the agreement is a process in which the vendor might already be considered as being bound before signing the deed (pre-contractual binding). The picture becomes yet more lopsided when the period of reflection of the buyer is added to this. For him too the signing of the deed is not an act which brings about that he is definitely bound by the agreement since he may still withdraw from it within the period of reflection. The situation is as follows: the fact that the parties effect the purchase agreement, to which even a requirement of form is attached, does not yet bring about any change in the way they are bound. After all the vendor was already bound before and the buyer will only be bound afterwards. It further becomes clear how great the difference in time becomes at which the vendor and the buyer are bound. The balance between

the parties and the autonomy of the parties may be restored by switching off the centripetal forces of the period of reflection and pre-contractual binding. The legal act must again be given central place.

Literatuur

Aristoteles, *Ethica Nicomachea*

Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door C. Pannier & J. Verhaeghe, Groningen: Historische Uitgeverij 1999.

Asser-Beekhuis 1985 (3-I)

J.H. Beekhuis, F.H.J. Mijnssen & P. de Haan, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Zakenrecht, Algemeen deel*, twaalfde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Asser-Hartkamp 2001 (4-II):

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, elfde druk, Deventer: Kluwer 2001.

Asser-Hartkamp 2004 (4-I)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel I, De verbintenis in het algemeen*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2004.

Asser-Hartkamp 2005 (4-II):

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, twaalfde druk, Deventer: Kluwer 2005.

Asser-Hijma 2001 (5-I)

Jac. Hijma, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten deel I, Koop en ruil*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2001.

Asser-Mijnssen-De Haan-Van Dam 2006 (3-I)

F.H.J. Mijnssen, P. de Haan, C.C. Dam & H.D. Ploeger, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen goederenrecht*, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2006.

Asser-Rutten 1979 (4-II)

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Verbintenissenrecht deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, vijfde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979.

Asser-Scholten 1974

P. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht,* Algemeen deel, derde druk, bewerkt door G.J. Scholten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser-Schut 1981 (5-I)

G.H.A. Schut, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten deel I, Koop en ruil*, vierde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981.

Bakels 1993
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.
Bartels 1997
S.E. Bartels, 'Recensie W.G. Huijgen, Rechtszekerheid of rechtsbescherming? Ofwel: taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht, oratie Leiden 1997, Ars Notariatus LXXX', *NTBR* 1997, p. 147-150.
Bartels 2004
S.E. Bartels, 'Zoals kennelijk ter plaatse aangeduid en afgepaald. Het bepaaldheidsvereiste bij overdracht van een gedeeltelijk perceel', *VrA* 2004/2, p. 4-23.
Bartels & Van Buren-Dee 1996
S.E. Bartels & J.M. van Buren-Dee, 'Woningkoop door consumenten', in: J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius & P.A. Kottenhage-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer: Kluwer 1996, p. 55-67.
Bartels & Sander 1998
S.E. Bartels & C.J. Sander, 'De bedenktijd in het burgerlijk recht', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* (BW-krant Jaarboek 14), Deventer: Gouda-Quint 1998, p. 79-98.
Baur/Stürner 1999
Fritz Baur, Jürgen Baur & Rolf Stürner, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 17e druk, München: C.H. Beck 1999.
Blei Weissmann (*Verbintenissenrecht*)
Y.G. Blei Weissmann, in: C.J.H. Brunner & E.H. Hondius(red.), *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.).
De Boer 1993
J. de Boer, 'Huizenkoop en notaris', *NJB* 1993, p. 1243-1244.
Boks 2002
D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid. Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris* (diss. Groningen) (Recht en Praktijk nr. 119), Deventer: Kluwer 2002.
Bosman 2005
H.A. Bosman, 'Enkele notities over de artikelen 7:2 en 7:3 BW bij consumentenkoop o.g.', *WPNR* 6636 (2005), p. 748-751.
Van Brakel 1948
S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel*, derde druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1948.
Breedveld-de Voogd 2002
C.G. Breedveld-de Voogd, 'De uitleg van de akte van levering bij de overdracht van een onroerende zaak', *RMThemis* 2002, p. 244-255.
Breedveld-de Voogd 2003a
C.G. Breedveld-de Voogd, Voorkeursrecht is geen kernbeding in de zin van de algemene voorwaardenregeling, *NbBW* 2003, p. 73-76.
Breedveld-de Voogd 2003b
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Het schriftelijkheidsvereiste in de nieuwe regeling voor de koop van onroerende zaken', *NbBW* 2003, p. 114-119.
Breedveld-de Voogd 2003c
C.G. Breedveld-de Voogd, 'De werking van de redelijkheid en billijkheid en de vorm van de voorovereenkomst bij de verdeling van de huwelijksgoederengemeenschap', *NbBW* 2003, p. 182-186.

Breedveld-de Voogd 2003d
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Herleeft de bedenktijd wanneer de akte van levering afwijkt van de onderhandse koopakte?', *WPNR* 6547 (2003), p. 715-719.
Breedveld-de Voogd 2004a
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Geen wijziging van de Wet koop van onroerende zaken. De oudejaarsbrief van de minister van justitie aan de Eerste Kamer der Staten-Generaal (EK, 2003-2004, 23 095, A)', *NbBW* 2004, p. 34-40.
Breedveld-de Voogd 2004b
C.G. Breedveld-de Voogd, 'De rede(n)loze ontbinding', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Termijnen* (BW-krant jaarboek nr. 20), Deventer: Kluwer 2004, p. 107-120.
Breedveld-de Voogd 2005a
C.G. Breedveld-de Voogd, 'De koop van een woning via e-mail', *MvV* 2005, p. 30-34.
Breedveld-de Voogd 2005b
C.G. Breedveld-de Voogd, 'Stelt het recht grenzen aan de uitoefening van de wettelijke bedenktijd?', *MvV* 2005 p. 191-193.
De Bruijn/Soons/Kleijn/Huijgen/Reinhartz 1999
A.R. de Bruijn, *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, bewerkt door A.L.M. Soons, W.M. Kleijn, W.G. Huijgen & B.E. Reinhartz, derde druk, Deventer: Gouda Quint 1999.

Canaris 2000
C.W. Canaris, 'Wandlungen des Schuldvertragsrechts –Tendenzen zu seiner "Materialisierung"', *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 200 (2000), p. 273-364.
Castermans 1992
A.G. Castermans, 'De makelaar, de notaris en de koop van onroerende zaken', *WPNR* 6044 (1992), p. 271-274.
Chao-Duivis 1995
M.A.B. Chao-Duivis, 'Bescherming van kopers van woningen. Vormvereiste en bedenktijd bij de koop: artikel 7:2 (ontwerp) BW' in A.J.H.W. Coppelmans e.a. (red.), *Het actuele recht 2: Tilburgse commentaren*, Lelystad: Koninklijke Vermande, 1995, p. 47-50.
Compendio di Diritto Civile 2001
Compendio di Diritto Civile (Diritto Privato), zesde druk, Napels: Esselibri-Simone 2001.
Coppen 2004
S. Coppen, *De bedenktijd van artikel 7:2 BW. Kan de consument-koper afwijken van de bedenktijd?* (doctoraalscriptie Leiden), 2004.
Croes 2001
A.L. Croes, Enige bedenkingen tegen de bedenktijd bij de koop van onroerende zaken, *NTBR* 2001, p. 334-339.
Croes 2002
A.L. Croes, 'Antwoorden van de Minister van Justitie op vragen van de Eerste Kamer der Staten Generaal, of: Hoe stuur je in het poldermodel de senaat met een kluitje in het riet?', *NTBR* 2002, p. 448-449.

Dammingh 2002a
J.J. Dammingh, *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen) (Onderneming en Recht, deel 23), Deventer: Kluwer 2002.

Dammingh 2002b
J.J. Dammingh, 'Het gebruik van een financieringsclausule bij de koop en verkoop van een woning (I&II)', *WPNR* 6510-6511, (2002) p. 779-784, 794-799.
Dammingh 2004
J.J. Dammingh, 'De nieuwe wet "Koop onroerende zaken" en de makelaar', *BR* 2004, p. 293-310.
Drion 2005
C.E. Drion, 'Ons onderhandelingsrecht onder handen', *NJB* 2005, p. 1781.
Drion 1973
H. Drion, 'Functies van rechtsregels in het privaatrecht' in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 49-61.
Den Dulk 1979
J.L. den Dulk, *Enkele beschouwingen over de aard en de betekenis van de zakelijke overeenkomst* (diss. Groningen), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1979.

Eggens 1931
J. Eggens, 'Eene oude vraag naar aanleiding van eene nieuwe (Over de levering van onroerend goed)', WPNR 3188, 3189 & 3190 (1931); herdrukt in J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, deel 1, tweede druk, Haarlem: Bohn 1958, p. 195-216.
Van Es 2002a
P.C. van Es, 'Enige opmerkingen over de Wet elektronische handtekeningen in het licht van de algemene bewijsrechtelijke bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering', *WPNR* 6474 (2002), p. 107-108.
Van Es 2002b
P.C. van Es, 'Nadere opmerkingen over de Wet elektronische handtekeningen', *WPNR 6515* (2002), p. 857-858.
Van Esch 2002
R.E. van Esch, 'Elektronisch contracteren en de aanpassingswet inzake elektronische handel, *NTBR* 2002, p. 430-438.
Esser/Weyers 1998
J. Esser, *Schuldrecht Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, Verträge*, voortgezet door H.L. Weyers, achtste druk, Heidelberg: C.F. Müller 1998.

Feenstra & Ahsmann 1980
R. Feenstra & M. Ahsmann, *Contract, Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1980.
Flume 1979
W. Flume, *Algemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, derde druk, Berlin/Heidelberg/New York: Springer 1979.

Van Gastel 2006
C.P. van Gastel, 'Nogmaals het vormvereiste ex art. 7:2 lid 1 BW. Reactie op "Eerste ervaringen met het vormvereiste van art. 7:2 lid 1 BW (vervolg)" van prof. A.A. van Velten en "Enkele notities over de artt. 7:2 en 7:3 BW bij consumentenkoop o.g." van mr. H.A. Bosman, in WPNR (2005) 6636', *WPNR* 6650 (2006), p. 44-45.

Ghestin/Huet 2001
J. Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux* (J. Ghestin red.), tweede druk, Paris: L.G.D.J. 2001.
Gordley 1991
Gordley, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine* (Claradon law series), New York: Oxford University Press 1991.
Goudeket 1906
J. Goudeket, *Afspraken tot het sluiten van overeenkomsten* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: De Bussy 1906.
De Groot (1625) 1925
H. de Groot, *De jure belli ac pacis libri tres*, The translation Book II by Francis W. Kelsey; with the collab. of Arthur E.R. Boak e.a., Oxford: At the Clarendon Press 1925.
De Groot (1625) 1939
H. de Groot, *De jure belli ac pacis libri tres*, ed. B.J.A. de Kanter-van Hettinga Tromp, Leiden: Brill 1939.
Grosheide 2001
F.W. Grosheide, 'Lees maar, er staat wat er staat', *WPNR* 6428 (2001), p. 5-13.

Hart 1961
H.L.A. Hart, *The concept of law* (Clarendon law series), Oxford: Clarendon Press 1961.
Hartlief 2003
T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren* 2003/1, p. 5-14.
Hartlief & Reurich 1999
T. Hartlief & L. Reurich, 'De invloed van een afkoelingsperiode op toepassing van het dwalingsleerstuk', *WPNR* 6342 (1999), p. 49-51.
Häsemeyer 1971
L. Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Objective Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft* (Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechts- und Staatwissenschaftlichen Fakultät Göttingen), Frankfurt am Main: Athenäum 1971.
Hensen 1992
Chr.J.F.M. Hensen, 'Koop van onroerende zaken. De voorgestelde regeling in vergelijkend perspectief', *NJB* 1992, p. 1484-1490.
Hesselink 1996
M.W. Hesselink, De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht (I&II), *WPNR* 6248 en 6249 (1996), p. 879-883 en 906-910.
Hesselink 1999
M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese Privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1999.
Hesselink & Van Kooten 1996
M.W. Hesselink & H.J. van Kooten, 'De rechtspositie naar artikel 7:2 BW (nieuw) van de consument die bij mondelinge overeenkomst een woning heeft gekocht', in: J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius & P.A. Kottenhage-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen,* Deventer: Kluwer 1996, p. 69-82.

Hijma 1988
Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.
Hijma 2003a
Jac. Hijma, 'Een bedenktijd voor de koper', in: T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 97-110.
Hijma 2003b
Jac. Hijma, 'Bedenktijdoverpeinzingen', *WPNR* 6552 (2003), p. 813-814.
Hijma 2004
Jac. Hijma, 'Bedenktijd in het contractenrecht', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 1-86.
Hijma/Van Dam/Van Schendel/Valk 2004
Jac. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 3), vierde druk, Deventer: Kluwer 2004.
Hommes 1962
H.J. Hommes, 'Immanuel Kant en de zakelijke overeenkomst', *WPNR* 4748 (1962), p. 533-538.
Hondius 1992
E.H. Hondius, 'Het bestendig gebruikelijk beding … weg ermee', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 127-133.
Horrevorts & Van Esch 2003
K. Horrevorts & R. van Esch, *De rol van zelfregulering bij de juridische erkenning van elektronische documenten en elektronische handtekeningen* (ITeR-rapport nr. 61) Den Haag: Sdu 2003.
Houwing 1918
J.F. Houwing, 'Billijkheid, wet en gewoonte (VII & VIII)', *WPNR* 2509-2510 (1918), p. 45-47, 61-64.
Huijgen 1992
W.G. Huijgen, 'De rechtsgevolgen van het niet vermelden van een voorwaarde of titel in de transportakte', *WPNR* 6037 (1992), p. 131-135.
Huijgen 1997
W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming? Ofwel: taak en plaats van de notaris in het vermogensrecht* (oratie Leiden) (Ars Notariatus LXXX), Deventer: Kluwer 1997.
Huijgen 2003
W.G. Huijgen, *Koop en verkoop van onroerende zaken* (Studiepockets Privaatrecht, nr. 58), tweede druk, Deventer: Kluwer 2003.
Huijgen 2004
W.G. Huijgen, 'Het schriftelijkheidvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW', *JBN* 2004, nr. 65.
Huijgen & Breedveld-de Voogd 2003
W.G. Huijgen & C.G. Breedveld-de Voogd, 'Deskundige bijstand bij de koop van onroerende zaken en de invloed op de contractuele verhouding tussen partijen', in: T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich, *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 111-127.
Huijgen & Pleysier 2001
W.G. Huijgen & A.J.H. Pleysier, *De Wetgeving op het notarisambt* (Ars Notariatus C), tweede druk, Deventer: Kluwer 2001.

Jauernig/Volkommer 2003
M. Volkommer, in: Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar*, tiende druk, bewerkt door C. Berger e.a., München: C.H. Beck 2003.

Kant (1797) 1982
Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Werkausgabe Band VIII*, opnieuw uitgegeven door W. Weischedel, vierde druk, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1982.
Kaser-Wubbe 1971
M. Kaser, *Romeins Privaatrecht*, in het Nederlands vertaald en bewerkt door F.B.J. Wubbe, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.
Kirchmann 1848
J.H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848; met een nawoord, levensbeschrijving en bibliografie van H.H. Meyer-Tcheppe opnieuw uitgegeven, Heidelberg: Manutius 1988.
Klaassen-Eggens-Luijten-Meijer 2005
Klaassen-Eggens, *Huwelijksgoederen- en Erfrecht, eerste gedeelte, Huwelijksgoederenrecht*, herschreven door E.A.A. Luijten & W.R. Meijer, dertiende druk, Deventer: Kluwer 2005.
Kleijn 1985
W.M. Kleijn & A.A. van Velten, 'Naar een betere bescherming van kopers van woningen. Moet de koop van een woning aan (vorm)voorschriften onderworpen zijn? (Beantwoording door preadviseur Kleijn)', in: *Bescherming van de kopers van woningen*, (Preadviezen voor de gecombineerde jaarlijkse vergaderingen van de Koninklijke Notariële Broederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985), Deventer: Kluwer 1985, p. 106-118.
Kleijn 1992
W.M. Kleijn, *Koop van onroerend goed en efficiënte consumentenbescherming* (afscheidsrede Leiden 1992), Arnhem: Gouda Quint 1992.
Kleijn & Van Velten 1985
W.M. Kleijn & A.A. van Velten, 'Naar een betere bescherming van kopers van woningen. Inleiding', in: *Bescherming van de kopers van woningen*, (Preadviezen voor de gecombineerde jaarlijkse vergaderingen van de Koninklijke NotariëleBroederschap en de Vereniging voor Bouwrecht 1985), Deventer: Kluwer 1985, p. 29-46.
De Kluiver 1992
H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1992.
Knijp 2001
G.J. Knijp, 'De uitleg van de goederenrechtelijke overeenkomst. HR 8 december 2000, RvdW 2000, 248 C', *NbBW* 2001, p. 33-35.

Lando & Beale 2000
O. Lando & H. Beale (red.), *Principles of European Contract Law Parts I and II, Combined and Revised*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer Law International 2000.
Larenz 1987
K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, *Band 1*, veertiende druk, München: C.H. Beck 1987.

Larenz/Wolf 2004
K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, negende druk door Manfred Wolf, München: C.H. Beck 2004.
Lekkerkerker 1991
G.J.C. Lekkerkerker, 'De afstand 1302/1303; opkomst en ondergang van een toverformule', *WPNR* 6030 (1991), p. 905-910.
Loos 2002
M.B.M. Loos, 'Consumentenbescherming bij de koop van onroerende zaken en aanneming van werk: een nog altijd onevenwichtig en onvoldoende doordacht wetsvoorstel', *NTBR* 2002, p. 356-367.
Loos 2003a
M.B.M. Loos, 'Bedenktijd en de precontractuele aansprakelijkheid bij de koop van woningen', in: D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, P.A.W. Piepers e.a. (red.), *Aan Wil besteed:* (Wedekind-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 251-264.
Loos 2003b
M.B.M. Loos, 'De effectiviteit van de bedenktijd als instrument van consumenten bescherming', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 151-168.
Lucas 1963
J.J.A. Lucas, 'Immanuel Kant en de zakelijke overeenkomst, Invloed van Grotius?', *WPNR* 4769 (1963), p. 243-246.
Luijten 1993
E.A.A. Luijten, 'De koopakte van onroerende zaken in notariële vorm; een na te streven rechtsgoed', *WPNR* 6081 (1993), p. 129-134.

Medicus 2002
D. Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch*, achtste druk, Heidelberg: C.F. Müller 2002.
Meijers 1958
E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers 1958.
Mok 1997
M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* (afscheidscollege Groningen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Van Mourik 1973
M.J.A. van Mourik, 'Het notariaat en de opvulling van leemten in de rechtshulp', *M.v.h.N.* 1973, p. 11-13.
Münchener Kommentar/Kanzleiter 2003
R. Kanzleiter, in: W. Krüger (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch,* vierde druk, München: C.H. Beck 2003.

Nieuwenhuis 1979
J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1979.
Nieuwenhuis 1986
J.H. Nieuwenhuis, 'Een gevaar op de weg' (noot onder HR 15 november 1985, NJ 1986, 213 m.nt. G; Stavenuiter/Amtax), *AA* 1986, p. 315-321.

Nieuwenhuis 1989
J.H. Nieuwenhuis, 'Point of no return', *RMThemis* 1989, p. 467-468.
Nieuwenhuis 1999
J. H. Nieuwenhuis, 'Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 23-32.
Nieuwenhuis 2001
J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkend contractenrecht', Redactioneel *NTBR* 2001, p. 333.
Nieuwenhuis 2006
J.H. Nieuwenhuis, *Waartoe is het recht op aarde?,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Van Oven 1935
J.C. Van Oven, 'Zakelijke overeenkomst en huwelijksvoorwaarden (II)', *WPNR* 3440 (1935), p. 527-530.

Palandt/Grüneberg 2006
C. Grüneberg, in: O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 65e druk bewerkt door P. Bassenge e.a., München: C.H. Beck. 2006.
Palandt/Heinrichs 2006
H. Heinrichs, in: O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 65e druk bewerkt door P. Bassenge e.a., München: C.H. Beck. 2006.
Parl. Gesch. Boek 3
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen,* Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen,* Deventer: Kluwer 1990.
Parl. Gesch. Boek 6
C.J. van Zeben & J.W. du Pon, met medewerking van M.M. Olthof , *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht,* Deventer: Kluwer 1981.
Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijke wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7 Bijzondere overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14,* Deventer: Kluwer 1991.
Périnet-Marquet 2001
H. Périnet-Marquet, 'Premier regard sur la loi «solidarité en renouvellement urbains» du 13 décembre 2000' *JCP – La Semaine Juridique Édition Générale*, 2001, no. 5, p. 233-237.
Périnet-Marquet 2002
H. Périnet-Marquet, 'Les difficultés de délimitation du champ d'application des droits de rétractation et de réflexion offerts à l'acquéreur immobilier', *JCP – La Semaine Juridique Édition Générale* 2002, no. 16-17, p. 761-770.

Pfeiffer 2003
T. Pfeiffer, 'Der Vertragsschluss im Gemeinschaftsrecht', in: R. Schulze, M. Ebers & H. C. Grigoleit (red.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen: Mohr Siebeck 2003, p. 103-115.

Pitlo/Gerver 1995
A. Pitlo, P.H.M. Gerver, H. Sorghdrager, R.H. Stutterheim & T.R. Hidma, *Het systeem van het Nederlandse privaatrecht*, elfde druk, Arnhem: Gouda Quint 1995.

Pitlo/Reehuis Heisterkamp, 2006
W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Het Nederlands burgerlijk recht Deel 3, Goederenrecht*, met bijdragen van G.E. van Maanen & G.T. de Jong, Deventer: Kluwer 2006.

Pleysier 1986
A.J.H. Pleysier, 'Enige opmerkingen over de verhouding tussen titel en transportakte', *Notarisklerk* 1222 (1986) p. 102-103.

Pleysier 1988
A.J.H. Pleysier, 'Iets over het notariaat en 150 jaar BW', in: *Notariaat en 150 jaar BW* (Ars Notariatus XXXVIII), Deventer: Kluwer 1988 p. 89-98.

Pleysier 1992
A.J.H. Pleysier, 'Iets over de rechtsgevolgen van het niet nauwkeurig vermelden van de titel in de transportakte', *Notarisklerk* 1293 (1992), p. 109-112.

Van der Ploeg 1947
P.W. van der Ploeg, 'Levering van onroerend goed', *WPNR* 3999, 4001 en 4002(1947), p. 305-307, 325-327 en 333-335.

Pothier, *Traité des Obligations*
R.J. Pothier, *Traité des Obligations* in: Oeuvres complètes de Pothier: précédées d'une dissertation sur sa vie et ses écrits, et suivi d'une table de concordance door Rogron & Firbach, eerste deel, Paris, Depelafol 1835.

Prins & Gijrath 2000
J.E.J. Prins & S.J.H. Gijrath, *Privaatrechtelijke aspecten van elektronische handel: juridische aandachtspunten voor Internet Service Providers* (Studiepockets privaatrecht nr. 61), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Reinach 1913
A. Reinach, 'Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes', in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, Bd. 1, p. 685-847, Göttingen: Hufferl 1913, opnieuw uitgegeven als *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, (met voorwoord van Anna Reinach), München: Kösel 1953.

Reiner 2003
G. Reiner, 'Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen', *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 203 (2003), p. 1-45.

Reinhart 1969
G. Reinhart, *Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im Bürgerlichen recht,* diss. Heidelberg 1969.

Reinhartz 1997
B.E. Reinhartz, *Derdenbescherming in het huwelijksvermogensrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Van Rossum 1991
M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij de koop van onroerend goed* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1991.
Van Rossum 1995
M.M. van Rossum, 'Enkele aspecten ter zake van de verkoop van (verontreinigde) grond', *BR* 1995, p. 107-117.
Van Rossum 2006
M.M. van Rossum, 'Uitleg van het begrip "normaal gebruik" in standaard NVM-akte: notities naar aanleiding van HR 23-12-2005, RvdW 2006, 17', *WPNR* 6665 (2006), p. 359-363.
Le Roy 2005
R.G.N. le Roy, 'Tekortschieten remedies voor teleurgestelde kopers van woningen. Naar een betere rechtspositie in de precontractuele fase', *NTBR* 2005, p. 249-261.

Savigny 1840
Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Dritter Band, Berlin: Bei Veit und Comp. 1840.
Scheltema & Tjong Tjin Tai (*Vermogensrecht*)
M.W. Scheltema & T.F.E. Tjong Tjin Tai, in: C.J.H. Brunner, W.M. Kleijn & A.L.M. Soons (red.), *Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer, (losbl.).
Van Schilfgaarde 1969
P. van Schilfgaarde, *Toerekening van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1969.
Schlosser 1996
H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, achtste druk, Heidelberg: C.F. Müller 1996.
Scholten 1934
G.J. Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst* (diss. Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1934.
Smits 1995
J.M. Smits, *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, Beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht* (diss Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.
Staudinger/Dilcher 1980
H. Dilcher, in: H. Coing & N. Habermann (red.), *J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil, §§ 90-240*, twaalfde druk, Berlin: Schweitzer Verlag 1980.

Terré & Simler 2002
F. Terré & Ph. Simler, *Droit civil: les biens*, zesde druk, Paris: Dalloz 2002.
Tjittes 2001
R.J. Tjittes, 'Toerekening van kennis van een externe deskundige', *NJB* 2001, p. 7-15.
Tjittes 2005
R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005, p. 2-29.
Tjittes 2006a
R.-J. Tjittes, 'Koop van een woning met verborgen gebreken', *WPNR* 6659 (2006), p. 231-233.

Tjittes 2006b
R.-J. Tjittes, 'Koop van een woning. Non-conformiteit. Uitleg artikel 5.3 NVM-koopakte', *VrA* 2006, p. 89-103.
Tjong Tjin Tai 2004
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'De elektronische handtekening in de praktijk', *NbBW* 2004, p. 114-118.

Valk 1994
W.L. Valk, 'De grenzen van de Haviltexformule en de uitleg van algemene voorwaarden', *NTBR* 1994, p. 111-113.
Valk 1998
W.L. Valk, 'Koop en contractsevenwicht', in: W.H. Van Boom e.a. (red.), *Koop!* (BW-krant Jaarboek 14), Deventer: Gouda-Quint 1998, p. 9-24.
Valk 2004
W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijdregeling gerechtvaardigd?', in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 87-142.
Van Velten 1993
A.A. van Velten, 'Hoe komen koopovereenkomsten van onroerende zaken tot stand?', *WPNR* 6093 (1993), p. 397-399.
Van Velten 1994
A.A. van Velten, 'Koop van onroerende zaken en aanneming van werk (I)', *WPNR* 6138 (1994), p. 381-386.
Van Velten 2001
A.A. van Velten, 'De clausule van uitsluiting ontbinding en vernietiging bij een koopovereenkomst is geen gebruikelijk beding (meer)', *WPNR* 6458 (2001), p. 793-794.
Van Velten 2004
A.A. van Velten, 'Gerezen problemen bij toepassing van de nieuwe artt. 7:2 en 7:766 BW inzake de bedenktijd', *BR* 2004, p. 310-318.
Van Velten 2005a
A.A. van Velten, 'Eerste ervaringen met het vormvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW bij de consumentenkoop o.g.', *WPNR* 6613 (2005), p. 197-198.
Van Velten 2005b
A.A. van Velten, 'Eerste ervaringen met het vormvereiste van artikel 7:2 lid 1 BW (vervolg)', *WPNR* 6636 (2005), p. 729-730.
Van Velten 2005c
A.A. van Velten, *Koop van onroerende zaken* (Mon. BW B65c), derde druk, Deventer: Kluwer 2005.
Van Velten 2006a
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed* (Ars Notariatius 120), tweede druk, Deventer: Kluwer 2006.
Van Velten 2006b
A.A. van Velten, 'Verdere ervaringen met de bedenktijd en het vormvereiste van een schriftelijk contract bij de consumentenkoop o.g. (art. 7:2 BW)', *WPNR* 6675 (2006), p. 563-565.

Verstappen 2003
L.C.A. Verstappen, 'Notariële herstelwerkzaamheden in het rechtsverkeer', in: *Bekrachtiging en aanverwante rechtsfiguren* (Preadviezen voor de jaarlijkse algemene vergadering van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie 2003) Lelystad: Koninklijke Vermande 2003.
Vlaanderen 2000
C.M.H. Vlaanderen, 'Over (on)bekendheidverklaringen en conformiteit in de NVM-koopakte', *WPNR* 6410 (2000), p. 514-519.
Vlaanderen 2004
C.M.H. Vlaanderen, 'Reactie op het artikel van mr. J.J. Dammingh', *BR* 2004, p. 303-309.
Vlaanderen 2006
C.M.H. Vlaanderen, 'Reactie' *VrA* 2006, p. 141-147.
Van Vliet 2001
L.P.W. van Vliet, 'Discrepantie tussen koopovereenkomst en transportakte. Noot bij HR 8 december 2000, *RvdW* 2000/248 (Stichting Eelder Woningbouw/Van Kammen en Brouwer)', *NTBR* 2001, p. 238-242.
Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis & H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-Isphording-bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, p. 145-155.
Voulon 2003
M.B. Voulon, Wet elektronische handtekeningen van kracht, Computerrecht 2003, p. 275-277.
De Vries 2001
G.J.P. de Vries, 'Are The Principles Of European Contract Law Bettter Than Dutch Contract Law?' in: *Principles of European Contract Law* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 107-186.

Wacke 1974
A. Wacke, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Ursprung, Entwicklung und Grenzen des Traditionsprinzips im Mobiliarsachenrecht*, Köln: Peter Hanstein 1974.
Wacke 2001
A. Wacke, 'Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozeß und ihre mögliche Überwindung', *ZEuP* 2001, p. 254-262.
Windscheid/Kipp 1900
B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, band 1, achtste druk bewerkt door Th. Kipp, Frankfurt am Main: Rutter & Loening 1900.
Wissink 2004
M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *WPNR* 6579 (2004), p. 407-415.

Zwitser 1984
R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen*, diss. Leiden 1984.

Zwitser 1988
R. Zwitser, 'De wil van de consument', in: *Recht Vooruit, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 199-216.

Rechtspraakregister

NEDERLANDSE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, 120; Van de Water/Van Hemme | 67
HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. L.E.H.R; Baris/Riezenkamp | 86, 178
HR 14 juni 1968, *NJ* 1968, 331; Polak/Zwolsman | 114, 116
HR 30 november 1973, *NJ* 1974, 97 m.nt. GJS; Van Beek/Van Dartel | 179
HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS; Bunde/Erckens | 19, 119, 176
HR 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 m.nt. WMK; Baarns beslag | 173, 197, 241, 267
HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB; Haviltex | 148, 151
HR 10 april 1981, *NJ* 1981, 532 m.nt. CJHB; Hofland/Hennis | 14, 130
HR 15 mei 1981, *NJ* 1982, 85; Stuyvers' Beheer/Eugster | 62
HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 423 m.nt. WMK; Ouwendijk c.s./Pons | 173
HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt CJHB; Plas/Valburg | 60, 62
HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 m.nt. WMK; Wever/Arubabank | 177
HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 213 m.nt. G; Stavenuiter/Amtax | 298
HR 6 juni 1986, *NJ* 1986, 750; Davelaar/Haklander | 193, 194
HR 7 november 1986, *NJ* 1987, 934 m.nt. CJHB; Katan/Klaas | 121
HR 20 februari 1987, *NJ* 1987, 1002 m.nt. WMK; Goedhart/Van den Berg | 193
HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. CJHB; VSH/Shell | 60, 62, 66
HR 22 april 1988, *NJ* 1988, 754; Popering/Daems | 194
HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 943 m.nt. G; Westenberg/Stoelman | 130
HR 2 december 1988, *NJ* 1989, 160; Dukker/Los | 194
HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 m.nt. EAAL; Groninger notaris | 74, 173, 256
HR 21 september 1990, *NJ* 1991, 799 m.nt. CJHB; Van der Ven/Stevens | 132, 135
HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473 m.nt. EAAL (onder *NJ* 1991, 474); Credit Lyonnais Bank/T | 173
HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 74 | 34
HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 Vogelaar/Skill | 62
HR 16 oktober 1992, *NJ* 1992, 790 | 34
HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173; m.nt. PAS (onder NJ 1994, 174); Gerritse/HAS | 152
HR 22 april 1994, *NJ* 1995, 560 m.nt. WMK; Bouwmeester/Van Leeuwen | 152, 185, 198
HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 627, 628 m.nt. WMK (onder NJ 1996, 629); THB I & II | 172
HR 24 maart 1995, *NJ* 1997, 569 m.nt. CJHB; Beliën/Provincie Brabant | 69, 249
HR 15 september 1995, *NJ* 1996, 629 m.nt. WMK; THB III | 172

HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300; Hoog Catharijne | 179
HR 14 juni 1996, *NJ* 1997, 481; De Ruijterij/MBO | 62, 66, 93
HR 4 oktober 1996, *NJ* 1997, 594 m.nt. WMK; Van Stipthout | 174
HR 19 september 1997, *NJ* 1998, 6; Assoud/Nationale Sporttotalisator | 116
HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 658 m.nt. WMK (onder *NJ* 1998, 657); Durlinger/Laura Bakens | 161
HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 m.nt. WMK; Offringa/Vinck | 179
HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 5; Peters Beheer c.s/Peters c.s. | 125
HR 28 januari 2000, *NJ* 2000, 575 m.nt. WMK; Woonboerderij | 162
HR 8 december 2000, *NJ* 2001, 350 m.nt. WMK; Stichting Eelder Woningbouw | 149, 183, 193, 202
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 612 m.nt. DA; Brooke Holland/Curator | 100
HR 2 februari 2001, *NJ* 2001, 179; Overname dierenartsenpraktijk | 114, 116, 118
HR 19 oktober 2001, *JOR* 2002, 1 m.nt. J.M. Blanco Fernández; Het Utrechts Monumentenfonds/Timmermans | 127
HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 60; Camping Vredenburg | 16
HR 28 juni 2002, *NJ* 2003, 111 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss; Openbare toelichting op CAO | 152, 167
HR 20 september 2002, *NJ* 2002, 610 m.nt. C.E. du Perron; ING/Muller qq. | 204
HR 18 oktober 2002, *NJ* 2003, 503 m.nt. C.E. du Perron; Curatoren/Besix | 153
HR 21 februari 2003, *NJ* 2004, 567 m.nt. JH; Weevers Stous/Stichting Parkwoningen Hoge Weide | 116, 122
HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 183 m.nt. WMK; De Liser de Morsain/Rabobank | 202, 203
HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 251; Teijsen/Marcus | 185
HR 27 juni 2003, *NJ* 2003, 524; Zweedse vrouw | 52, 70, 109
HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 460 m.nt. JBMV (onder *NJ* 2004, 461); Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax BV | 118
HR 20 februari 2004, *NJ* 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron; DSM/Fox | 149, 152, 153, 154
HR 27 februari 2004, *NJ* 2004, 635 m.nt. WMK; Bos/Smeenk | 181
HR 27 februari 2004, *NJ* 2005, 498 m.nt. C.E. du Perron; Royal Nederland Verzekeringsmaatschappij/K. | 167
HR 25 februari 2005, *JOR* 2005, 168 m.nt. J.J. Dammingh; Fabels/Meenderink | 169
HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467; CBB/JPO | 65
HR 23 december 2005, *RvdW* 2006, 17; De Rooy/Van Olphen | 149, 158, 166, 311
HR 17 februari 2006, *RvdW* 2006, 205; Royal & SUN Alliance c.s./Universal Pictures | 53

Gerechtshoven

Hof Arnhem 25 maart 1997, *NJ* 1998, 921 | 134, 136
Hof 's-Hertogenbosch 10 november 1998 te kennen uit HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 158 (Kühr/De Bont Limburg BV) | 56
Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 1999, *NJ* 1999, 762 | 129
Hof Arnhem 22 januari 2002, *Prg*. 2002, nr. 5904, p. 568 | 55
Hof Arnhem 7 maart 2006, *LJN* AV4864 | 169

Rechtbanken

Rb. Alkmaar 12 januari 1950, *NJ* 1950, 251 | 55
Rb. Breda 21 september 1976, *NJ* 1977, 454 | 55
Pres. Rb. Assen 8 mei 1984, *KG* 1984, 159 | 55
Pres. Rb. Middelburg 19 april 1989, *KG* 1989, 216 | 55
Pres. Rb. Amsterdam 17 november 1991, aangehaald door Van Velten 1993, p. 399 | 56
Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 26 maart 1992, *KG* 1992, 137 | 55
Pres. Rb. 's-Gravenhage 14 december 1992, *KG* 1992, 331 | 120
Pres. Rb. Arnhem 8 januari 1993, *KG* 1993, 133, *BR* 1993, p. 666 | 55
Pres. Rb. Arnhem 29 augustus 1996, *KG* 1996, 300 | 55
Pres. Rb. Alkmaar 13 oktober 2000, *KG* 2000, 222 | 136
Rb. Arnhem 19 oktober 2000, *Prg*. 2002, 5904, p. 565 | 55
Pres. Rb. Dordrecht 7 juni 2001, *KG* 2001, 157 | 55
Rb. Middelburg 24 september 2002, *LJN* AF0594 | 133
Vzr. Rb. Almelo 26 november 2003, nr. 60887 KG ZA 291/2003 | 136
Vzr. Rb. Haarlem 9 juli 2004, *NJF* 2004, 503 | 79, 80
Vzr. Rb. Leeuwarden 8 oktober 2004, *NJF* 2004, 592 | 79, 80
Rb. Dordrecht 2 februari 2005, *NJF* 2005, 142 | 82
Vzr. Rb. Utrecht 17 maart 2005, *LJN* AT0954 | 82
Vzr. Rb. Maastricht 2 mei 2005, *LJN* AT5938 | 79, 80
Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2005, *LJN* AX4870 | 58, 79, 82, 83
Vzr. Rb. Zutphen 8 juli 2005, *NJF* 2005, 375 | 79, 80, 82
Vzr. Rb 's-Hertogenbosch 8 november 2005, *NJF* 2006, 117 | 79, 80
Vzr. Rb. Zutphen 22 november 2005, *NJF* 2006, 377 | 79, 80
Vzr. Rb. Haarlem 29 maart 2006, *LJN* AV9072 | 79, 82
Vzr. Rb. Haarlem 24 mei 2006, *LJN* AX4870 | 58, 79, 82, 83
Vzr. Rb. Haarlem 6 juni 2006, *LJN* AX7093 | 51, 79, 80
Vzr. Rb. Leeuwarden 29 juni 2006, *LJN* AX9937 | 29, 79, 80, 101, 129
Vzr. Rb. Arnhem 7 juli 2006, *LJN* AY4055 | 79, 80, 82
Vzr. Rb. Middelburg 19 juli 2006, *LJN* AY5827 | 117

DUITSE JURISPRUDENTIE

Bundesgerichtshof

BGH 5 februari 1957, *BGHZ* 23, 249 | 90
BGH 27 oktober 1967, *BGHZ* 48, 396 | 87, 90
BGH 25 maart 1983, *BGHZ* 87, 150 | 150
BGH 12 juli 1996, *NJW* 1996, 2793 | 150
BGH 17 februari 2000, *NJW* 2000, 1569 | 150
BGH 5 april 2001, Aktenzeichen VII ZR 119/9 | 97

Trefwoordenregister

A

Aanbod
- en aanvaarding | 13-14, 18, 23, 39
- en bindingswil | 14-16
- herroeping | 13, 15
- vrijblijvend | 15

Aansprakelijkheid
- delictuele | 87
- notaris | 172, 173, 178, 180, 256
- precontractuele | 2, 61, 64-70, 79, 239

Aanvaarding
- stilzwijgende | 18
- uitdrukkelijke | 18, 56, 99, 141, 143, 178, 181, 182, 267
- vereisten | 14, 16-23

Accidentalia | 2, 111-113, 116-117, 122-123, 147, 284-285

Advertentie | 15-16, 277

Akte(n)
- aan elkaar aansluitende | 101
- bewijskracht | 100, 103, 161, 180, 182, 199, 200, 265
- digitale | 109
- van levering | 2, 79, 98-100, 127, 129, 148-149, 161, 183-186, 189-190, 193-206, 237, 251-252, 255-257, 261, 264-269, 292-293
- notariële | 6, 22-23, 27, 29, 30, 31, 40, 42-44, 46, 73-74, 97, 108-109, 150, 171, 174, 176-178, 182-186, 190, 196-200, 203, 206, 210, 220, 222, 224, 251, 265, 269, 278
- onderhandse | 22, 27-28, 30-31, 46, 95, 97, 101, 139, 175-176, 180, 196, 199-200, 219-220, 264-265, 269
- terhandstelling | 28, 32, 99, 170, 207, 209, 218, 251-252, 269

Algemene voorwaarden | 156-158, 165, 168, 292

Amendement | 211-212

Andeutungstheorie | 150, 286

Anticipatory breach | 238, 240

Aristoteles | 22, 187, 291

Asymmetrische binding | 58, 77

Autonomie(beginsel) | 20, 23-24, 41, 57, 62, 67, 96, 125, 167, 216, 227, 279

B

Bedenktijd
- aanvang van | 32, 47-49, 80, 84-85, 99, 108, 218, 219
- afstand van | 3, 250, 251-259, 269
- contractuele | 249-251, 258
- dwingendrechtelijk karakter van | 250, 253, 256-257
- herleving van | 257, 264-270
- informatieplicht verkoper betreffende | 249
- inpassing van | 3, 208, 210, 223, 229-230, 232, 270
- levering en | 251-270
- mededelingsplicht en | 270, 273-276
- misbruik van | 232-239, 243
- onderzoeksplicht tijdens de | 270, 273-275
- nakoming tijdens de | 253-255, 257, 259
- precontractuele gebondenheid en | 3, 278
- ratio van | 50, 209, 213, 225-227, 234, 237
- rechtsbeginselen en | 1, 3, 208, 239
- rechtsverwerking en | 234-235, 255-256, 259

- rechtvaardiging van | 207, 242-246, 268
- redelijkheid en billijkheid en | 232-240
- tekortkoming en | 234, 239, 248, 270-275
- termijn van | 58, 95, 209-210, 215, 219, 223, 245, 246, 265, 267, 272, 278
- verlenging van | 143, 210, 212, 246
- voor de verkoper | 249-251
- wilsgebreken en | 215-216, 226-232, 242, 261, 263, 270-272

Bedenktijd-ontbinding
- heronderhandelen na | 247-248
- ongedaanmaking(sverplichting) na | 233-234, 262-263
- partiële | 238, 248, 268
- terugwerkende kracht van | 3, 251, 253, 260-264, 267

Bedreiging | 226, 271-272
Bedrog | 45, 172, 179, 226, 230, 242
Begeerte | 21-22, 24, 228
Bekrachtiging | 98-99, 252
Belehrung | 43, 46, 171-172, 182, 256-257
Bepaalbaarheid | 2, 111, 114-116, 119, 122-123
Bepaaldheid | 119, 124, 202-204, 292
Beratung | 23, 43, 46
Bestendig gebruikelijk beding | 132-133
Betreuungspflicht | 89
Better offer | 65, 93
Bevestiging vernietigbare rechtshandeling | 50, 257
Bewijs | 17-18, 30-31, 35, 42-43, 72-75, 99-100, 103, 147, 156, 161-162, 164, 180-181, 184-185, 199-200, 231, 265
Bewijslast | 42, 106, 161, 235
Bewuste (wils)keuze | 21-22, 24, 125-126, 228
Bezichtiging | 14, 80, 179
Borgtocht | 44, 72-73, 108
Bosje bloemen | 5, 18, 21, 23
Bouwperceel | 159-164

C

CAO-maatstaf | 154-159
Causaal stelsel | 185, 189-191, 195, 205
Causabeginsel | 3, 208, 216, 240-242, 245-249
Checklist | 111, 142-144
Cherry-picking | 248
Code de la construction et de l'habitation | 4, 137, 209, 218, 223-224, 268
Colportagerichtlijn | 221
Colportagewet | 6, 43, 207, 226, 244, 253
Conformiteit (non-) | 141, 161, 169-171, 274
Constitutieve regels | 37-38, 102
Consumentenbescherming | 207, 221, 227, 232, 235, 243, 297-298
Consumentenkoop | 4
Consumentenrecht | 221, 229
Consument-verkoper | 47, 120, 211
Contractvrijheid | 9, 24, 41, 54-57, 65-66, 68, 81-83, 86, 91-93, 96, 138, 140-145, 155, 175, 216, 226-229, 265, 278-279
Culpa in contrahendo | 87, 94

D

Derdenbescherming | 195, 204-205
Digitale handtekening | 109
Do ut des | 240-241
Dwaling | 45, 89, 172, 175, 178-180, 225-226, 230, 242, 248, 270-275
Dwingend recht | 111, 137-138, 141, 145, 147, 210, 255-257, 269

E

Eigendomsoverdracht | 9-11, 22, 95, 125, 183-206, 220, 262, 277
Eigendomsverkrijging (wijze van) | 193, 202
Elektronische handtekening | 109
E-mail | 27, 100-103, 284
Erfdienstbaarheid | 184-185, 267
Essentialia | 2, 99, 111-124, 130, 139-141, 145, 147, 198, 206, 224, 279, 284-285
Evaluatie wet | 96, 208

F
Faillissement | 89, 262-263, 267
Fallgruppen | 88-89, 92-93
Financieel belang | 43, 137
Financiële diensten op afstand | 243
Financieringsclausule/beding | 131-139, 140, 143, 144
Formaliteitsvisie | 2, 35-36, 39, 67-70, 76-78, 84-85, 90, 95

G
Garantie(verbintenis) | 96, 140, 142, 158-166, 171, 179-180, 266
Gebreken
- feitelijke/materiële gebreken | 56, 99, 159, 165, 169, 172, 178-180, 247
- juridische gebreken | 179, 181, 247
- verborgen | 165, 168

Gedeeltelijke nietigheid | 96, 97, 254, 266, 271
Geestelijke stoornis | 271-272
Gewoonterecht | 132, 133, 135-138
Goederenrechtelijke overeenkomst | 98, 183-206, 252, 265
Goederenrechtelijke werking | 261, 263-264
Goede trouw | 8, 19, 63, 85-86, 90, 114, 178, 193, 201, 214, 235, 238, 262

H
Handelings(on)bekwaam | 230-231, 277
Handelingsvisie | 2, 37-40, 53-54, 67-70, 76, 78, 85, 90, 133-134, 218
Handtekening | 49, 51, 68, 77, 101, 103, 109, 180
Haviltex-maatstaf | 2, 147-170, 171-172, 183, 186, 193, 195-196, 199-202, 204-206, 215, 286
Heronderhandelen (plicht tot) | 238, 247-248
Herroeping overeenkomst | 214-215, 222, 229
Hugo de Groot | 9-10, 13, 21, 186-188, 192
Huurkoop | 6, 30
Hypotheek | 177, 252, 256, 262, 267

I
Identiteit van partijen | 102, 130
Informatie (inwinnen van) | 46, 213, 233-234
Informatieplicht van partijen | 56, 139, 140, 145, 245, 249
In gebreke stellen | 129

I
Ja-woord | 36
Jurist | 18-19, 21, 167, 218

K
Kadastrale uitmeting | 184, 194
Kant, Immanuël | 192
Kernbeding | 116
Kettingbeding | 181, 226, 264-266, 269
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie | 100, 131, 148, 151, 158, 166, 210, 266-269
Koop op afstand | 207, 217-218, 221, 225, 231-232, 235, 243-244, 249, 263

L
Lasten en beperkingen | 99, 141, 143, 172, 178, 181-182, 267
Leveringsdatum | 128-129, 252-255, 264

M
Makelaar | 14-16, 46, 59, 161, 166, 168
Mededelingen | 10, 45, 99-100, 163, 164-165, 171, 179, 262
Mededelingsplicht | 164-165, 178-182, 270, 273-276
Meewerken
- aan levering tijdens bedenktijd | 253-256
- aan opstellen (koop)akte | 59-60, 65, 67, 79, 81, 83, 93-94

Minimum inhoud koopakte | 140, 144, 224
Misbruik van omstandigheden | 30, 42, 44-45, 172, 226, 230, 242, 248
Misbruik van recht | 232-239
Modelakte | 2, 100, 129, 131, 135, 137, 139, 142-145, 147-148, 151-162, 166-171, 180, 266, 286

N
Nadere bedingen | 55, 97-98, 118, 121, 147, 264-268
Naturalia | 2, 111-113, 117, 123, 135, 284-285
Nederlandse Vereniging van Makelaars in onroerende goederen NVM | 100, 148, 151, 158, 166-167, 210
Negatief contractsbelang | 89, 94, 239
Nevenbedingen | 96
Nietig(heid) | 28, 31-34, 38, 47-54, 57-58, 71, 74-78, 82-98, 141-143, 149, 174, 231, 254, 260, 265-266
Non-existentie | 33-34
Normaal gebruik | 159-170
Notaris
· aansprakelijkheid van | 172-173, 178, 180, 256
· informatieplicht van | 43-74, 173-174, 180-182, 256
· inschakeling van | 73-74, 148, 168, 171-182
· zorgplicht van | 172-175, 180
NVM-(koop)akte | 160-168, 264

O
Object van de overeenkomst | 45, 55-56, 60, 96, 128-129, 139, 164, 202, 204, 226
Ondergeschikte punten | 56, 120-121
Onderhandelingen
· afbreken | 58-71, 86, 93-94, 239
· afgeronde onderhandelingen | 273
· te berde gebrachte punten tijdens | 120-122, 128, 131, 143
· onvoorziene omstandigheden | 65-66
Onderzoeksplicht | 162, 165, 178-182, 270, 273-275
Onrechtmatig | 17, 83, 233, 237, 239
Ontbinding
· partiële/gedeeltelijke | 172, 238, 248, 268-269, 271
· wegens onvoorziene omstandigheden | 45, 209, 215-216, 225, 229, 260
· wegens tekortkoming | 209, 216, 225, 240, 248, 260, 263, 269-270
Openbare registers
· ingeschreven feiten in | 181-182, 185-186, 205
· inschrijving akte van levering in | 30, 98, 184, 194-195, 198, 204, 206, 241, 251, 263, 265, 267
· inschrijving koopakte in | 1, 6, 196, 203, 212, 220, 263
· omschrijving in | 193
Opgave van redenen (zonder) | 2, 216, 225-235, 239, 242, 244, 248-249, 263, 267, 270-272, 274, 278
Opschortingsrecht | 240, 262
Opstellers (bedoeling van) | 148, 151-153, 157, 165-168, 171
Optie(recht) | 217-218, 223-224, 229
Overdrachtsbelasting | 252
Overijling | 22, 24, 42-43, 45-46, 64, 67, 95, 216, 268

P
Pacta sunt servanda | 1, 41, 62, 207, 214-224, 228, 287
Pandrecht | 204
Perceelgrenzen | 266
Persoon van de gegadigde koper | 15-16, 130
Positief contractsbelang | 60, 93-94
Potestatieve voorwaarde | 69, 249
Precontractuele gebondenheid | 3, 27, 51, 58-84, 85, 278
Preventieve rechtsbescherming | 171
Prijs (koop-)
· prijs als *essentiale* | 123-128
· redelijke | 124-127, 227-228
· uitkering van | 267
· uit macht koper | 240
Principles of European Contract Law | 12, 16, 67, 86, 91, 116-117, 120, 297, 303
Professionele koper | 47
Professionele verkoper | 207, 243-245, 249, 252
Profijtbeginsel | 243-244, 249
Prohairesis | 22
Psychische wil | 21
Publiciteitsbeginsel | 204-205

Publiekrechtelijke lasten/beperkingen | 56, 96, 140, 181-182, 266

Q

Quid pro quo | 216, 240
Quint/Te Poel | 91

R

Rechtsbescherming
- door bedenktijd | 109, 170, 210, 243, 245, 247, 257, 271
- door notariële akte | 171, 220-221
- door schriftelijkheidsvereiste | 46-47, 52, 57

Rechtseconomie | 243
Rechtsverwerking | 234-235, 255-256, 259
Redelijkheid en billijkheid
- aanvullende werking | 2, 130, 134, 136
- als bron van verbintenissen | 91
- beperkende werking | 90, 94, 136, 215, 233-235, 238-239
- strijd met | 53-54, 67, 85, 90, 94, 236, 240

Réflexion (délai de/droit de) | 209, 219-220, 223-224, 268
Relativeringstendens | 53
Rétractation (droit de) | 209, 219-220, 246, 268
Richtlijnconforme interpretatie | 235

S

Savigny | 190-192
Schadevergoeding | 17, 60, 63, 65, 86-89, 93-94, 162, 233-236, 238-239
Schenking | 42, 44, 125, 252
Schriftelijkheidsvereiste (zie ook Vormvoorschrift)
- aanvang bedenktijd en | 32
- bedenktijd als ratio van | 48-50
- briefwisseling en | 28, 101
- contractvrijheid en | 54-57
- e-mail en | 101-108
- gevolgen schending van | 49-58, 75-79, 82, 85, 87, 265
- inhoud van | 28-29
- ratio van | 31-32, 46-49, 50, 56-57, 80, 83, 108
- rechtszekerheid als ratio van | 48-49, 56-57, 83
- uitbreiding van | 47-48

Schwebend (un)wirksam | 221-223, 254, 278
Smoking | 232-234, 236-237, 239
Specialiteitsbeginsel | 202
Stipulatio | 21-22
Subject to contract | 56, 81
Synallagma(tisch) | 241-242, 246

T

Tegenbewijs | 161, 180, 199, 200-201, 206
Teken (van de wilskeuze) | 9, 11, 13, 21, 67, 187, 279
Tekort
- informatie- | 213, 225-226, 229-230, 242-244, 250-251, 258
- psychologisch | 213, 226, 243-243, 245, 250-251, 258
- weerstand, aan | 213, 225-226, 229, 243

Tekortkoming (zie ook Wanprestatie) | 3, 159, 168, 180, 195, 205, 209, 216, 225, 234, 239-240, 248, 260, 263, 269-275
Termijn
- driedagen- | 58, 95, 219, 246, 265, 267, 272, 278
- redelijke | 50, 129, 254
- voor nakoming | 129, 252, 254-255, 259
- voor vernietiging | 50, 245, 272

Terugtreedrecht (zie ook Bedenktijd-ontbinding) | 209, 215, 219-220, 233-236, 239
Timeshare | 6, 30-31, 47, 108, 139, 142-143, 147, 207, 221, 225-226, 244, 249
Titel
- nauwkeurige vermelding van | 124, 203, 206
- uitleg van | 204
- van overdracht | 121, 174, 183, 185, 194-195, 197-199, 203-204, 262

· voldoende bepaaldheid van | 202-203
Toestemming echtgenoot | 100, 245
Totstandkomingsvereisten | 5-6
Trennungsprinzip | 189, 197
Treupflichtverletzung | 88
Tweewegenleer | 212, 220, 269

U
Uitgestelde overeenkomst (leer van de) | 216-218
Uitleg
· objectieve | 149, 151-155, 160-162, 171, 183-184, 193-195, 199-203, 205
· strikte | 153, 200-201, 205-206
· subjectieve | 119, 151-153, 155, 161-162, 171, 183, 202
· taalkundige | 148-149, 151-152, 155-156, 159-162, 170, 177, 183, 193, 195, 199, 201, 203, 206
· van akte van levering | 183-206
· van koopakte | 147-206
· van modelakte | 151-171
· vormvoorschrift en | 148-151

V
Verjaring(stermijn) 50, 141-142
Verkoopbrochure | 80-81
Vernietiging
· bedenktijd, op grond van | 229, 260-264
· buitengerechtelijke | 261, 263
· handelingsonbekwaamheid, wegens | 231
· ontbreken toestemming echtgenoot, wegens | 245
· strijd met bedenktijd, wegens | 254
· verjaring van | 50
· vormverzuim, wegens | 49-54, 74, 77-78, 278
· wilsgebrek, op grond van | 174, 178, 215-216, 226, 229-230, 232, 242, 248, 257, 261, 263, 270-275
Vervaltermijn | 120
Voorwaarde
· ontbindende | 17, 121, 131, 134, 137-138, 143-144, 198, 203-204, 209, 229
· opschortende | 29, 39, 80-81, 137-138, 203-204, 237, 249
Vormerkung (zie ook Openbare registers, inschrijving koopakte) | 1, 212, 267
Vorm(voorschrift) (zie ook Schriftelijkheidsvereiste)
· aard van | 27, 29-41, 51-54, 67, 76, 133, 149
· absolute | 35-37
· additieve | 35-37
· als constitutief element | 29-30, 90
· als opschortende voorwaarde | 29-30, 39
· attributieve | 36-37
· precontractuele gebondenheid en | 58-83, 277-279
· *probationis causa* | 30-33, 42, 72, 282
· ratio(nes) van | 41-49, 50-52, 62, 67, 70-78, 80, 85, 95-96, 108-109, 178
· reikwijdte van | 95-100
· *solemnitatis causa* | 30-33, 39, 41-42, 52, 70, 72, 74, 282
· uitleg en | 148-151

W
Walkman | 233, 236-237, 239
Wanprestatie (zie ook Tekortkoming) | 113, 141, 261, 270
Wegdenkcriterium | 61, 80-81
Widerrufsrecht | 3-4, 209, 220-223, 225, 230, 259, 263
Wijziging (koop)overeenkomst | 104, 158, 172, 200, 248, 264-270, 271
Wilsgebrek | zie Vernietiging
Wilsleer | 7-13
Wilsvertrouwensleer | 133, 150-152, 155, 162, 164, 171-172, 178, 182, 186
Wirksamkeitsvoraussetzung | 36-37
Wispelturigheid | 67, 226-227, 242-244
Woonboerderij | 162-165

Z

Zaak en prijs | 5, 55-56, 60, 84, 96, 99, 123, 129-130, 139, 142, 147, 240, 268
Zumutbarkeit | 242, 244
Zweckform | 36

Curriculum vitae

1962	Geboren te 's-Gravenhage
1980	Eindexamen ongedeeld VWO, Christelijk Gymnasium Sorghvliet te 's-Gravenhage
1985	Doctoraalexamen Nederlands recht (cum laude), Universiteit Leiden
1985-1988	Universitair docent, Afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden
1988-1991	Advocaat, Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te 's-Gravenhage
1991-1994	Wetenschappelijk medewerkster, Notarieel Juridisch Bureau van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie te 's-Gravenhage
1994-1999	Advocaat, Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn te 's-Gravenhage
1996-2000	Bijzonder Griffier van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer der Staten-Generaal
2000-heden	Universitair docent, Afdeling notariële vakken, Universiteit Leiden

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2005 en 2006 verschenen:

MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2

MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8

MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk,* Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3

MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoor tot DNA-profiel B van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3

MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6

MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels,* Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X

MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid,* Deventer: Kluwer 2005

MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8

MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7

MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht,* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0

MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6

MI-94 W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter,* Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 063 7

MI-95 F. Hamburg, *Een computermodel voor het ondersteunen van euthanasiebeslissingen,* (diss. Leiden), Antwerpen: Maklu 2005, ISBN 90 4660 020 3

MI-96 J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2005, ISBN 90 5850 147 7

MI-97 J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 156 0

MI-98 A.O. Lubbers, M. Schuver-Bravenboer & H. Vording (red.), *Opstellen fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 212 5

MI-99 V. Van Den Eeckhout, C.J. Forder, E. Hooghiemstra, E. Nicolai & S.K. van Walsum, *Transnationale gezinnen in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 652 2

MI-100 J.H. Nieuwenhuis & C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht. Wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 741 3

MI-101 G.C. Coteanu, *Cyber Consumer Law. State of the Art and Perspectives*, (diss. Leiden) 2005, Roemenië: Humanitas 2005, ISBN 973 50 1106 9

MI-102 BWKJ-21: E.M. Hoogervorst, I.S.J. Houben, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis, L. Reurich & G.J.M. Verburg, *Rechtseenheid en vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1303 097 1

MI-103 A. Tsoutsanis, *Het merkdepot te kwader trouw*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 13 03252 4

MI-104 E.C.C. Punselie, *Voor een pleegkind met recht een toekomst*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03328 8

MI-105 A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept,* (oratie Leiden), Leiden: NJCM-boekerij 2006, ISBN 90 6750 046 1

MI-106 T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde,* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 568 X

MI-107 N.J.H. Huls & Z.D. Laclé, *Meer macht voor de consument?*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 5454 697 2

MI-108 W. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 54547 12 X

MI-109 T.J. de Graaf, *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen,* Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 660 0

MI-110 N. Jungmann, *De Wsnp: bedoelde en onbedoelde effecten op het minnelijk traject*, Leiden: Leiden University Press 2006, ISBN 90 8728 004 1

MI-111 R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, (diss. Leiden) 2006

MI-112 J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten*, (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03837 9

MI-113 W. Huisman, M. Moerings en G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht: nieuwe doelwitten en nieuwe strategieën*, Boom Juridische uitgevers 2006, ISBN 90 5454 732 4

MI-114 A.C. Rijkers & H. Vording (red.), *Vijf jaar Wet IB 2001*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 13 03851 4

MI-115 T. Barkhuysen, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans (red.), *Het model Tak: Verhoogde rechtsbescherming in het bestuursrecht?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 852 2

MI-116 Y.E. Schuurmans (red.), *Bewijzen en beslissen*, Deventer: Kluwer 2006, ISBN 90 1303 756 9

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden*, (diss. Leiden)

MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7

MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5

MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba*, (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9021470 2

MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, (diss. Leiden) 2007, Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5

MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek