



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

HR (LJN BU7412, RvdW 2011, 1541, Prg. 2012, 29 m.nt. P.J.M. Ros: Schriftelijkheidsvereiste bij de koop van woningen door particulieren)

Loos, M.B.M.

Publication date

2012

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Loos, M. B. M. (2012). HR (LJN BU7412, RvdW 2011, 1541, Prg. 2012, 29 m.nt. P.J.M. Ros: Schriftelijkheidsvereiste bij de koop van woningen door particulieren). 20. Case note on: HR, 9/12/11 *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 29(4), 131-136.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Schriftelijkheidsvereiste bij de koop van woningen door particulieren

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	NTBR 2012/20	Bijgewerkt tot:	08-03-2012
Auteur:	M.B.M. Loos ^[1]		

Schriftelijkheidsvereiste bij de koop van woningen door particulieren

Annotatie bij Hoge Raad 9 december 2011, LJN BU7412, *RvdW* 2011, 1541, *Prg.* 2012, 29 m.nt. P.J.M. Ros

Samenvatting

Op 9 december 2011 heeft de Hoge Raad duidelijkheid verschaft over de mate waarin de verkopers van een woning gebonden zijn aan de mondelinge overeenstemming met een particulier. Een verhelderend en voor de praktijk zeer welkom arrest.

1. Inleiding

Sinds 1 september 2003 bepaalt art. 7:2 lid 1 BW dat de koop betreffende een tot bewoning bestemde onroerende zaak of bestanddeel daarvan, schriftelijk dient te worden aangegaan indien de koper een natuurlijk persoon is die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Vanaf het moment van terhandstelling van de koopakte geldt blijkens art. 7:2 lid 2 BW voor een dergelijke koper een bedenktijd van drie dagen, waarbinnen de koper zonder opgave van redenen de koopovereenkomst kan ontbinden. Het derde lid verklaart de vorige bepalingen van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten waarmee de koop betrekking heeft op deelnemings- of lidmaatschapsrechten die recht geven op het gebruik van tot bewoning bestemde (gedeelten van) een onroerende zaak. Daarmee zijn ook de koop van appartementsrechten en de overeenkomst betreffende de deelneming in of het lidmaatschapsrecht van een coöperatieve flatvereniging onder de werking van het schriftelijkheidsvereiste en de bedenktijd gebracht.

Voorafgaande aan de invoering van de wettelijke regeling heeft volop discussie bestaan over de vraag hoe de particuliere koper van een woning beschermd zou moeten worden: door middel van het vereiste van een schriftelijk koopcontract en een bedenktijd of door middel van een notariële akte.^[2] Veel minder aandacht is besteed aan de vragen wanneer aan het vormvereiste van art. 7:2 lid 1 BW is voldaan en welke rechtsgevolgen de mondelinge overeenstemming met zich brengt. Kan een partij in het geval van mondelinge overeenstemming op basis van de regels van de precontractuele aansprakelijkheid worden gedwongen mee te werken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst? Het is vooral de laatste vraag die na de invoering van de nieuwe wettelijke regeling heeft geleid tot – zeer uiteenlopende – opvattingen in de literatuur en (vooral) de lagere rechtspraak.^[3] Aan de in de rechtspraak levende onzekerheid heeft het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011 grotendeels een einde gemaakt.

2. De feiten en de procedure in eerste aanleg

Vereenvoudigd weergegeven zijn de feiten in deze zaak de volgende. X heeft in 2006 een woning gekocht en zijn oude woning te koop gezet. X heeft het tweede bod van Y op zijn oude woning op 19 of 20 juli 2006 mondeling aanvaard. Enkele dagen later heeft de makelaar van X aan zowel X als Y een concept-koopakte ter ondertekening gezonden. Op 27 juli 2006 heeft X via zijn makelaar echter aan Y laten weten dat hij de koopakte niet zal tekenen omdat hij de financiering van de aankoop van zijn nieuwe woning niet rond kreeg en hij dus genoodzaakt was om in zijn oude woning te blijven wonen. Y heeft het daar niet bij laten zitten: na aanvankelijk X te hebben gesommeerd de concept-akte te ondertekenen, heeft hij bij brief van 2 oktober 2006 laten weten af te zien van de vordering tot

nakoming van de koopovereenkomst en heeft hij schadevergoeding gevorderd vanwege hogere woonkosten en extra verhuiskosten ten bedrage van € 12.173. Nadat X weigerde deze schade te vergoeden, heeft Y de vordering tot schadevergoeding in rechte ingesteld, primair gebaseerd op de ontbinding van de koopovereenkomst wegens wanprestatie en subsidiair op basis van het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen.

De rechtbank^[4] heeft de primaire vordering van Y afgewezen. Daartoe heeft de rechtbank, kort samengevat, overwogen dat nu niet aan het vormvoorschrift van art. 7:2 lid 1 BW is voldaan, de mondelinge koopovereenkomst nietig was op de voet van art. 3:39 BW omdat het vormvereiste niet alleen in het belang van de koper is gesteld, maar ook in dat van de verkoper en van eventuele andere gegadigden. Een eventuele (in casu niet ingestelde) vordering van Y om X te verplichten om de concept-koopakte te tekenen zou volgens de rechtbank evenmin toewijsbaar zijn omdat een dergelijke verplichting onverenigbaar zou zijn met de nietigheid van de uitsluitend mondeling gesloten koopovereenkomst. Dit zou bovendien in strijd zijn met de rechtszekerheid, welk belang mede met het schriftelijkheidsvereiste gediend wordt.

Ook de subsidiaire vordering werd afgewezen: uit het feit dat alle rechtshandelingen die partijen in de precontractuele fase hebben verricht, nietig zijn, vloeit volgens de rechtbank voort dat een partij aan deze rechtshandelingen niet het gerechtvaardigde vertrouwen mag ontleen dat de koop tot stand zal komen. Een daarop gebaseerde vordering tot schadevergoeding past dan ook niet in het systeem van de wet, aldus de rechtbank. Partijen hebben tegen het vonnis geen hoger beroep of cassatie ingesteld.

3. De opvattingen in de literatuur en rechtspraak tot de uitspraak van de Hoge Raad

Zoals gezegd liepen de opvattingen in de literatuur en rechtspraak over de mogelijke gebondenheid van de verkoper om mee te werken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst sterk uiteen. Een belangrijke minderheid^[5] ging van het standpunt uit dat met het bereiken van de mondelinge overeenstemming de verkoper bij de koper het gerechtvaardigde vertrouwen heeft gewekt dat – in de woorden van het arrest *Plas/Valburg* – ‘enigerlei overeenkomst uit de onderhandelingen zou voortvloeien’. Sterker nog: de enige reden waarom de overeenkomst niet al tot stand gekomen is, is het feit dat een vormvoorschrift geldt dat (in ieder geval primair) tot bescherming van de koper dient. De opvatting dat zolang de wilsovereenstemming niet is vastgelegd in een koopakte, de verkoper geheel vrij zouden zijn om van contractsluiting af te zien, zonder dat daarbij enige vergoeding verschuldigd zou zijn, zou dan ook onvoldoende recht doen aan het feit dat art. 7:2 BW (vooral) beoogt de *koper* te beschermen. Nadat dit standpunt aanvankelijk de meeste steun leek te krijgen in de rechtspraak, brachten arresten van drie verschillende hoven een ommekeer teweeg. In navolging van deze hoven wordt in de meeste uitspraken sindsdien ervan uitgegaan dat het vormvoorschrift niet alleen de koper, maar óók de verkoper beoogt te beschermen. Niet-naleving van het vormvoorschrift brengt dan ook nietigheid van de overeenkomst met zich (art. 3:39 BW). Wanneer de verkoper op basis van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid toch tot contractsluiting kan worden gedwongen, wordt de functie van het vormvoorschrift op onaanvaardbare wijze ondergraven, zo luidt inmiddels de meerderheidsopvatting in zowel de rechtspraak als de literatuur.^[6]

4. Het cassatiemiddel en de conclusie van de Advocaat-Generaal

De rechtbank had zich, zo zal duidelijk zijn geworden, in haar vonnis bij het meerderheidsstandpunt aangesloten. Advocaat-Generaal Wuisman heeft vanwege het belang van de rechtsvraag de zaak voorgedragen voor cassatie in het belang der wet.^[7] In de zeer lezenswaardige conclusie van de Advocaat-Generaal wordt de stand van zaken in de literatuur fraai weergegeven. Hij constateert dat het oordeel van de rechtbank dat mondelinge overeenkomsten tot koop van een woning door een consument-koper nietig zijn, vrijwel algemeen wordt gedeeld; dit oordeel wordt ook in de conclusie van de Advocaat-Generaal voor juist gehouden.^[8] Het strikte standpunt van de rechtbank omtrent de (on)mogelijkheid om op basis van het leerstuk van de precontractuele aansprakelijkheid tot een verplichting van de verkoper tot medewerking aan de totstandkoming van de koopovereenkomst, wordt in het cassatiemiddel in strijd geacht met (een deel van) de parlementaire geschiedenis van art. 7:2 BW.^[9] Bovendien heeft de rechtbank volgens de Advocaat-Generaal ten onrechte geen nuancering aangebracht, bijvoorbeeld voor het geval dat de verkoper zelf geen particulier, maar een professionele partij is, al dan niet in de vorm van een verplichting tot schadevergoeding van het positieve of negatieve contractsbelang.^[10]

5. De uitspraak van de Hoge Raad

In de motivering van zijn beslissing merkt de Hoge Raad in de eerste plaats op dat art 7:2 lid 1 BW meebrengt dat de mondelinge overeenstemming de particuliere koper niet bindt zolang die overeenstemming niet schriftelijk is vastgelegd, en dat naar de letter van de wet hetzelfde moet gelden voor het geval de *verkoper* de noodzakelijke medewerking weigert. De formulering van de wet kan echter niet steeds als beslissend voor de uitleg ervan worden geoordeeld, ook niet als de wet van recente datum is.^[11] De parlementaire geschiedenis van de bepaling is voorts onduidelijk, omdat zij ondersteuning biedt aan beide opvattingen.^[12]

Vervolgens^[13] besteedt de Hoge Raad aandacht aan een probleem dat het gevolg is van het schriftelijkheidsvereiste. De regel van art. 7:2 BW is bedoeld als middel tot bescherming van de particuliere koper. Wanneer als gevolg van het schriftelijkheidsvereiste de verkoper zich kan onttrekken aan de mondeling bereikte wilsovereenstemming zolang deze niet schriftelijk is vastgelegd, zou de positie van de particuliere koper juist verslechterd zijn als gevolg van het vormvoorschrift. Deze consequentie staat, aldus de Hoge Raad, 'op gespannen voet met de consumentenbeschermende strekking van de onderhavige bepaling' en 'is daarom alleen aanvaardbaar als ook de verkoper een particulier is'. Dat geldt te meer, aldus de Hoge Raad, omdat anders de professionele verkoper in een betere positie zou verkeren tegenover een particuliere koper, dan tegenover een professionele koper, omdat bij een professionele koper de koop al gesloten is bij het bereiken van de mondelinge wilsovereenstemming, maar de verkoper nog vrij is ten aanzien van de particuliere koper met wie al mondelinge wilsovereenstemming is bereikt.

De Raad beslist de controverse dan ook als volgt:

“Indien mondeling overeenstemming is bereikt over de verkoop van een woonhuis aan een particuliere koper en de verkoper weigert zijn medewerking te verlenen aan het opmaken en ondertekenen van een koopakte, dan mag (ook) de verkoper, mits hij een particulier is, zich erop beroepen dat aan deze mondelinge overeenstemming geen rechtsgevolg toekomt.”^[14]

Daaruit volgt dat de particuliere verkoper niet door een rechterlijk vonnis gedwongen kan worden tot ondertekening van de koopakte omdat op hem geen wettelijke verplichting tot medewerking aan de totstandkoming van de koopovereenkomst rust.^[15] Onder zeer bijzondere omstandigheden kan een beroep door de particuliere verkoper of koper op het vormvoorschrift naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, maar van dergelijke omstandigheden is geen sprake indien de verkoper alsnog een hoger bod ontvangt van een derde, of indien de koper alsnog de voorkeur geeft aan de aankoop van een andere woning, omdat het vormvoorschrift juist beoogt partijen de mogelijkheid te bieden alsnog af te zien van het sluiten van de beoogde koopovereenkomst.^[16] Wanneer wel van dergelijke zeer bijzondere omstandigheden sprake is, kan dat echter slechts leiden tot een verplichting van de weigerende partij tot van schadevergoeding. Op deze gronden wijst de Hoge Raad het cassatieberoep af nu de verkoper een particulier is en de aanwezigheid van de bedoelde zeer bijzondere omstandigheden gesteld noch gebleken is.^[17]

6. Commentaar

Met zijn arrest beslist de Hoge Raad een aantal voor de praktijk belangrijke kwesties. De belangrijkste is de vraag in hoeverre verkopers van een voor bewoning bestemde onroerende zaak, gebonden zijn aan de mondeling bereikte wilsovereenstemming met een particuliere koper. De professionele verkoper is dat wel, de particuliere verkoper is dat niet, zo kan de beslissing van de Hoge Raad kort worden samengevat. Het is onder bijzondere omstandigheden wel mogelijk dat een beroep van de particuliere verkoper of de particuliere koper op het vormvoorschrift van art. 7:2 BW naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht, maar de weigering van die partij om mee te werken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst leidt in een dergelijk geval slechts tot een verplichting tot het betalen van schadevergoeding. De belangrijkste redenen voor de verkoper en koper om te weigeren – het verkrijgen van een beter bod door de verkoper, of het alsnog de voorkeur geven aan de koop van een andere woning door de koper – kunnen bovendien niet als dergelijke bijzondere omstandigheden worden

aangemerkt. Ten aanzien van de positie van de particuliere koper zal dat niet verbazen, omdat een dergelijke koper na de schriftelijke vastlegging van de wilsovereenstemming sowieso nog een bedenktijd zou hebben en die bedenktijd er mede toe dient de koper in staat te stellen alsnog advies in te winnen omtrent de aangekochte woning. Dergelijk advies kan de bouwkundige staat van de woning betreffen, maar ook de mogelijkheid voor de koper om zijn aankoop te financieren.

De uitspraak van de Hoge Raad zal niet iedereen tevreden stellen, nu zij een niet in de wet terug te vinden onderscheid creëert tussen professionele en particuliere verkopers. Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad op heldere en – in ieder geval voor mij – overtuigende wijze beargumenteert waarom dit onderscheid zou moeten gelden. Daarbij sluit de Hoge Raad – op suggestie van de Advocaat-Generaal, die hier nadrukkelijk op wijst in zijn conclusie^[18] – nadrukkelijk aan bij het betoog van Hijma.^[19] Hijma stelt dat bij een professionele verkoper een verplichting tot (voort)contracteren in de regel op zijn plaats lijkt, maar dat wanneer de verkoper (ook) een particulier is, hij feitelijk op één lijn staat met de particuliere koper; om die reden zou een dergelijke verkoper niet aan de mondelinge overeenstemming gebonden kunnen worden, behoudens bijzondere omstandigheden.

“Bij dit laatste kan men denken aan een verkoper die de koper op het makelaarskantoor, vlak voor de ondertekening van de koopakte, meldt dat hij inmiddels een beter bod heeft ontvangen dat de koper zal moeten evenaren.”^[20]

Opvallend genoeg kwalificeert de Hoge Raad het geval dat de particuliere verkoper na het bereiken van de mondelinge wilsovereenstemming alsnog een hoger bod van een derde heeft ontvangen, in beginsel *niet* als een bijzondere omstandigheid op grond van de verkoper toch niet vrij is om af te zien van de contractsluiting. Vanuit het gezichtspunt van de rechtszekerheid is dit oordeel wel te begrijpen, maar de beslissing bevreemdt toch: als de omstandigheid dat de verkoper een hoger bod wenst te aanvaarden – welke omstandigheid zich toch echt volledig binnen de risicosfeer van de verkoper bevindt – niet kan worden gezien als een bijzondere omstandigheid op grond waarvan een beroep van de particuliere verkoper op het vormvoorschrift onaanvaardbaar zou kunnen zijn, welke omstandigheid dan wel? Ik kan niet veel meer bedenken dan de volgende twee situaties:

1. het geval waarin de verkoper van meet af aan al niet van plan was om de mondelinge afspraken na te komen en de woning te verkopen en leveren aan de teleurgestelde koper, een geval van kwade trouw dus;^[21]
2. het door Hijma beschreven geval waarin partijen hebben afgesproken op een bepaalde dag de koopakte op het kantoor van de makelaar van de verkoper te tekenen en waarbij de verkoper op het afgesproken tijdstip niet verschijnt en zijn makelaar de perplexe kopers mededeelt dat de verkoper inmiddels toch een ander bod heeft geaccepteerd.

In het eerste geval is de handelwijze van de verkoper mijns inziens van meet af aan onrechtmatig, terwijl in het tweede geval de verkoper kan worden verweten a. dat hij de kopers nodeloos lang in het ongewisse heeft gelaten van de gewijzigde situatie en b. dat hij de kopers daardoor nodeloos kosten heeft laten maken (reiskosten om op het makelaarskantoor de koopakte te kunnen tekenen, maar mogelijk ook kosten ten aanzien van bijv. een bouwkundige keuring).

Het tweede punt waarop Hijma en Hoge Raad verschillen, betreft de consequenties van de aanwezigheid van de bijzondere omstandigheden waaronder het de particuliere verkoper toch niet vrij staat om af te zien van het sluiten van de overeenkomst. Hijma stelt onder verwijzing naar art. 3:300 lid 2 BW:

“Is de verkoper rechtens tot het opmaken van een koopakte gehouden, maar weigert hij medewerking, dan kan de rechter bepalen dat zijn uitspraak in de plaats zal treden van de akte of deel daarvan zal uitmaken.”^[22]

Ook de Advocaat-Generaal merkt in zijn conclusie nadrukkelijk op dat naast schadevergoeding ook een verplichting tot het verlenen van medewerking aan de totstandkoming van de schriftelijke koopovereenkomst gepast kan zijn, indien ‘voor de koper de verwerving van de woning de meest adequate genoegdoening vormt’^[23] De Hoge Raad wil van een dergelijke afgedwongen medewerking niet weten: de koper zal volgens de Raad in een dergelijk geval genoeg moeten nemen met schadevergoeding.^[24]

Mijns inziens slaat de Hoge Raad hier de plank mis. Het gaat hier om het uitzonderlijke geval dat de particuliere verkoper naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep toekomt op het vormvoorschrift en hij op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid gehouden is om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de koper. Hoe zou hij in dat geval aan die verplichting kunnen voldoen door *niet* mee te werken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst, maar slechts schadevergoeding te betalen? En zou de rechter niet op basis van art. 6:103 BW schadevergoeding in natura kunnen toekennen, eruit bestaande dat de verkoper gehouden is de koopovereenkomst te sluiten en mee te werken aan de overdracht van de woning aan de koper? Deze situatie vertoont naar mijn mening wel enige gelijkenis met de casus in het arrest *Pos/Van den Bosch*,^[25] waarin de Hoge Raad besliste dat de onrechtmatig handelende Pos veroordeeld kon worden tot schadevergoeding in de vorm van de verplichting om het onroerend goed aan de gelaedeerde Van den Bosch over te dragen. Als dat mogelijk is bij een onrechtmatigedada'svordering, waarom zou dat in deze precontractuele setting anders zijn?

Wat hiervan zij, het arrest van de Hoge Raad biedt wel duidelijkheid: professionele verkopers zullen gehouden kunnen worden aan de mondelinge wilsovereenstemming, zodat ten aanzien van hun verplichtingen op dit punt geen verschil bestaat tussen de situatie waarin de koper een professionele partij of een particulier is en of de onroerende zaak bestemd is voor bewoning of een andere bestemming heeft. Particuliere verkopers van een woning zullen daarentegen vrijwel steeds kunnen weigeren om mee te werken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst, net als de particuliere koper dat kan. Dat zou anders kunnen worden indien de wetgever alsnog zou beslissen dat ook voor andere koopovereenkomsten betreffende onroerende zaken – overeenkomsten met een professionele koper of overeenkomsten betreffende andere onroerende zaken dan woningen – een vormvoorschrift dient te gelden. Een dergelijke wetswijziging zou ik toejuichen,^[26] ook al omdat zij een einde zou maken aan een reeks gevallen waarin het moeilijk te beargumenteren is waarom de koper dan wel de verkoper géén bescherming zou behoeven in de vorm van het opnemen van een vormvoorschrift. Ik noem de volgende twee situaties:

- het geval waarin een particuliere verkoper woonruimte verkoopt aan een koper die in de uitoefening van beroep of bedrijf handelt;
- het geval waarin de particuliere koper een bedrijfspand of een woon/winkelpand koopt met de bedoeling deze te (laten) verbouwen tot een woning.

In de eerste situatie gaat het om een niet-deskundige verkoper die – mogelijk bekend met het bestaan van het schriftelijkheidsvereiste voor de verkoop van een woning aan een particulier^[27] of in de veronderstelling dat een dergelijk vereiste algemeen geldt^[28] – te goeder trouw meent pas aan de mondelinge wilsovereenstemming te zijn gebonden wanneer de koopakte door beide partijen getekend is. In de tweede situatie gaat het zelfs om de koop van een tot woonruimte bestemde onroerende zaak door een particuliere koper – met andere woorden: een overeenkomst die naar de letter van de wet onder het schriftelijkheidsvereiste valt – maar die blijkens de parlementaire geschiedenis daar niet onder zou vallen omdat de bestaande bestemming van de onroerende zaak niet (primair) woonruimte betreft.^[29] Mijns inziens zijn dit onwenselijke onderscheidingen. Daar komt bij dat het niet goed inzichtelijk is waarom de commerciële vastgoedpraktijk er een (te respecteren) belang bij zou kunnen hebben om voor deze sector genoeg te nemen met mondelinge overeenstemming; een dergelijke gang van zaken roept al snel de verdenking van onfrisse praktijken op. Nu ook in de commerciële praktijk vrijwel alle koopovereenkomsten uiteindelijk toch schriftelijk worden vastgelegd, is ook geen sprake van het opleggen van een de commerciële praktijk al te zeer belemmerende maatregel. Een uitbreiding van het schriftelijkheidsvereiste lijkt mij dan ook wenselijk.^[30]

Een detail nog. In art. 7:2 lid 1 BW wordt bepaald dat bij de koop van een woning door een particuliere koper de koopovereenkomst schriftelijk moet worden aangegaan, art. 7:2 lid 2 BW voegt daaraan toe dat de bedenktijd begint te lopen vanaf de dag, volgend op de terhandstelling van de koopakte. Van een akte is pas sprake wanneer de koopakte door partijen ondertekend is,^[31] maar een geschrift behoeft natuurlijk geen akte te zijn. Betekent dit nu dat de koopovereenkomst al (schriftelijk) tot stand kan komen vóórdát partijen de koopakte hebben getekend? Meer in het bijzonder: komt de koopovereenkomst al tot stand wanneer een van de beide partijen, of hun makelaar, de mondelinge wilsovereenstemming, de concept-koopakte opmaakt of de totstandkoming van de

koopovereenkomst schriftelijk aan de wederpartij bevestigt?^[32] Deze onduidelijkheid is onwenselijk, en in de recente wetsevaluatie is dan ook terecht betoogd dat de wetgever de wettekst op dit punt zou moeten aanpassen.^[33] De noodzaak daartoe is na het arrest van de Hoge Raad echter beduidend minder groot: de Raad heeft, zonder daar veel woorden aan vuil te maken, duidelijk gemaakt dat lid 1 en 2 op dit punt in samenhang moeten worden gelezen en dat het geschrift waar lid 1 op doelt, de in lid 2 genoemde *koopakte* is.^[34] Een enkele bevestiging van de wilsovereenstemming volstaat derhalve niet.^[35] Die beslissing lijkt mij juist, maar volgt niet dwingend uit de formulering van de wet. Desalniettemin:

“De formulering van de wet is (...) niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als deze wet van recente datum is.”^[36]

Ik vraag me af of de Hoge Raad daarmee niet meer onduidelijkheid schept dan dat hij wegneemt. Natuurlijk is een grammaticale interpretatie niet alleenzaligmakend, maar was deze Haviltex-achtige tournure nu echt nodig? Dragend voor de beslissing is de opmerking in ieder geval niet.

7. Besluit

De vraag naar de gebondenheid van de verkoper aan de mondelinge overeenstemming met een particuliere koper heeft de rechtspraak lang bezig gehouden, zonder dat de Hoge Raad in de gelegenheid verkeerde om duidelijkheid te verschaffen omdat de vraag hem nooit werd voorgelegd. Het is dan ook bijzonder toe te juichen dat Advocaat-Generaal Wuisman in deze zaak – in als gezegd een zeer lezenswaardige conclusie – cassatie in het belang der wet gevorderd heeft. Wat mij betreft zou veel vaker gebruik mogen (moeten?) worden gemaakt van dit instrument om rechtsvragen aan de Hoge Raad voor te leggen: met één uitspraak kan daarmee voor talloze zaken helderheid worden verschaft. Of de Hoge Raad dan casseert of het oordeel van de lagere rechter in stand laat, is vanuit het oogpunt van rechtsvorming van minder belang.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Prof. mr. M.B.M. Loos is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het Europees consumentenrecht, aan de Universiteit van Amsterdam.
- [2] Zie alleen al de discussie tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel: Bijlage *Handelingen II* 1993/94, 23 095, nr. 4, p. 1-6 (Voorlopig Verslag); Bijlage *Handelingen II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 2-9 (Memorie van antwoord); Bijlage *Handelingen II* 1995/96, 23 095, nr. 7, p. 1-3 (Eindverslag); Bijlage *Handelingen II* 1995/96, 23 095, nr. 8, p. 1-2 (Nota naar aanleiding van het Eindverslag); Bijlage *Handelingen II* 2000/01, 23 095, nr. 10, p. 2-9, 17-27 (Verslag van een schriftelijk overleg); Bijlage *Handelingen II* 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 4-12, 16-18, 21-24 (Verslag van een wetgevingsoverleg), Bijlage *Handelingen II* 2001/02, 23 095, nr. 15, p. 1-3 (Brief van de Minister van Justitie); Bijlage *Handelingen II* 2001/02, 23 095, nr. 178a, p. 1-2, 5-8, 10 (Voorlopig Verslag Eerste Kamer); Bijlage *Handelingen II* 2001/02, 23 095, nr. 178b, p. 1, 10-12, 16-17, 20-21 (Memorie van antwoord Eerste Kamer).
- [3] De verkoper werd aan de mondelinge bereikte wilsovereenstemming gehouden in onder meer Rb. Amsterdam 29 november 2006, *LJN* AZ9907; Rb. Arnhem (vzr.) 20 maart 2006, *LJN* AW2754; Rb. Arnhem (vzr.) 7 juli 2006, *LJN* AY4055; Rb. Haarlem (vzr.) 9 juli 2004, *NJF* 2004/503; Rb. Haarlem (vzr.) 6 juni 2006, *LJN* AX7093; Rb. Leeuwarden (vzr.) 8 oktober 2004, *LJN* AR3587; Rb. Maastricht (vzr.) 2 mei 2005, *LJN* AT5938; Rb. Zutphen (vzr.) 8 juli 2005, *LJN* AU0149. In deze zin onder meer ook 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 1996, p. 55-67; M.W. Hesselink & H.J. van Kooten, ‘De rechtspositie naar art. 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 1996, p. 69-82; M.B.M. Loos, ‘Bedenktijd en precontractuele aansprakelijkheid bij de koop van

woningen', in: D.L.M.T. Dankers-Hagenaars (red.), *Aan Wil besteed* (Wedekind-bundel) 2003, p. 251-264; A. Oorthuys, 'Strubbelingen rondom het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW', *Juridisch up to date* 28 september 2006/ 17, p. 21-27; J.J. Dammingh, 'Boekbespreking van C.G. Breedveld-de Voogd, Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning', *WPNR* 2008/6741, p. 121-123, H.W. Heyman, 'Naar een verbeterde Vormerkung', *WPNR* 2009/6781, p. 2-3, S.E. Bartels, 'Kanttekeningen bij de aanbevelingen en conclusies uit de evaluatie 'Wet koop onroerende zaken'', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010/105. Zie Hof Leeuwarden 14 februari 2007, *LJN* AZ8657; Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, *LJN* BB5647, *NJF* 2007/525; Hof Leeuwarden 19 maart 2008, *LJN* BC7658; Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2008, *LJN* BF0457; Hof 's-Hertogenbosch 25 mei 2010, *LJN* BM5963; Rb. Dordrecht 2 februari 2005, *LJN* AS4859, *NJF* 2005/142; Rb. Haarlem (vzr.) 29 maart 2006, *LJN* AV9072; Rb. Middelburg 5 september 2007, *LJN* BB3672; Rb. Breda 24 oktober 2007, *LJN* BB6668. Zie ook W.G. Huijgen, 'Recente ontwikkelingen rond de totstandkoming van de koop van een woning (art. 7:2 BW)', *BR* 2006/239, p. 1055-1062; P.S. Bakker, 'Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7.2 BW nader beschouwd', *BR* 2006/240, p. 1063-1066; *Asser-Hijma 5-I Koop en ruil* (7^e druk), Deventer: Kluwer 2007, nr. 136b; C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden) 2007, p. 49-58 en 67-85; A.A. van Velten, 'Recente Rechtspraak', *WPNR* 2007/6711, p. 481-482; A.A. van Velten, 'Het schriftelijk koopcontract van art. 7:2 BW', *WPNR* 2008/6740, p. 106-108; A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: WODC/Boom Juridische uitgevers, p. 219-220; M.B.M. Loos, 'Schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd bij de koop van onroerende zaken', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010/101 (waarin ik terugkom op mijn eerdere standpunt).

[4] Rb. Breda 24 oktober 2007, *LJN* BB6668.

[5] De verkoper werd aan de mondelinge bereikte wilsovereenstemming gehouden in onder meer Rb. Amsterdam 29 november 2006, *LJN* AZ9907; Rb. Arnhem (vzr.) 20 maart 2006, *LJN* AW2754; Rb. Arnhem (vzr.) 7 juli 2006, *LJN* AY4055; Rb. Haarlem (vzr.) 9 juli 2004, *NJF* 2004/503; Rb. Haarlem (vzr.) 6 juni 2006, *LJN* AX7093; Rb. Leeuwarden (vzr.) 8 oktober 2004, *LJN* AR3587; Rb. Maastricht (vzr.) 2 mei 2005, *LJN* AT5938; Rb. Zutphen (vzr.) 8 juli 2005, *LJN* AU0149. In deze zin onder meer ook S.E. Bartels & J.M. van Buren-Dee, 'Woningkoop door consumenten', in: J.M. van Buren-Dee, E.H. Hondius & P.A. Kottentage-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer 1996, p. 55-67; M.W. Hesselink & H.J. van Kooten, 'De rechtspositie naar art. 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. Kottentage-Edzes (red.), *Consument zonder grenzen*, Deventer 1996, p. 69-82; M.B.M. Loos, 'Bedenktijd en precontractuele aansprakelijkheid bij de koop van woningen', in: D.L.M.T. Dankers-Hagenaars (red.), *Aan Wil besteed* (Wedekind-bundel) 2003, p. 251-264; A. Oorthuys, 'Strubbelingen rondom het schriftelijkheidsvereiste van art. 7:2 lid 1 BW', *Juridisch up to date* 28 september 2006/17, p. 21-27; J.J. Dammingh, 'Boekbespreking van C.G. Breedveld-de Voogd, Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning', *WPNR* 2008/6741, p. 121-123, H.W. Heyman, 'Naar een verbeterde Vormerkung', *WPNR* 2009/6781, p. 2-3, S.E. Bartels, 'Kanttekeningen bij de aanbevelingen en conclusies uit de evaluatie "Wet koop onroerende zaken"', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010/105.

[6] Zie Hof Leeuwarden 14 februari 2007, *LJN* AZ8657; Hof 's-Gravenhage 19 april 2007, *LJN* BB5647, *NJF* 2007/525; Hof Leeuwarden 19 maart 2008, *LJN* BC7658; Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2008, *LJN* BF0457; Hof 's-Hertogenbosch 25 mei 2010, *LJN* BM5963; Rb. Dordrecht 2 februari 2005, *LJN* AS4859, *NJF* 2005/142; Rb. Haarlem (vzr.) 29 maart 2006, *LJN* AV9072; Rb. Middelburg 5 september 2007, *LJN* BB3672; Rb. Breda 24 oktober 2007, *LJN* BB6668. Zie ook W.G. Huijgen, 'Recente ontwikkelingen rond de totstandkoming van de koop van een woning (art. 7:2 BW)', *BR* 2006/239, p. 1055-1062; P.S. Bakker, 'Het schriftelijkheidsvereiste van art. 7.2 BW nader beschouwd', *BR* 2006/240, p. 1063-1066; *Asser-Hijma 5-I Koop en ruil* (7^e druk), Deventer: Kluwer 2007, nr. 136b; C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden) 2007, p. 49-58 en 67-85; A.A. van Velten, 'Recente Rechtspraak', *WPNR* 2007/6711, p. 481-482; A.A. van Velten, 'Het schriftelijk koopcontract van art. 7:2 BW', *WPNR* 2008/6740, p. 106-108; A.L.M. Keirse, N.C. van Oostrom, M.Y. Schaub, C.M.J. Barendse & A.M. Steegmans, *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: WODC/Boom Juridische uitgevers, p. 219-220; M.B.M. Loos, 'Schriftelijkheidsvereiste en bedenktijd bij de koop van onroerende zaken', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2010/101 (waarin ik terugkom op mijn eerdere standpunt).

- [7] Cassatie in het belang der wet wordt volgens art. 111 lid 2 onder c Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO) formeel ingesteld door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, zoals ook conclusies door de Procureur-Generaal worden genomen (zie art. 111 lid 2 onder b Wet RO). Krachtens lid 5 van dit artikel kunnen de bevoegdheden van de Procureur-Generaal echter mede worden uitgeoefend door de plaatsvervangend Procureur-Generaal en door advocaten-generaal.
- [8] Zie de conclusie in 3.1 onder a.
- [9] Zie de conclusie in 3.1 onder b en 3.2.
- [10] Zie de conclusie in 3.1 onder c en 3.2.
- [11] Zie ro. 3.5.
- [12] R.o. 3.6, met verwijzingen naar de precieze plaatsen tijdens de parlementaire behandeling.
- [13] R.o. 3.7.
- [14] R.o. 3.8.
- [15] R.o. 3.9.
- [16] R.o. 3.10.
- [17] R.o. 3.11.
- [18] Zie de conclusie in 2.19.
- [19] Zie *Asser-Hijma*, nr. 136b. In vergelijkbare zin ook Keirse e.a. 2009, p. 219-220.
- [20] Hijma verwijst daarbij, *Asser-Hijma 5-I Koop en ruil*, naar *Aanhangsel Kamerstukken 2003/04*, p. 383-384, waarin de minister, in antwoord op Kamervragen, deze handelwijze als ongeoorloofd kwalificeert.
- [21] Vgl. ook Keirse e.a. 2009, p. 220.
- [22] *Asser-Hijma*, nr. 136b.
- [23] Zie punt 2.19 van de conclusie.
- [24] In deze zin ook Keirse e.a. 2009, p. 220.
- [25] HR 17 november 1967, *NJ 1968/42 (Pos/Van den Bosch)*.
- [26] In de conclusie van de Procureur-Generaal, punt 2.15, proef ik dat zij dezelfde mening heeft, getuige de volgende zin: 'Deze omstandigheid maakt echter (...) duidelijk dat (...) het niet gelukkig is dat het schriftelijkheidsvereiste niet ook geldt, indien de koper een professionele partij is.'
- [27] Ik merk daarbij op dat in de subjectieve leer betreffende het begrip '(niet) handelend in de uitoefening van beroep of bedrijf', in het kader van de algemene voorwaarden-regeling onder meer aangehangen door Hartkamp en Sieburgh (*Asser-Hartkamp-Sieburgh 6-III*, nr. 500-501) niet de uiterlijke schijn, maar de bedoeling van de koper beslissend is voor de vraag of deze in de uitoefening van een beroep of bedrijf handelt. Dat betekent dat de verkoper onverwacht te maken kan blijken te hebben met een al bindende koopovereenkomst.
- [28] De opmerking dat een mondeling contract geen contract is, of dat iets niet bindend is zolang het niet op papier staat, is een algemeen verbreid misverstand.
- [29] Zie Bijlage *Handelingen II* 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 12-13 (Memorie van antwoord) en Bijlage *Handelingen II* 2001/02, 23 095, nr. 14, p. 19, 23 (Verslag van een wetgevingsoverleg).
- [30] In deze zin ook Keirse e.a. 2009, p. 90-93.
- [31] Vgl. art. 156 lid 1 Rv.
- [32] Vgl. 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. 361.
- [33] Zie Keirse e.a. 2009, p. 77.
- [34] Zie r.o. 3.4 en 3.5.
- [35] Zo ook de noot van Ros in de *Praktijkgids*.
- [36] R.o. 3.5.